



UNIVERSIDAD DE CHILE
Facultad de Ciencias Sociales
Departamento de Antropología



Magíster en Análisis Sistemico Aplicado a la Sociedad

Pluralismo Jurídico en Chile, la relación entre regímenes jurídicos: internacional y nacional desde la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT

Tesis presentada para obtener el grado de Magíster en Análisis Sistemico Aplicado a la Sociedad

Este trabajo es parte de las actividades de investigación del Proyecto Fondecyt N° 1110437, Colisión y armonización de regímenes regulatorios en contextos sociales globales

ALUMNA: MINDA BUSTAMANTE SOLDEVILLA
PROFESOR GUÍA: DR. ALDO MASCAREÑO LARA

SANTIAGO, NOVIEMBRE DE 2015

Agradecimientos

Ha sido un proceso intenso y de mucho aprendizaje.

Mi primer agradecimiento y reconocimiento para los pueblos indígenas del Abya Yala, en especial a los pueblos indígenas del Perú y de Chile, de quienes he aprendido tanto y quienes siguen inspirando mi vida, mi trabajo, lo que hago y quiero seguir haciendo en mi vida.

Junto con este primer agradecimiento, va todo mi reconocimiento a Rodrigo Valenzuela Cori, sin él y su apoyo permanente, este camino en Chile, no hubiera sido posible.

Agradezco también, al profesor Aldo Mascareño, por su confianza y creer en este proyecto y esta propuesta de estudiar el pluralismo jurídico en Chile y su relación con los pueblos originarios desde la entrada en Vigencia del Convenio 169 de la OIT en Chile.

Agradezco al equipo del MASS por su colaboración siempre constante en todo este tiempo.

Agradezco a mi amigo Miguel Macchino, por su paciencia y apoyo en la primera redacción y todo el proceso.

El agradecimiento especial y todo mi amor va para mi hermano Ronald Bustamante, mi mamá Graciela Soldevilla y Lucía Rospigliosi mi hijita quienes me apoyaron en todo momento para poder lograr este camino, que aun sigue.

A Elizabeth Manrique Rincón, le agradezco desde el fondo de mi corazón su amistad incondicional en todo ese tiempo... su acompañamiento constante y su comprensión sincera.

Contenido

Resumen	5
Introducción	6
I. Definición del problema de investigación	8
1. El problema	8
2. Pregunta de Investigación	10
3. Objetivos de la investigación	11
4. Supuestos de Investigación.....	12
II. Marco Teórico.....	13
1. El Sistema del Derecho y el Pluralismo Jurídico.	13
2. La transnacionalización de las normas jurídicas y pluralismo jurídico.....	17
3. Positivismo jurídico latinoamericano y pluralismo jurídico constitucional ..	20
4. Evolución del Sistema del Derecho por la transnacionalización de las normas jurídicas.....	23
III. Metodología.....	26
IV. Pluralismo Jurídico y el Convenio 169 OIT: Marco Jurídico e Interpretación.	28
1. Pluralismo Jurídico Constitucional Latinoamericano: El caso de Colombia, Perú, Ecuador y Bolivia.....	28
2. Pluralismo jurídico por la transnacionalización del derecho y Convenio 169 de la OIT en Chile: Análisis del Marco Jurídico y su aplicación.....	33
2.1 La Constitución Política de la Republica y la validez de los tratados internacionales	33
2.2. La Constitucionalidad del Convenio 169 de la OIT.....	35
2.3 El Convenio 169 de la OIT: Debate en el sistema político y jurídico chileno	37
2.4 La distinción autoejecutable/ no autoejecutable en aplicación del Convenio 169 de la OIT	40
V. Análisis del pluralismo jurídico y la Transnacionalización del derecho en las sentencias de los tribunales Chilenos.....	42
1. Análisis de sentencias en el ámbito del derecho civil: Pluralismo Jurídico y consulta previa	43
1.2 Evolución, Transnacionalización del derecho y consulta indígena	51

2. Análisis de sentencias en el ámbito del derecho penal: El pluralismo jurídico y la aplicación del Convenio 169 de la OIT en el ámbito penal.	56
2.1 Evolución, transnacionalización del derecho y derecho propio indígena ..	62
A. Primer caso: Tentativa de Robo en lugar habitado.....	63
B Segundo Caso: Violencia Intrafamiliar (VIF).....	64
VI. Conclusiones	69
Bibliografía	74

Resumen

El pluralismo jurídico es la manifestación de dos o más regímenes legales que interactúan en el sistema jurídico de los Estados Latinoamericanos, muchas constituciones políticas reconocen expresamente la vigencia del derecho propio de los pueblos indígenas (pluralismo jurídico), situación que genera una evolución y diferenciación en los sistemas normativos internos.

En el caso de Chile, la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT ha generado reconocimiento de derechos colectivos de los pueblos indígenas, pese a no estar regulados en su constitución, con este acto se genera aplicación directa por parte de tribunales de las normas que contiene el Convenio. Nos encargaremos de abordar si en el caso de Chile, la entrada en vigencia de dicho Convenio, ha generado situaciones de pluralismo jurídico, analizando las sentencias que se han emitido aplicando el Convenio 169 de la OIT en los ámbitos penal y civil de los tribunales chilenos. Entendiendo que desde la perspectiva sistémica la emisión y aplicación de algunas normas jurídicas dejó de ser básicamente estatal para convertirse en normas de alcance global.

Palabras Clave: Teoría de sistemas, pluralismo jurídico, Convenio 169 OIT, tribunales, sentencias.

Introducción

La ratificación de tratados internacionales de derechos humanos y de tratados de libre comercio interaccionan con las leyes de los estados nacionales, esta interacción corresponde a diferentes regímenes jurídicos entre los cuales distinguimos el régimen jurídico internacional, el nacional y al interior de este último los locales y/o indígenas. La interacción de estos regímenes en América Latina puede dar lugar al pluralismo jurídico. En varios países de América Latina, entre ellos México, Colombia, Perú, Bolivia y Ecuador, en la década de los años 90 se inician importantes movimientos sociales en pos de reivindicación de derechos indígenas y que tuvieron como resultado la modificación de las constituciones, movimientos sociales que evolucionan hasta el reconocimiento de estados plurinacionales como Ecuador y Bolivia en el 2008 y 2009. Esos cambios reconocieron la pluralidad étnica, la multiculturalidad y el derecho propio de los pueblos indígenas con la consecuente coexistencia de dos regímenes jurídicos, el indígena y el estatal, cuyo campo de acción se ejerce en un solo Estado. Paralelamente a estos procesos se produce la ratificación del Convenio 169° de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes en cada uno de los países, con esto se instala en los estados el régimen jurídico internacional.

En Chile el Convenio 169 de la OIT fue ratificado en el año 2008 para entrar en vigencia el año 2009. Con lo cual se comienzan a aceptar los términos jurídicos o semánticas que reivindica el Convenio, como por ejemplo el de "pueblos indígenas" y que había experimentado mucho rechazo cuando se discutía la promulgación de la ley indígena en el Congreso Nacional en el año 1993. Así el estado chileno se obliga a informar a instituciones supra nacionales, como la OIT, sobre el cumplimiento de sus compromisos en estos temas. Este proceso, que involucra diversos regímenes jurídicos, plantea la posibilidad de la existencia de una forma de pluralismo jurídico que lo diferencia del resto de países de América Latina, por la forma de aplicación directa de dicho instrumento jurídico. Este es, precisamente nuestro objeto de estudio e indagamos su manifestación por medio de sentencias de los tribunales, emitidas después de la ratificación del Convenio 169 de la OIT.

La importancia del estudio, desde un punto de vista práctico, es que puede permitir a los profesionales que trabajan en el campo de la justicia y con comunidades indígenas comprender mejor los procesos de evolución y de legitimidad en la aplicación de normas que tienen origen en el régimen jurídico internacional y su relación con las normas de origen nacional. En segundo lugar, el enlace de la teoría de sistemas de Niklas Luhmann con el desarrollo del pluralismo jurídico ofrece una

posibilidad de observación sistémica de este fenómeno desde la globalización del derecho, y por último metodológicamente la utilización de sentencias como fuente de análisis socio jurídico presenta un elemento de comunicación que genera obligaciones al Estado al aplicar conjuntamente normas de origen nacional y de origen internacional. En la primera parte del estudio se presenta la perspectiva teórica que asume la investigación, se formula la pregunta de investigación, se detallan los objetivos y se presentan los supuestos.

El marco teórico de la investigación se presenta en la segunda parte contiene una síntesis de la teoría de sistemas de Niklas Luhmann, en particular con los conceptos relacionados con el sistema social y sistema del derecho. También se aborda el pluralismo jurídico, su aplicación y su conceptualización. Luego se presenta el Convenio 169 de la OIT, en relación con el pluralismo jurídico y su integración en los sistemas jurídicos de algunos países de América Latina. Para terminar con el análisis de la inclusión del Convenio como instrumento legal en el sistema jurídico chileno.

En la tercera parte se examina la metodología, la técnica de análisis y la selección de las unidades del estudio.

En la cuarta parte se analiza la desnacionalización del derecho, el pluralismo jurídico y Convenio 169 OIT en Chile, el Tribunal Constitucional enfrentado a la complejidad del Convenio, el Convenio y distinción autoejecutable/ no autoejecutable y se concluye con un análisis de sentencias en materia civil y penal en el que describimos el papel de las semánticas de consulta y derecho propio en el sistema jurídico chileno.

Por último se presentan las conclusiones del estudio en función de los objetivos trazados.

I. Definición del problema de investigación

El pluralismo jurídico, es la coexistencia de a lo menos dos regímenes jurídicos en un mismo espacio territorial. En el caso de los países de América Latina que tienen población indígena, se ha reconocido a nivel constitucional la existencia de los sistemas de justicia propios de los pueblos indígenas, existiendo en un mismo estado dos sistemas de administración de justicia reconocidos y estudiados por la Antropología jurídica. Los sistemas indígenas de justicia son válidos para resolver conflictos que surgen al interior de las comunidades y entre los miembros de las mismas.

En el caso de Chile si bien hay población indígena reconocida legalmente en su territorio, el reconocimiento no se ha dado a nivel constitucional. La administración de justicia es asumida por el poder judicial y las formas de administración de justicia indígena han venido siendo dejadas de lado para ser asumidas por el sistema de justicia estatal, quien es el que se encarga de resolver las controversias jurídicas ya sea entre indígenas y no indígenas.

En el contexto jurídico Latinoamericano, de reconocimiento de derechos de los pueblos indígenas, la ratificación del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes ha generado irritación al interior de cada sistema jurídico, promoviendo en algunos casos la emisión de nueva normativa y /o modificaciones en los procedimientos estatales que tienen relación con los pueblos indígenas. Vale decir que para que el Convenio 169 de la OIT tenga validez jurídica, debe ser regulado en normativa interna para que esta sea de obligatorio cumplimiento en los Estados.

1. El problema

En el caso de Chile, el Convenio 169 de la OIT fue ratificado en el año 2008, después de un largo debate sobre las implicancias legales que dicho convenio podía tener al interior del sistema jurídico nacional. Una vez que el Convenio 169 de la OIT entra en vigencia en Chile, a diferencia del resto de países de América Latina, comienza a ser usado directamente en sentencias judiciales que reivindican derechos de los pueblos indígenas, en dichas sentencias se reconocen derechos que no están plasmados ni en la constitución ni en otras normas de carácter nacional, generándose un fenómeno de aplicación directa y reconocida de normativa propia de un régimen jurídico internacional junto con

normas del régimen jurídico nacional, sin que haya una adecuación normativa como en el resto de países de América Latina.

Mediante una observación de observaciones, es decir el análisis de las sentencias emitidas por tribunales chilenos es que queremos definir la forma de evolución y si hay o no una forma de pluralismo jurídico en Chile, por el reconocimiento de derechos de los pueblos indígenas que incorpora el Convenio 169 de la OIT y que se plasman en comunicaciones jurídicas como son las sentencias civiles y penales que vamos a analizar. Para este análisis entendemos que El Derecho es un sistema autopoietico que no está compuesto ni por normas ni por legisladores (ni operadores del derecho) sino por comunicaciones jurídicas (Teubner, 2009) por medio de las cuales es capaz de "ver" el mundo. Esta perspectiva teórica lleva a conceptualizar nuestro objeto de estudio, el pluralismo jurídico, como la interrelación de regímenes jurídicos de diverso origen- internacional, nacional, local- y que según Teubner (2009) son observadas jurídicamente por el sistema del derecho generando decisiones jurídicas vinculantes.

2 Pregunta de Investigación

¿La entrada de Vigencia del Convenio 169 de la OIT como expresión del régimen jurídico internacional y transnacionalización del derecho ocasiona pluralismo jurídico en Chile?

3 Objetivos de la investigación

Objetivo General: Determinar si la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT en Chile, permite reconocer la existencia de pluralismo jurídico en el país.

De este objetivo general se derivan objetivos específicos, y que se detallan a continuación.

Objetivos específicos:

- i) Examinar la presencia de pluralismo Jurídico en Chile y otros países de América Latina con relación al Convenio 169 de la OIT;
- ii) Analizar la forma de aplicación del Convenio 169 de la OIT al interior del derecho en el sistema jurídico chileno.
- iii) Examinar la aplicación del Convenio 169 de la OIT en el ámbito civil (derecho a la consulta previa) y su posibilidad de generar pluralismo jurídico y;
- iv) Examinar la aplicación del Convenio 169 de la OIT en el ámbito penal considerando el derecho propio y la posibilidad de generar pluralismo jurídico (referido al pueblo Mapuche).

4 Supuestos de Investigación

Nuestros supuestos de investigación son básicamente 2:

- i) Los países de América Latina con población indígena han reconocido la coexistencia de regímenes jurídicos a nivel constitucional al interior de los estados, generándose pluralismo jurídico constitucional. En el caso de Chile esta situación no se ha dado, reconociéndose la costumbre indígena en la Ley indígena y no a nivel constitucional como un sistema jurídico indígena propio. ;
- ii) Con la ratificación del Convenio 169 de la OIT, el estado chileno se obliga a implementar cambios legislativos que pueda hacer efectivos los derechos que reconoce el Convenio. Sin embargo la aplicación de esta norma internacional, se ha venido aplicando directamente por los tribunales de justicia chilenos sin que sea una norma emitida en el ámbito jurídico nacional sino que es una norma de la transnacionalización del derecho, como la Lex sportiva, Lex Mercatoria, Lex Digitalis y Derechos Humanos, situación que genera una forma propia de pluralismo jurídico en su aplicación en Chile con respecto a los derechos de pueblos indígenas.

II. Marco Teórico.

El tema que nos interesa abordar en la presente investigación es la existencia de una forma propia de pluralismo jurídico que se ha venido dando en Chile, desde que entró en vigencia el Convenio 169 de la OIT.

En América Latina desde la década de los 90, se han venido generando cambios constitucionales (acoplamiento estructural entre el sistema jurídico y el político) que reconocen la existencia de los pueblos indígenas así como la pluralidad cultural y jurídica. Para que este pluralismo se haga efectivo y pueda ser reconocido por los estado por lo general se ha hecho alusión a la emisión de normas internas que permitan coordinar ambos sistemas jurídicos el estatal y el indígena, no evidenciándose la aplicación directa del Convenio 169 de la OIT por los tribunales de justicia pese a ser una norma internacional que ha sido ratificada por dichos estados. A este tipo de pluralismo jurídico lo llamamos pluralismo jurídico constitucional.

En el caso de Chile, la situación se ha dado de manera diferente. Durante la década de los 90 y con el retorno a la democracia se emite la Ley Indígena que reconoce la existencia de diversas etnias (pueblos indígenas) que han estado presentes en el territorio chileno antes de la conformación de la Republica. En ese periodo de tiempo es que se empieza discutir sobre la ratificación por parte del Estado del Convenio 169 de la OIT, el que no se da sino hasta el año 2008 y entra en vigencia en septiembre del año 2009. Con esto desde el año 2010, diversos tribunales de justicia han venido aplicando directamente las normas del Convenio 169 en sus sentencias, situación que para nuestro estudio evidencia la existencia de una forma propia de pluralismo jurídico el que vamos a analizar a la luz de la teoría de sistemas de Luhmann y que hemos llamado pluralismo jurídico desde la desnacionalización del derecho.

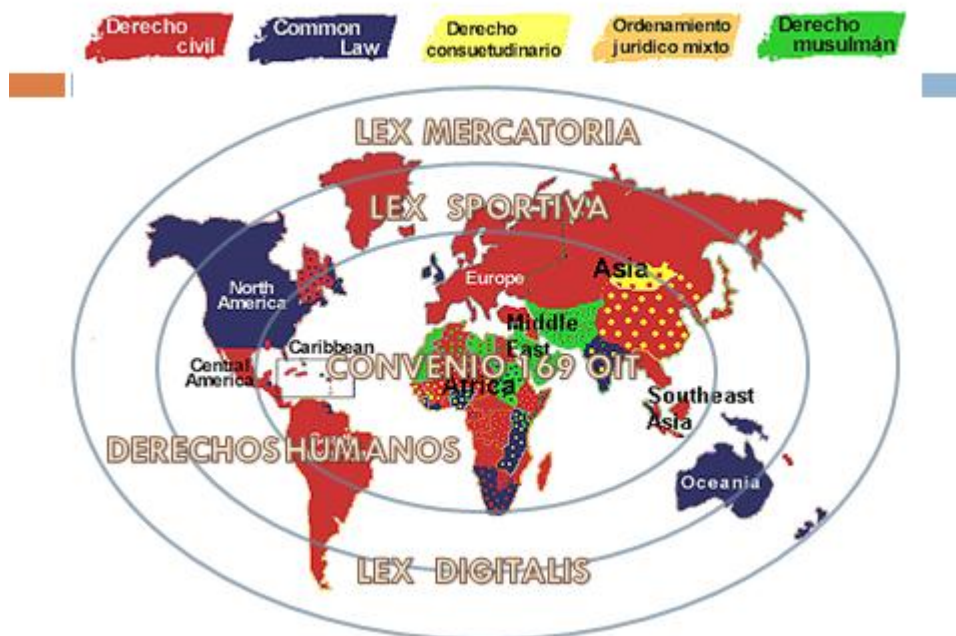
Pasamos a detallar el marco teórico que utilizaremos para abordar este estudio.

1. El Sistema del Derecho y el Pluralismo Jurídico.

En la actualidad la aplicación y emisión de las normas jurídicas dejó de ser solamente estatal para convertirse en global. Esta situación se manifiesta con la ratificación/aplicación en los estados del mundo, de normas de carácter internacional que están modificando el uso de normas nacionales y que se imponen en su aplicación por sobre las

mismas. La relación que advertimos se puede dar entre normativas de origen diferente se conoce como pluralismo jurídico. El carácter de este pluralismo no es nuevo, sin embargo producto de la complejización de la sociedad y de las instituciones jurídicas supranacionales, se ha hecho más evidente en las últimas décadas (Santos, 2007).

Uno de los procesos globales que más alto impacto ha tenido es la transnacionalización de normas jurídicas, las mismas que se aplican en diferentes campos del derecho y se relacionan con los sistemas jurídicos de los diferentes países del mundo, entre ellos están las normas deportivas y comerciales en el ámbito privado, las normas de derechos humanos en el ámbito público y el Convenio 169 de la OIT, que sería una normativa mixta.



En este sentido validamos la concepción de Luhmann y entendemos que el derecho es un sistema autopoietico que no está compuesto ni por normas ni por legisladores (ni operadores del derecho) sino por comunicaciones jurídicas (Teubner, 2009), estas comunicaciones constituyen una síntesis de tres selecciones de sentido, a saber: participación, información y comprensión (Teubner, 2009), de esta forma el derecho es una red comunicativa que produce comunicaciones jurídicas, por medio de las cuales es capaz de "ver" el mundo. Esta perspectiva teórica lleva a conceptualizar nuestro objeto de estudio, el pluralismo jurídico, como la interrelación de regímenes jurídicos de

diverso origen- internacional, nacional, local- y que según Teubner (2009) son observadas jurídicamente por el sistema del derecho generando decisiones jurídicas vinculantes en un contexto socio jurídico.

Para este estudio vamos a aplicar el fenómeno del pluralismo jurídico que se da en el contexto global y que hace que la situación de aplicación del Convenio 169 de la OIT en Chile sea un proceso propio y global de pluralismo jurídico.

Para Berman (2007), los ámbitos del derecho que en la actualidad generan más pluralismo son los de las finanzas y la economía (El derecho civil). En cambio Höffe (2008) sostiene que también ocurre en el campo del derecho penal donde se vienen produciendo interacciones entre los regímenes jurídicos que hoy forman una constelación de legalidades e i-legalidades que operan en espacios y tiempos locales o territoriales diversos. Considerando lo anterior el Convenio 169 está afectando los ámbitos jurídicos antes mencionados, además de constituir parte de un régimen (jurídico) internacional que interacciona con el régimen jurídico estatal y local de los países en los que ha sido ratificado. Con ello se abre la posibilidad a la existencia del pluralismo jurídico.

Para explicar nuestro enfoque o postura sobre el pluralismo jurídico, sostenemos que (...) regímenes jurídicos internacionales surgen con suficiente capacidad para regular problemas emergentes de la sociedad mundial que ningún orden jurídico estatal es capaz, por sí solo, de resolver. Pero en uno y otro caso, el Estado subsiste y subsiste mundialmente. Existe así una agudización de la diferenciación funcional que corre paralela a un anclaje del Estado a nivel territorial.(...) (Mascareño, 2005, pág. 1398) En otras palabras hay movimientos sociales, conflictos y reivindicaciones que afectan los sistemas de la sociedad mundial, estos "problemas emergentes" se manifiestan territorialmente en los estados nación, pero para su "resolución" requieren de normas que son transversales a todos los estados y que los obligan a su cumplimiento "instituciones jurídicas globales". Mascareño (2005p.1398) nos señala lo siguiente (...) los sistemas funcionalmente diferenciados de la sociedad mundial tienden a operar con prescindencia del territorio nacional y dadas las altas interdependencias entre las dimensiones política, económica y jurídica, la tarea del Estado es la de propiciar, desde su espacio territorial, condiciones para la coordinación del funcionamiento sistémico.

Aplicando lo dicho en el párrafo anterior, podemos sostener que el Convenio 169 de la OIT es una norma internacional vinculante, sobre derechos de pueblos indígenas, que obliga a los estados nación a

implementar medidas jurídicas que tiendan a la efectividad en el goce de los derechos que este instrumento reconoce.

En el caso de los países de América Latina, diferentes de Chile, que han ratificado el Convenio 169 de la OIT, muchos han modificado sus constituciones pero no se han generado adecuaciones normativas que busquen implementar efectivamente de los derechos reconocidos por el Convenio y cuando se ha intentado efectivizar su cumplimiento ha sido espinoso o simplemente no ha sido¹. Con esta ratificación, los estados, se obligan a presentar además informes anuales a la OIT señalando los avances sobre su implementación, lo que genera una obligación extra territorial con un organismo internacional. En casos de incumplimiento, la OIT puede emitir observaciones, por ejemplo los informes sobre Chile de los años 2010 y 2013².

En lo que sigue revisamos algunos autores y sus posicionamientos teóricos sobre la desnacionalización del derecho o derecho global o globalización del derecho, o derecho mundial, y la validez del pluralismo jurídico a fin de tomar una posición en cuanto al concepto de pluralismo

Sobre el tema, Boaventura de Sousa (1996), afirma que la globalización del derecho, es producto de la globalización de la sociedad, tal como ocurre con los mercados, las comunicaciones, la cultura etc. El autor señala que la globalización del derecho se trata de la proliferación reciente de normas e instituciones jurídicas que supera el ámbito nacional que había servido de base a todo derecho moderno, este no es un fenómeno totalmente nuevo, su carácter novedoso reside en la intensidad con que se afirmó en las últimas décadas, uno de los ámbitos en los que se ha manifestado de forma más intensa la globalización del derecho es en el campo de los derechos humanos. Afirma que los estados nación se han mantenido en el centro de la problemática de los derechos humanos, ya sea como sus principales garantes o sus principales violadores.

Boaventura se ubica en una posición anti positivista, con la que coincidimos, ya que el positivismo jurídico, es una concepción restrictiva para el análisis de los procesos socio-jurídicos globales que acontecen en la sociedad mundial actual. Para Boaventura el derecho es: Un cuerpo de procedimientos y estándares normativos regulados, que se considera exigible ante un juez o un tercero que imparte justicia y que contribuye a la creación y la prevención de disputas, así como a su

¹ En el Caso de Perú por ejemplo para dar cumplimiento al pluralismo jurídico debe emitirse una norma de coordinación entre sistemas, la que no se ha emitido hasta el momento.

² Comisión de expertos de la OIT en febrero de 2010 y 2013.

solución mediante un discurso argumentativo”, este concepto se aplica a la función de los tribunales en cada espacio territorial...

Cuando se refiere al pluralismo jurídico Boaventura sostiene: “pluralismo jurídico tiene una connotación definitivamente normativa, fue una reacción frente al positivismo, el centralismo y el exclusivismo estatal, basada en la coexistencia de sistemas de derecho en el mismo estado”. El autor sostiene que con la consolidación del estado constitucional liberal el derecho, pasa a ser derecho y que los defensores del pluralismo estaban obligados a probar que existía un régimen jurídico diferente del estatal, por lo que usar la definición pluralismo jurídico sería errado para la globalización del derecho. Asumimos esta postura de Boaventura, ya que consideramos correcto afirmar que en la actualidad interactúa una pluralidad de ordenamientos jurídicos en un mismo espacio y tiempo estatales. Estos ordenamientos pueden ser nacionales, supraestatales y transnacionales y coexisten en el sistema mundial. Para el caso de la aplicación del Convenio 169 en Chile, este es uno de los conceptos teóricos que nos interesa utilizar.

2. La transnacionalización de las normas jurídicas y pluralismo jurídico

Producto de la mayor complejidad de la sociedad mundial y de la diferenciación funcional es que cada sistema se especializa en una función. En el caso del derecho, se trata de asegurar las expectativas jurídicas de la sociedad. Esto ocurre conjuntamente con un incremento de las comunicaciones jurídicas las mismas que aumentan la complejidad al interior del sistema, generando que se genere la interacción entre regímenes normativos diversos.

La evolución del sistema del derecho para nuestro estudio se visibiliza en los sistemas jurídicos de los estados nación con la pérdida de “jurisdicción” exclusiva que tienen para la elaboración de normas. Lo dicho permite centrar nuestro análisis en la diferenciación del derecho, la evolución y la relación entre diferentes regímenes jurídicos o la transnacionalización del derecho en la sociedad global que genera pluralismo jurídico, para su posterior aplicación en el análisis del sistema jurídico chileno a partir de la ratificación del Convenio 169 de la OIT por parte del Estado.

Entre los autores que hemos destacado para definir el marco teórico del pluralismo jurídico en un contexto de transnacionalización del derecho, consideramos las posturas de Höffe, Tamanaha, Benton y Mascareño ya

que estos autores desarrollan el tema del pluralismo jurídico enfocándose en una postura de sociedad global y transnacionalización de las normas jurídicas, cada uno con su postura que nos ayuda a comprender las diferentes posturas teóricas sobre el pluralismo jurídico y que nos servirán para el análisis del marco jurídico Chileno cuando analicemos el caso del pluralismo jurídico en Chile.

Otfried Höffe analiza la evolución del sistema del derecho basado en un enfoque que considera una "republica mundial complementaria" (Otfried Höffe 2008) en la que el proceso de globalización es un desafío para el sistema del derecho en búsqueda de la "paz global" (Otfried Höffe, 2011). Höffe desarrolla el tema del derecho y de la pluralidad legal refiriéndose además a la aplicación de "justicia en un mundo globalizado" (Otfried Höffe 2012). En lo que sigue detallaremos la postura de Höffe sobre el derecho global y el pluralismo jurídico Para este autor, un estado mundial evidentemente no sólo es responsable por los miembros de la cultura europea, el tema corresponde a un discurso que no tiene lugar exclusivamente en "nuestra cultura" y que tampoco está sujeto a las condiciones especiales de la misma: el tema forma parte de un discurso jurídico intercultural (Otfried Höffe, 2011), es decir un derecho intercultural mundial.

Höffe, nos explica que el pluralismo jurídico,- comunidad jurídica internacional- ya tenía vigencia cuando se producían relaciones comerciales entre Babilonios y reinos del Asia menor. Es desde entonces que los órdenes jurídicos han estado relacionados. Hoy con la emergencia de los derechos humanos y su aplicación mundial, por ejemplo, se plasma la idea de Republica Mundial.

La existencia de pluralismo jurídico para Höffe es parte de lo que él llama derecho intercultural. Sostiene que el derecho de las diversas culturas se ve regulado por organismos internacionales que velan por el cumplimiento de las normas internacionales en los niveles estatales. Hace también referencia a la relación entre derechos provenientes de distintas culturas que influyen la cultura del estado. En este enfoque podríamos enmarcar lo establecido por el convenio 169 en su interacción con los sistemas jurídicos estatales, que por una parte generan una obligación estatal de reconocimiento de derechos culturales y por otra se encuentran obligados a informar a organismos transnacionales.

Tamanaha (2007), se refiere al pluralismo jurídico como un evento que se sitúa en el campo del derecho se puede estudiar desde el pasado hasta el presente y desde lo local a lo global y viceversa. Cuando el autor se refiere a campos legales en interacción o a órdenes legales que se relacionan, se refiere a seis órdenes normativos diferentes, (...)The

forms of normative ordering commonly discussed in studies of legal pluralism can be roughly separated in the following six categories: (i) official legal systems; (ii) customary/cultural normative systems; (iii) religious/cultural normative systems; (iv) economic/capitalist normative systems; (v) functional normative systems; (vi) community/cultural normative systems. (Tamanaha, 2007) En su perspectiva teórica Tamanaha nos señala que el primero de los sistemas "el sistema oficial" está relacionado con el aparato legal estatal, que se manifiesta como poder legislativo, poder judicial y normas jurídicas nacionales, que se relacionan con los otros cinco regímenes normativos generando conflictos o soluciones en una jurisdicción determinada. En este caso el pluralismo jurídico se define como un fenómeno de interacción (armonización y conflicto) de regímenes jurídicos en un mismo territorio. Esta interacción se genera en un mismo estado pero los otros regímenes tienen fuentes de origen normativo diverso, siendo el internacional uno de los campos señalados como el económico, por ejemplo. Desde la postura de Tamanaha abordaremos la relación entre diferentes ámbitos del derecho en Chile, el internacional, nacional y consuetudinario.

Benton (2004) explica los orígenes del Pluralismo jurídico y sostiene como es que se relacionaban los diferentes sistemas jurídicos en las colonias. En muchos casos la relación era horizontal es decir se producía lo que hoy llamamos interculturalidad sin embargo el sistema jurídico traído desde la colonia era el dominante. Hoy el sistema del derecho ha evolucionado y se ha tornado en un sistema legal global que se aplica en los estados nación.

Desde el enfoque sistémico, Mascareño (2005) sostiene que por efecto de la globalización, los estados han ido perdiendo su monopolio en la producción legislativa. Esta globalización ha llevado a la formación de una sociedad que opera desde distintos ámbitos sociales (economía, derecho, política, etc.) atendiendo cada uno de ellos una función específica. En el caso del sistema jurídico se observa un despliegue normativo que va más allá de las legislaturas nacionales. Surge un derecho reflexivo que constituye la coexistencia de diversos regímenes normativos nacionales y transnacionales que se denomina pluralismo jurídico.

Sostenemos, coincidiendo con Mascareño, que la globalización económica y la transnacionalización de regímenes normativos pueden alterar el ámbito de intervención de las autoridades estatales, pero no crean una nueva forma de organización de la vida política distinta al modelo de los Estados soberanos. En este contexto no corresponde decir que la globalización económica o la producción normativa nacional lleven

a una disminución de la soberanía estatal, por el contrario, el Estado-nación puede seguir manteniendo la tuición sobre su territorio y el monopolio de uso de la violencia legítima; es decir, la soberanía de lo político sigue siendo política, no económica ni jurídica. Sí es cierto, sin embargo, que el manejo de la economía a nivel nacional se resiste cada vez más a intervenciones políticas, especialmente en el campo del mercado financiero y comercial, y es innegable también que regímenes jurídicos internacionales surgen con suficiente capacidad para regular problemas emergentes de la sociedad mundial que ningún orden jurídico estatal es capaz, por sí solo, de resolver. Pero en uno y otro caso, el Estado subsiste y subsiste mundialmente. Existe así una agudización de la diferenciación funcional que corre paralela a un anclaje del Estado a nivel territorial. En otras palabras, el desarrollo de los sistemas económico y jurídico trasciende con mucho las fronteras nacionales, lo que impide su control desde el territorio que cada Estado gobierna.

El pluralismo jurídico no es un concepto nuevo. En los inicios de su estudio se le ligó a la antropología, ya que se estudiaron los sistemas jurídicos de las poblaciones originarias o indígenas de los estados nación colonizados, fenómeno jurídico que analizaremos al referirnos al pluralismo jurídico constitucional presente en los otros países de América Latina diferentes de Chile. Estas formas de derecho pervivieron a la estructura unitaria y liberal de los estados. Benton (2004) nos señala que el pluralismo jurídico se inicia en épocas de colonización cuando una cultura colonizadora ejercía su poder y hegemonía sobre la(s) otra(s) conquistada(s). Lo que generaba coexistencia de culturas, y de sistemas jurídicos aunque el sistema político era uno solo. (Benton, 2004).

Queremos remarcar que nuestra posición teórica sobre el pluralismo jurídico se ubica en la que acabamos de señalar, la que se genera desde la observación del sistema jurídico en la cada vez más compleja sociedad actual. (Mascareño, Boaventura, Dupret, Höffe, Tamanaha entre otros) en la que la globalización genera que los cuerpos normativos interaccionen en el sistema del derecho generando su evolución.

3. Positivism jurídico latinoamericano y pluralismo jurídico constitucional

En el caso de los países de América Latina incluido Chile, la tradición jurídica proviene de la teoría pura del derecho de Kelsen o Hart, que remiten a estructuras jurídicas, rígidas y generadas en cada estado por

el poder legislativo y otros organismos de gobierno (textos, normas, reglas). La teoría del derecho Kelseniano obtiene su legitimidad a partir de la Constitución que es el fundamento de la unidad y validez del sistema normativo y del Estado. Si vivimos en una sociedad globalizada, el sistema del Derecho se fragmenta y pasa a ser plural, en el cuál las normas jurídicas no son lo más importante, sino que las comunicaciones que en él se producen (Severo, 2009)

La organización de los estados latinoamericanos se da bajo la forma de "estados de derecho", en los que el derecho y la fuerza coercitiva para su cumplimiento este van de la mano. En ese sentido, el estado de derecho se manifiesta por medio del derecho. Para que este derecho pueda ejercer el poder en su interior necesita "jerarquizarse" con el fin de controlarse a sí mismo. En el positivismo, se sostiene que "una norma que representa el fundamento de validez de otra norma es figurativamente designada como norma superior, en confrontación con una norma que es en relación a ella la norma inferior". (Teoría pura del derecho). Esta perspectiva teórica, genera limitaciones para la aplicación de normas de carácter global, ya que depende de la visión de un estado y que tiende a reducir las posibilidades de diferenciación y por lo tanto sus criterios de observación dependen de la legalidad de las normas con respecto de la constitución, siendo la constitución la norma cúspide o llamada Ley de Leyes.

Según esta postura teórica, Las constituciones son las que definen la organización de los Estados, su vocación, su forma de gobierno, el reconocimiento de derechos fundamentales y la composición de sus naciones. En el caso de las Constituciones Latinoamericanas desde la década de los 90 se han generado cambios, los que han reconocido las pluralidades, étnicas, culturales y jurídicas. Estas constituciones también, reconocen que son las autoridades del Poder Judicial, pueden ejercer justicia a nombre de la nación. Por medio de esa facultad deben cuidar que la legalidad (normas) sea acatada por la totalidad de quienes habitan el territorio nacional, imponer sanciones y ver que sean cumplidas. En el caso de las jurisdicciones especiales indígenas, ellas son vigentes si pero para abordar situaciones y controversias jurídicas entre miembros de la comunidad y en el territorio comunal, se produce así la coexistencia en un mismo territorio de dos formas de administración de justicia, la estatal y la indígena.

Para abordar teóricamente esta postura constitucional del pluralismo jurídico hemos tomado autores como Guevara, Popisil y Griffiths, ya que definen el pluralismo jurídico desde una perspectiva básicamente constitucional y estatal en la producción y aplicación del derecho.

Guevara (2009) nos describe algunas de las distintas teorías sobre pluralismo jurídico. Estos autores se referían al pluralismo Jurídico que hemos definido como constitucional o del positivismo jurídico, en el que dos o más sistemas jurídicos coexisten y se relacionan en un mismo territorio y además uno de ellos predomina sobre el /los demás generalmente.

Popisil (1974) sostiene la teoría de los niveles legales y la multiplicidad de sistemas legales, cuyo principal argumento es que las sociedades están compuestas por subgrupos sociales que gozan de diferentes grados de inclusión, tal como ocurre con los segmentos tribales, el linaje, la familia, las fábricas y sindicatos y la asociación. Este autor, nos habla de un complejo mundo social en el que los individuos no son más que átomos que se mantienen unidos por una fuerza centrípeta que emana del Estado. Para Popisil, cada persona tiene diferentes pertenencias y lealtades y es simultáneamente miembro de diferentes subgrupos y por tanto está sujeta a una variedad de sub-sistemas Legales. Cada sub-sistema Legal debe cumplir con cuatro atributos que los caracterizan: Autoridad, sanción, relaciones obligacionales y la intención de aplicación universal, para que puedan ser llamados "Derecho" y puedan por lo tanto interactuar ya sea de forma horizontal o vertical. Horizontal cuando son sistemas legales de la misma jerarquía y vertical porque por lo general uno de ellos tiene el nivel más alto de la pirámide y ejerce hegemonía sobre los otros, generalmente este puesto le corresponde al derecho estatal, a los tribunales nacionales y reconocidos como poder judicial por la constitución del Estado.

Moore (1989) se refiere al pluralismo jurídico desde los espacios sociales semiautónomos. Para él, el Derecho estatal, es cualitativamente diferente al resto de los sistemas normativos que operan en la sociedad. El derecho estatal tiene el grado más alto y los demás sistemas que coexisten en la sociedad y que también son llamados "derecho" están sujetos al primero ya que los procesos normativos están reservados al Estado, mediante su poder legislativo.

Para Griffiths (1986), el pluralismo jurídico tiene dos formas de actuar y de manifestarse en la sociedad por una parte está el pluralismo jurídico fuerte y por la otra el pluralismo jurídico débil. En el caso del pluralismo jurídico fuerte el Estado no tiene un status privilegiado, sino que hay una equidad entre sistemas jurídicos que coexisten en un mismo espacio temporal. Mientras que el pluralismo jurídico débil se da cuando dentro del marco del centralismo legal, El estado dicta distintos cuerpos de ley para los diferentes grupos de la población.

Luhmann (2005, pág. 121 y ss) hace referencia a esta situación señalando que cuando se utiliza el concepto de sistema jurídico, es habitual que se piense solo en el ejercicio organizado del derecho: tribunales, parlamentos y eventualmente en las administraciones que regulan las relaciones jurídicas. Se piensa comúnmente que sus miembros son seres humanos o cuando menos se piensa en roles. En contraposición señala que al sistema jurídico pertenecen solamente comunicaciones coordinadas por códigos, solo aquella comunicación que afirme la asignación de los valores: conforme a derecho/no conforme a derecho, requiere el código como forma de apertura autopoietica, como necesidad de más comunicación en el sistema jurídico, la que se va

La ratificación del Convenio 169 de la OIT ha generado cambios jurídicos en cada uno de los países que lo han hecho. El estudio incluye el análisis de los países de América Latina que han modificado sus constituciones integrando el ejercicio de derecho propio de los pueblos indígenas y que se autodefinen ya no como estados nación sino como estados plurinacionales (Bolivia y Ecuador) o como estados que aceptan la pluralidad étnica y jurídica al interior de su territorio (Colombia y Perú). En este contexto Latinoamericano incluiremos a Chile que pese a haber ratificado el Convenio, no ha generado ningún cambio constitucional. Este tema se desarrolla más ampliamente en la cuarta parte que trata la Desnacionalización del derecho y el derecho propio en el sistema jurídico chileno.

4. Evolución del Sistema del Derecho por la transnacionalización de las normas jurídicas.

Para poder definir el pluralismo jurídico que se empieza a por en Chile a raíz de la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT, utilizaremos lo que es definido por la teoría de sistemas como el proceso de Evolución de los sistemas autopoieticos. La teoría de sistemas no se ocupa, en ese sentido de un tipo de objetos en particular sino que hace uso de una determinada distinción, la referida a sistema y entorno.

En la perspectiva de la teoría de sistemas la evolución no significa otra cosas que las transformaciones de la estructura del sistema ya que ellas, pueden efectuarse solo en el interior del sistema (en modo autopoietico) no se producen a discreción del sistema sino que deben afirmarse en un entorno que el mismo sistema no puede sondear o que no puede incluir en si mismo a través de una planificación.

La diversificación evolutiva y el incremento de los sistemas, es al mismo tiempo una diversificación y un incremento en los entornos.

Sólo la diferencia entre sistema y entorno hace posible la evolución, ya que se evidencia la relación en este caso entre elementos que pertenecían al entorno como el Convenio 169 de la OIT (antes de su ratificación) y que luego pasa a generar operaciones al interior del sistema jurídico chileno.

Ningún sistema puede evolucionar a partir de sí mismo. Sin embargo la diferencia entre sistema y entorno le da a cada transformación un efecto de multiplicación. Transforma un sistema y con esto al mismo tiempo al entorno de los otros sistemas.

Las estructuras del sistema son necesarias ya que restringen el margen disponible de oportunas operaciones de manera que se pueda realizar el paso continuo de operación a operación.

Estas operaciones son reducciones necesarias de complejidad y esta selectividad es la que caracteriza la formación de estructuras.

Los sistemas autopoieticos hacen posible la evolución y exactamente hacen posible una evolución veloz por el hecho que se cierran en base a sus propias distinciones (Luhmann, 2007, pág. 207).

En el proceso de evolución, la variación produce una diferencia: produce una variación de lo que se da hasta ese momento. Esta diferencia nos obliga a hacer una selección o en favor o en contra de la innovación. La selección a su vez si escoge lo nuevo impone al sistema numerosos movimientos de adaptación y delimitación.

La evolución para Luhmann tiene tres componentes:

1.- A través de la variación, se varían los elementos del sistema, es decir las comunicaciones, La variación consiste en una reproducción desviante de los elementos a través de los elementos del sistema. En otras palabras consiste en una comunicación inesperada y sorpresiva.

2.- La selección se refiere a las estructuras del Sistema, es decir a las expectativas que guían a la comunicación. Con base en una comunicación desviante, la selección elige las referencias de sentido que prometen tener valor de construcción de una estructura, que son idóneas para un uso repetido, que pueden producir el efecto de construir y condensar expectativas; la selección, luego, en cuanto que adjudica la desviación a la situación, o la abandona en el olvido, o llega a rechazarla explícitamente, repele las innovaciones que no parezcan idóneas para

fungir como estructura, es decir que no parezcan idóneas para fungir como directiva de la comunicación ulterior.

3.-La restabilización se refiere a formaciones de sistemas a las que algunas innovaciones les aseguran duración y capacidad de resistencia, aquí se trata antes que nada del mismo sistema de la sociedad con relación a su entorno.

Además señala que la distinción entre variación, selección y restabilización sugiere ciertamente una secuencia temporal y es entendida también en este sentido y tienen entre sí una relación circular.



La evolución requiere de una diferenciación entonces, de las funciones evolutivas (variación, selección y restabilización), las que se realizan a través de circunstancias distintas. En lo que sigue del análisis de las sentencias nos ocuparemos de ver como el convenio 169 de la OIT ha incorporado una mayor complejidad al interior del sistema generando que se introduzca el reconocimiento de derechos de los pueblos indígenas que no estaban reconocidos a nivel constitucional por la Constitución Política de la República.

III. Metodología.

La investigación aplica una metodología de carácter cualitativa con un diseño de investigación principalmente descriptivo. La metodología del presente estudio se relaciona con el enfoque teórico de la teoría de sistemas sociales de Luhmann. Para poder adoptar este enfoque utilizaremos la epistemología constructivista (Arnold, 2006), referida sobre todo a la observación de sistemas sociales. Desde esta perspectiva metodológica y teniendo como base la observación de segundo orden, es que establecemos como distinción los procesos de diferenciación que se dan al interior del sistema jurídico.

Se ha operacionalizado una observación de segundo orden, en tanto tipo de observación externa orientada a la descripción de comunicaciones jurídicas a partir del análisis de la totalidad de sentencias de tribunales chilenos en las que se ha aplicado como norma directa el Convenio 169 de la OIT en lo civil y en lo penal..

En cuanto a la técnica de análisis de los textos corresponderá al análisis cualitativo deductivo. Ello significa que la información recabada será sometida, para su análisis, a las categorías pre-establecidas en el apartado teórico.

Nuestro material de estudio son sentencias de tribunales civiles y penales chilenos, los civiles corresponden a la totalidad de sentencias de Cortes de Apelaciones Nacionales los penales corresponden a la Región de la Araucanía que juzgan imputados Mapuche), después de la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT en septiembre del 2009 hasta enero de 2012.

Para recopilar nuestro material de estudio hemos hecho una búsqueda de sentencias con diversos buscadores jurisprudenciales como son: Legal Publishing, Microjuris, Vlex, Puntolex y el buscador de sentencias del Poder Judicial. Sin embargo en el caso de los acuerdos reparatorios (que son transcripciones de juicios que contienen la "sentencia") estos fueron proporcionados por la Unidad de Estudios de la Defensoría Penal Pública. Nuestros criterios de búsqueda para las sentencias se establecieron en base al criterio de temporalidad considerando la totalidad de sentencias que habían sido emitidas después de la entrada en vigencia del Convenio 169 hasta diciembre de 2012, referidas a procesos con pueblos indígenas lo que hacía un total de 30 sentencias civiles (que incluyen las de la corte Suprema) y 09 Penales. Para este estudio hemos analizado la totalidad de sentencias civiles emitidas por las Cortes de Apelaciones de Chile en el ámbito civil, ya que son las que reflejan mejor el proceso evolutivo del derecho al efectuar la selección

positiva o negativa de lo que establece el Convenio 169 de la OIT, con respecto al derecho de consulta previa, las que hacen un total de 14 sentencias. En el campo del Derecho Penal hemos analizado la totalidad de sentencias emitidas por tribunales de garantía de la Araucanía (09), en lo que refiere a derecho propio y pluralismo jurídico interno desde la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT hasta diciembre de 2012.

IV. Pluralismo Jurídico y el Convenio 169 OIT: Marco Jurídico e Interpretación.

En lo que sigue se tratará la desnacionalización del derecho a partir de la ratificación del Convenio 169 de la OIT y sus implicancias para el pluralismo jurídico, desde un análisis de los marcos jurídicos de los estados latinoamericanos y el de Chile. En primer lugar se describe el contexto latinoamericano de pluralismo jurídico constitucional con base en 4 países y luego se revisa el caso de Chile en esta materia.

1. Pluralismo Jurídico Constitucional Latinoamericano: El caso de Colombia, Perú, Ecuador y Bolivia.

En los países de América Latina que reconocen la pluralidad étnica o la plurinacionalidad, también se ha reconocido la pluralidad jurídica, es decir que los pueblos indígenas tienen el derecho de administrar su propia justicia, para los miembros de sus comunidades y cuando los hechos se producen en su territorio. Desde la década de los 90 y sobre todo a fines de la década del 2000 se van generando cambios y modificaciones constituciones que Yrigoyen (2010) define como el horizonte pluralista del constitucionalismo. En este horizonte se cuestiona la monoculturalidad, la identidad estado-nación, la identidad estado -derecho, y el monismo jurídico con estos hechos se cuestiona la propia raíz colonial de los estados latinoamericanos que fueron configurados sin considerar a los pueblos indígenas y que promovían la homogeneidad cultural y nacional, desconociendo las diferencias.

Yrigoyen (2010) nos señala además que este constitucionalismo pluralista, no solo concibe a los colectivos indígenas como culturas diversas, objeto de reconocimiento de los derechos culturales por parte de los estados, sino que los reconoce como pueblos que son capaces de ser sujetos de un nuevo pacto con el estado. Complementariamente cuando se reconocen los sistemas jurídicos indígenas, se plantea que el derecho ha evolucionado y no puede ser entendido como la suma de normas y leyes internas que rigen la vida de las naciones y que son producidas únicamente por el poder legislativo, sino que al reconocerse el derecho de los pueblos indígenas se dan cabida o se reconocen nuevos ámbitos de derecho que regulan la vida de los pueblos indígenas, es decir se reconoce el pluralismo jurídico al interior de los estados. El derecho desde la perspectiva de la evolución, tampoco puede ser observado como un cuerpo rígido normativo que se administra solamente por jueces locales que aplican justicia

considerando solamente las normas nacionales en sus sentencias. Los estados de Colombia, Perú, Ecuador y Bolivia reconocieron el pluralismo jurídico en sus constituciones. Ellas además, establecen que se deberán crear formas de coordinación de la justicia indígena, entendida como derecho propio, con la justicia ordinaria, entendida como derecho estatal mediante una Ley especial. Leyes que en muchos casos aún no se han emitido, han surgido para ello diversos problemas, siendo el primero que el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas no puede ser codificado completamente y las autoridades que administran justicia además varían de pueblo en pueblo.

Los fundamentos para el reconocimiento del pluralismo jurídico y del efectivo derechos de los pueblos indígenas a administrar justicia, se orienta en dos sentidos (Huber, 2008): por un lado garantizar el mejor acceso de los pueblos indígenas a los servicios de justicia que ofrece el Estado. Por otro lado se encuentra encaminada al reconocimiento de la libre determinación, el que se concreta con el ejercicio de la autonomía social, política, cultural y jurídica, como una de las reivindicaciones de derechos que reconoce el Convenio 169 de la OIT. Sin embargo a decir de Huber, existe mucha distancia entre lo que se ha reconocido a nivel normativo y lo que sucede en el campo de la realidad, la administración de justicia y la aplicación de esas normas por los tribunales.

Análisis comparativo de reconocimiento de pluralismo jurídico constitucional de países de América Latina					
País					
Hitos	Chile	Ecuador	Colombia	Bolivia	Perú
Año de reforma constitucional	1980 ³	2008	1991	2009	1993
Entrada en vigencia del Convenio 169 OIT (vinculante)	septiembre 2009	Agosto 1998	Agosto 1991	Diciembre 1991	Febrero 1994
Firma de la Declaración ONU (no vinculante)	2007	2007	2007	2007	2007

³ Se hace referencia que se muestra a Chile en la tabla para fines comparativos con Países de América Latina que después de una reforma constitucional incluyeron el pluralismo jurídico.

Reconocimiento del pluralismo jurídico en la Constitución	No	Art. 171 Funciones jurisdiccionales, normas y procedimientos propios de los pueblos indígenas.	Art. 246 Funciones jurisdiccionales, normas y procedimientos propios. Ley de coordinación justicia ordinaria	Cap. IV Jurisdicción indígena originaria campesina. Funciones jurisdiccionales	Art. 149 Funciones jurisdiccionales, autoridades campesinas y nativas. Ley de coordinación justicia ordinaria
--	----	---	--	--	---

En Colombia, La Corte Constitucional, como ente supremo que garantiza los derechos constitucionales, se ha pronunciado por una interpretación favorable al principio del pluralismo y la búsqueda de un “consenso intercultural”. Según la Corte, la jurisdicción especial sólo está obligada a respetar algunos mínimos fundamentales (no matar, no esclavizar, no torturar, y respetar el principio de legalidad de las penas, según su propio derecho) para que pueda ser ejercida por sus autoridades tradicionales (Yrigoyen, 2006). Colombia acoge el Convenio 169 desde 1991 y efectúa su reforma constitucional en ese mismo año. La constitución, reconoce la pluralidad étnica de la nación y la pluralidad jurídica en su artículo 246. Este artículo les otorga facultades jurisdiccionales a las autoridades de las comunidades indígenas, para aplicar su propio derecho, su propia cosmovisión y formas de control social. La aplicación de este derecho ha generado conflictos con la justicia ordinaria monocultural, ya que con este reconocimiento se restringe la subordinación en que se encontraban las autoridades indígenas y se les reconoce igual valoración que aquellas que administran justicia ordinaria. (Sanchez, 2000)

El control de la constitucionalidad de la administración de justicia lo establece la Corte Constitucional de Colombia la que es encargada de velar por el respeto de que la administración de justicia indígena se haga conforme a la carta Magna. El artículo 4 de la Constitución Colombiana establece que la Constitución es “norma de normas” y que “en todo caso de incompatibilidad entre la constitución y la Ley u otra norma jurídica se aplicaran las disposiciones constitucionales”. Con este artículo se establece el elemento de primacía constitucional, la que obliga a todos los funcionarios jurisdiccionales a aplicar la constitución colombiana directamente cuando haya algún conflicto de normas, en este caso al estar la jurisdicción indígena reconocida en la constitución, todos los funcionarios judiciales y los funcionarios del Estado están

obligados a reconocer la aplicación y el ejercicio de las autoridades indígenas de la jurisdicción especial indígena.

En Perú, la ratificación del Convenio 169 la da el Congreso Constituyente Democrático en noviembre de 1993 casi a la par en que se promulga la constitución política del Estado (diciembre de 1993). Al igual que en Colombia, en Perú se reconoce la pluralidad jurídica, estableciendo como límite para ejercer dicha jurisdicción el respeto de los derechos humanos y la emisión de una normativa especial de coordinación entre la justicia ordinaria y la justicia indígena. El reconocimiento de la identidad étnica, se da como un derecho individual de cada peruano y peruana. Si bien la Constitución reconoce el pluralismo jurídico recién se ha presentado el proyecto de Ley de coordinación al Congreso en octubre de 2011. A diferencia de Colombia, en el caso del Perú, el reconocimiento constitucional no es suficiente para que los jueces de la jurisdicción ordinaria o cualquier funcionario del estado reconozcan el pluralismo jurídico. El artículo 149 de la Constitución reconoce las facultades jurisdiccionales a las autoridades de las comunidades campesinas y nativas, las que administraran justicia con el apoyo de las rondas campesinas. En el año 2003 se emite la Ley de rondas campesinas, que reconoce la facultad de estas de administrar justicia e incluye en su texto normativo los principios del Convenio 169 de la OIT. Desde la emisión de la norma han surgido problemas de coordinación y reconocimiento de la justicia rondera, la que se ha visto solucionada con la emisión de un acuerdo plenario penal emitido por los ministros de la sala penal y que reconocen el actuar de las rondas campesinas en su jurisdicción territorial, este acuerdo plenario es obligatorio para todos los jueces penales de la república. Reconociendo de esta forma el pluralismo jurídico en el Perú. La ley de coordinación entre jurisdicción indígena y jurisdicción ordinaria aún no ha sido votada por el pleno del Congreso, pero ya ha obtenido una votación favorable al interior de las comisiones de constitución y justicia.

Ecuador y Bolivia son los dos países que han avanzado más en el reconocimiento del pluralismo jurídico ya que sus recientes Constituciones van de la mano con la refundación de Estados multiculturales. Este tipo de reconocimiento ha "revivido" en algunos pueblos donde ya estaba en desuso, el ejercicio del derecho propio de pueblos indígenas como en la provincia de Cotopaxi (Chiguano, 2011). En el caso de Bolivia hay todo un capítulo de la Constitución dedicado a la jurisdicción especial; en este ordenamiento se señala que tanto la justicia ordinaria como la indígena gozaran de igual jerarquía normativa, por lo tanto toda autoridad o persona acatará las decisiones que emanen de la justicia indígena. Este tipo de pluralismo es el que acepta la concurrencia de dos sistemas jurídicos en un mismo estado territorial.

Cuando se menciona el pluralismo jurídico en estos países, lo relacionamos inmediatamente en la coexistencia de sistemas jurídicos nacionales e indígenas en un mismo territorio. En consecuencia hasta este punto del análisis podemos sostener la existencia, en los países analizados, de un régimen jurídico nacional en el que coexisten el estatal y el derecho propio.

En el caso de los países examinados, distintos de Chile, la ratificación del Convenio 169 trajo modificaciones constitucionales que han reconocido la vigencia del sistema jurídico indígena. Con este reconocimiento se establece una forma de pluralismo jurídico constitucional, que se da dentro de los estados, fortaleciendo la jerarquización de normas y el reconocimiento de la pluralidad cultural y jurídica de los mismos. La aplicación del Convenio 169 se da en ese contexto, es decir se integra como norma nacional para que pueda ser aplicado, en ninguno de los casos se ha aplicado directamente o se ha invocado para el reconocimiento de derechos indígenas. En Chile en la Constitución de 1980 no hay mención al reconocimiento del pluralismo étnico ni legal, la situación se mantiene aunque Chile ratifica el Convenio de la OIT en 2008 generándose una situación especial de pluralismo jurídico que analizaremos más adelante.

De los instrumentos que reconocen derechos indígenas, dos pertenecen al régimen jurídico internacional: el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de la ONU sobre derechos de los pueblos indígenas. De ellos, solo el Convenio es vinculante para cada uno de los estados que lo han ratificado. La Declaración no es vinculante, pero es parte del soft law y debe ser tomada en cuenta como parte del régimen jurídico internacional.

Hasta este punto del análisis podemos sostener que el pluralismo jurídico en los otros países de América Latina analizados ha tenido un reconocimiento constitucional, el que en algunos casos (Colombia y Perú) ha ido de la mano con la ratificación del Convenio 169 de la OIT. En el caso de Ecuador y Bolivia, la ratificación del Convenio ha sido anterior a las reformas constitucionales, lo que ha redundado en un mayor reconocimiento de derechos de pueblos indígenas a nivel constitucional, siendo la pluralidad jurídica un derecho establecido a nivel constitucional.

2. Pluralismo jurídico por la transnacionalización del derecho y Convenio 169 de la OIT en Chile: Análisis del Marco Jurídico y su aplicación.

Para poder analizar el pluralismo jurídico es importante poder analizar cómo se inserta el Convenio 169 de la OIT y cuál es la normativa relativa a pueblos indígenas vigente en Chile desde el año 2009.

2.1 La Constitución Política de la Republica y la validez de los tratados internacionales

El sistema normativo chileno, al igual que el de los otros países de América Latina, es de tradición positivista, monista en cuanto a la conformación del Estado, hay según la constitución un solo estado, una sola nación, una cultura, una religión predominante y un sistema jurídico único.

La integración del Convenio 169 a la legislación nacional chilena tiene dos interpretaciones jurídicas, la primera si es que es una norma autoejecutable y no autoejecutable. Efectivamente, una vez reconocida la constitucionalidad del Convenio 169 en el caso del sistema jurídico chileno, se debe analizar la validez y vigencia del Convenio con respecto de la Constitución de 1980. La constitución política del estado en su artículo 5 establece lo siguiente: "El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes". En esta materia Matías Meza-Lopehandía (2010) sostiene que el Convenio 169 es un instrumento internacional que reconoce derechos humanos y que debe ser incluido en la legislación nacional chilena como autoejecutable y debe ser aplicado sin necesidad de una norma interpretativa o complementaria.

Se constata lo dicho anteriormente, en el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución Política de la Republica, cuando señala que las normas de derechos humanos contenidas en tratados internacionales ratificados por Chile (Convenio 169 de la OIT) se constituyen como límite al ejercicio a la soberanía, es decir que se deben aplicar como norma nacional. (Meza-Lopehandía, 2010, pág. 130). En oposición Valdivia (2011) señala que los tratados internacionales son parte del soft law por lo tanto sus principios son simplemente orientadores de la acción política y que están desprovistos de efecto normativo directo y

por ende, se dificulta que los jueces funden sus sentencias en normativa internacional prescindiendo de las normas legales nacionales establecidas para una materia específica. Valdivia (2011) señala así que el sistema jurídico Chileno se ha caracterizado por su unidad y universalidad, es decir que todos los ciudadanos son iguales ante la Ley, y por lo tanto las modificaciones que están siendo introducidas por el Convenio 169 de la OIT son meramente orientadoras.

El artículo 5 de la Constitución señala lo siguiente:

Artículo 5º.- La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio.

El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. *Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.*

La complejidad para el sistema jurídico chileno, surge de la interpretación del artículo 5 sobre la validez jurídica de los tratados internacionales. El referido artículo en su segunda parte establece que una vez que un tratado se encuentra vigente, éste debe prevalecer sobre las leyes de inferior jerarquía y solo puede ser modificado de conformidad con las normas especiales propias del derecho internacional público. En la segunda parte también se señala que es deber de todos los órganos del Estado respetar y promover dichos derechos, por ende les corresponde también a los tribunales aplicar dicha normativa. Consideramos que desde ese control que ejerce la constitución para el cumplimiento de los tratados internacionales es que se hace exigible la aplicación del Convenio 169 de la OIT.

El Convenio 169 de la OIT, se refiere a derechos fundamentales reconocidos a los pueblos indígenas, por lo tanto gozan de jerarquía constitucional. Nash, (2012) nos señala, que es la Constitución Política la que otorga validez a los instrumentos internacionales en sus ordenamientos jurídicos internos, la modificación hecha al artículo 5, reafirma la categoría constitucional de los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales vigentes en Chile y agregó la misma cualidad a los derechos y obligaciones establecidos en los tratados internacionales ratificados por Chile, de forma que se haga efectivo el goce y ejercicio de esos derechos. En el caso del Convenio 169 de la OIT, es el fundamento por el que los integrantes de los

pueblos indígenas empiezan a reivindicar sus derechos colectivos como derechos fundamentales y vincularlos con los derechos individuales reconocidos en el artículo 19 de la constitución, como veremos en el análisis de las sentencias. Como parte del análisis nos interesa incluir el artículo 6 de la Constitución, que es el que obliga a los órganos del Estado y a las personas, instituciones o grupos a someter su acción a la constitución y a las normas dictadas conforme a ella. Artículo que nos servirá para poder analizar la función que cumplen los tribunales cuando aplican el Convenio 169 de la OIT y las normas constitucionales.

2.2. La Constitucionalidad del Convenio 169 de la OIT

Tanto para describir el pluralismo jurídico constitucional, como para caracterizar el pluralismo jurídico en la transnacionalización del derecho adoptamos la postura de la diferenciación al interior del sistema jurídico. Para ello hacemos referencia a lo que señala Mascareño (2010) sobre el tema: ...Por su parte, la globalización económica y la transnacionalización de regímenes normativos pueden alterar el ámbito de intervención de las autoridades estatales, pero no crean una nueva forma de organización de la vida política distinta al modelo de los Estados soberanos. En este contexto no corresponde decir que la globalización económica o la producción normativa nacional lleven a una disminución de la soberanía estatal. El Estado-nación puede seguir manteniendo la tuición sobre su territorio y el monopolio de uso de la violencia legítima; es decir, la soberanía de lo político sigue siendo política, no económica ni jurídica. (...) es innegable también que regímenes jurídicos internacionales surgen con suficiente capacidad para regular problemas emergentes de la sociedad mundial que ningún orden jurídico estatal es capaz, por sí solo, de resolver. Pero en uno y otro caso, el Estado subsiste y subsiste mundialmente. Existe así una agudización de la diferenciación funcional que corre paralela a un anclaje del Estado a nivel territorial. El Convenio 169 es emitido por la OIT en 1989 y desde ese momento se hace vinculante y obligatorio para los estados que lo han suscrito. En este momento podemos hacernos algunas preguntas, ¿Cómo surge el Convenio 169? ¿Por qué desde la OIT? ¿Cuáles son los derechos que reconoce? y ¿Cuál es la forma en que exige su cumplimiento a los Estados que lo han suscrito?

El Convenio 169 ha influenciado cambios sociales, políticos y jurídicos en América Latina. Las discusiones sobre la relación que hay entre pueblos indígenas y estados empiezan a hacerse importantes a fines del siglo XX. Estas discusiones surgen con un sentido paternalista por los estados colonizadores, asumiendo que las poblaciones indígenas al interior de

los estados debían ser protegidas de acuerdo a su nivel de desarrollo. El tratado de la Liga de naciones, establece entre otras disposiciones, la protección de los estados reconocía el derecho de los pueblos indígenas a la libertad de conciencia y religión, preservando la moral y el orden públicos. (Mereminskaya, 2011).

En 1955 se aprueba el Convenio 105 de la OIT sobre abolición de trabajo forzado y en 1957 se firma el Convenio 107 sobre Poblaciones indígenas y tribales. (Rodríguez-Piñero, 2005).

En 1977 se lleva a cabo el segundo congreso mundial de Pueblos Indígenas que resuelve rechazar completamente el Convenio 107 ya que para su aprobación no había representación de poblaciones indígenas ni para la negociación ni para la redacción del texto final. (Mereminskaya, 2011).

El Convenio 107 tenía un espíritu integracionista y de mestizaje que buscaba proteger a las poblaciones indígenas mientras se incorporaban progresivamente a la vida de los países a los que pertenecían. Para poder lograr la integración de los indígenas a la vida institucional del Estado, el Convenio 107 tiene como principales herramientas la educación y el entrenamiento profesional. Rodríguez –Piñero (2006) nos señala que el Convenio 107 es importante por dos aspectos, la primera por que la definición “pueblos indígenas” empieza cobrar importancia en los estándares de ILO (ordenamiento legal internacional). Y la transición de lo colonial hacia lo moderno relacionado con lo indígena. El término se va consolidando con este convenio, además que su principal función era buscar la integración de estos pueblos en los estados nación, cosa que varía con el Convenio 169, que busca referirse a derechos.

Con el fin de iniciar la redacción y negociaciones sobre el Convenio 169 de la OIT, se generó un Comité tripartito adhoc que estaba encargado de la revisión del Convenio 107 y de la elaboración de las propuestas de modificación. (Mereminskaya, 2011, pág. 222). Durante el debate surgieron tres temas (conceptos) importantes el de “pueblos indígenas”, “territorio” y “consentimiento”, los mismos que tuvieron salvedades para su aplicación. (Rodríguez-Piñero, 2006)

En el caso del término pueblos se hace referencia que dicho concepto no es atribuible con el concepto de “pueblos” que se utiliza en el derecho internacional excluyendo del Convenio el derecho a la autodeterminación. Al referirse a territorios (art.13 del Convenio 169) se introduce la expresión “tierras o territorios”, para que este concepto no implique autonomía. Por último en el caso de medidas legislativas o administrativas que emanen del estado y que puedan afectar los derechos de los pueblos indígenas se implementarán mecanismos de

“consulta” que no impliquen consentimiento, una vez superados los debates en 1989 se aprueba el Convenio 169 de la OIT con 329 votos a favor uno solo voto en contra y 49 abstenciones.

El Convenio 169 de la OIT, establece derechos para los pueblos indígenas que deben ser respetados por los estados que ratifican el Convenio. Con esta ratificación los estados se obligan a cumplir con las disposiciones del Convenio junto con la normatividad nacional, lo que lo torna en el único instrumento internacional que reconoce derechos indígenas de carácter vinculante. (Mereminskaya, 2011).

Como parte del compromiso adquirido por los estados que han ratificado el Convenio 169 de la OIT, se han venido generando cambios legales en diversos países de América Latina. En algunos países se ha reconocido el pluralismo jurídico de manera expresa y constitucional y en otros como es el caso de Chile la aplicación del Convenio 169 se está dando en tribunales, incorporándose a las comunicaciones jurídicas (decisiones jurídicas) como una expresión de pluralismo jurídico que estudiaremos al interior del sistema jurídico.

2.3 El Convenio 169 de la OIT: Debate en el sistema político y jurídico chileno

El proceso de introducir la ratificación del Convenio 169 se inicia como propuesta del sistema político, específicamente con la presentación del Presidente Aylwin al Congreso en el año 1991. Nuestro análisis parte en el año 2000, después de la aprobación del Convenio por la cámara de diputados. Desde ese momento, se producen objeciones por parte de 31 legisladores (sistema político), quienes sostenían que el Convenio contravenía directamente la unidad del estado Chileno y su constitución. La situación se resume en que el Convenio es propuesto por el poder ejecutivo, observado por el poder legislativo (interior del sistema político) y que la distinción poder/oposición se sitúa en el análisis de constitucionalidad.

Las objeciones de los legisladores se resumen como sigue:

1. El Convenio 169 al consagrar derechos colectivos a favor de pueblos indígenas modificaría la estructura del Estado. El Convenio transferiría a cada pueblo indígena atribuciones propias de los poderes del Estado y lo facultaría para restringir los derechos y libertades de sus integrantes.
2. El Convenio perturbaría uno de los principios fundantes de la República, cual es, la igualdad ante la ley y la prohibición de

discriminaciones por razones étnicas o raciales, atentando contra la unidad de la nación chilena.

3. El tratado por sí mismo, luego de su ratificación, genera obligaciones internacionales para imponer derechos que contrastan con la unidad de la nación y que deberán ser cumplidos por el Estado de Chile.

Estas objeciones en su conjunto configuran un problema de constitucionalidad, que el sistema político no puede resolver, ya que no es parte de su función establecer lo que es o no es conforme a derecho. Así la decisión se traslada al sistema jurídico, en este caso el Tribunal Constitucional que actuara conforme al código binario que le permite establecer si el convenio 169 está o no conforme a derecho. Por oposición la respuesta del Ejecutivo se resume en lo siguiente:

1. La acepción pueblo en el tratado no corresponde a "cuerpo electoral" o "nación políticamente organizada", sino a un conjunto de personas o grupos de personas de un país que poseen en común características culturales propias y que no se encuentran dotadas de potestades públicas;
2. Los pueblos indígenas serían grupos intermedio según la terminología constitucional; es decir, una realidad sociológica, un conjunto de personas vinculadas entre sí y con una cierta especie de unidad y permanencia;
3. Como grupo intermedio que serían los pueblos indígenas debe serle garantizada a cada uno de ellos su autonomía y fortalecimiento. Lo que hace el Convenio 169 es especificar la forma y modo en que el Estado ampara, garantiza y fortalece a estos grupos intermedio.
4. El Convenio no le adjudica a los pueblos indígenas potestades públicas. Tampoco sustituye organismos que ejercen soberanía. Lo que establece el tratado es el deber de consultar mediante procedimientos apropiados a los pueblos interesados, o de hacerlos partícipe, respecto de medidas públicas que les afecten.

La sentencia que emite el Tribunal Constitucional debía pronunciarse sobre los aspectos controvertidos en el sistema político. Tras algunos meses de deliberación el sistema jurídico emite una sentencia que resumimos en los siguientes puntos:

1. Los pueblos indígenas no constituyen un ente colectivo autónomo entre los individuos y el Estado. La expresión "pueblos" que utiliza el Convenio no refiere a titular de soberanía. La expresión pueblos indígenas debe ser considerada en el ámbito del tratado como un conjunto de personas o grupos de personas de un país que poseen

en común características culturales propias. No se encuentran dotados de potestades públicas y tienen derecho a participar y a ser consultadas, en materias que les conciernan, con estricta sujeción a la Ley Suprema del respectivo Estado de cuya población forman parte.

En la fundamentación sobre el imperio de la normatividad nacional el Tribunal Constitucional señala que el uso de la semántica de "pueblos" fue ampliamente debatida en el congreso al promulgarse la Ley N° 19 253 -Ley indígena- en la que se señalaba que en Chile existen 9 "etnias" que serían las beneficiarias de los derechos que señala el convenio, y que se adopta el término pueblos ya que no contraviene la legislación nacional.

2. Los pueblos indígenas, al igual que sus connacionales quedan enteramente sometidos al ordenamiento constitucional vigente.

En este punto conviene señalar que si bien el ejercicio de derechos es el mismo para los integrantes de pueblos indígenas y los no indígenas. Se debe considerar las características culturales de cada pueblo a fin de que ellos puedan ejercer los derechos en igualdad de condiciones que el resto de la población. Surge en este sentido la paradoja de la igualdad. En el caso de los pueblos indígenas para poder acceder a los mismos derechos en igualdad de condiciones, se deben hacer diferencias ya que de no ser así se estaría discriminando. Entonces para ser iguales hay que reconocer las diferencias. En ese sentido podemos citar a Tubino⁴ (2008) cuando nos señala que con la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT y la mayor difusión de los derechos de los pueblos indígenas se va empedrando el camino de lo que podemos llamar "ciudadanías diferenciadas".

La respuesta del Tribunal Constitucional, resuelve así las expectativas normativas del sistema político emitiendo una sentencia en la que declara que el Convenio 169 es constitucional y se sujeta a derecho, es decir que cumple con el código del sistema jurídico. Esta sentencia cumple el requisito de legalidad y validez que exige el sistema jurídico para que una norma internacional como este Convenio, regrese al sistema político para que sea ratificada situación que no se dio hasta 8 años después en que se ratifica el Convenio en septiembre de 2008 por la presidenta Bachelet. (Aylwin, 2010, pág. 100)

⁴ Fidel Tubino señala que en el caso integrantes de los pueblos indígenas como ciudadanos de un estado nación, además de sus derechos como ciudadanos pueden ejercer derechos colectivos y exigir al estado que implemente políticas públicas en función de sus diferencias étnicas. Nos invita a pensar en las ciudadanías indígenas y en su ejercicio como ciudadanías diferenciadas.

Desde un punto de vista teórico, el Convenio 169 es parte de las comunicaciones vinculantes que operan en el sistema jurídico chileno, con su entrada en vigencia el sentido espacial del derecho se hace permeable (Mascareño, 2005), con lo que las referencias espaciales una vez invisibles se hacen visibles a la luz de estas nuevas competencias jurídicas (Cadenas, 2012). El reconocimiento de los derechos indígenas que trae el Convenio 169, genera colisiones y armonizaciones entre lo que establecía la soberanía normativa y lo que ahora incluye la normativa internacional. Con lo dicho hasta ahora se puede sostener que a diferencia de los otros países latinoamericanos, en Chile si bien se reconoce la constitucionalidad del Convenio, este no contribuye a una reforma constitucional.

En el caso del Convenio 169, además genera cambios en la dimensión social de sentido al incluir como derechos diferenciadores los derechos de los pueblos indígenas. En este caso se evidencia desde la semántica de la "inclusión", el ejercicio de estos derechos por parte de los integrantes de pueblos indígenas.

2.4 La distinción autoejecutable/ no autoejecutable en aplicación del Convenio 169 de la OIT

En los párrafos anteriores hemos hecho una descripción del acoplamiento estructural entre el sistema político y el jurídico en el proceso de ratificación del Convenio 169 de la OIT. También se analizó el proceso que ocurrió al interior del sistema jurídico hasta que, por medio de una sentencia o comunicación jurídica del Tribunal Constitucional, se señala la constitucionalidad del Convenio como norma vinculante para el Estado. También se ha hecho el análisis de las normas constitucionales que hacen que el Convenio 169 de la OIT sea un tratado que hace exigibles derechos colectivos.

El Tribunal Constitucional al momento de emitir la sentencia de constitucionalidad del Convenio, define que algunos derechos son autoejecutables (el derecho a la consulta previa) y otros no lo son (el derecho propio o administración de justicia indígena por ejemplo). Esta distinción del Tribunal Constitucional genera con relación al derecho nacional armonización y/o colisión de regímenes jurídicos. En la solución de estas controversias, los tribunales de justicia juegan un papel preponderante, ya que son los jueces quienes se encargan de armonizar ámbitos jurídicos cuando hay conflicto legal o decidir su aplicabilidad con respecto de las normas nacionales. Más allá de la discusión que existe sobre la jerarquía de las normas nos interesa observar el origen de las

mismas, por un lado el reconocimiento de derechos fundamentales e individuales en la Constitución y de otro lado un Convenio sobre derechos fundamentales que se ejercen de manera colectiva y de qué manera la interacción de regímenes jurídicos en este caso entre el Convenio 169 de la OIT, como norma internacional y las normas internas del derecho que pueden evidenciar con su aplicación la desnacionalización del derecho y pluralismo jurídico al ser reconocidas y aplicadas por los jueces en sus sentencias. La autoejecutabilidad y no autoejecutabilidad serán examinadas más adelante cuando se revisen las sentencias.

De lo anteriormente señalado podemos decir que el sistema jurídico nacional ve incrementada su complejidad con la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT. Con ello el sistema jurídico por medio del Tribunal Constitucional emite una comunicación que indica que el Convenio es constitucional y que algunos de sus artículos son autoejecutables y otros no. Es así que el Convenio es una norma que ingresa al sistema jurídico nacional quedando en la facultad de los tribunales su aplicación. Eso significa que para poder determinar que hay una desnacionalización del derecho que genera pluralismo jurídico debemos constatarlo en las sentencias de los tribunales.

V. Análisis del pluralismo jurídico y la Transnacionalización del derecho en las sentencias de los tribunales Chilenos

En el análisis de las sentencias se identificarán los tres procesos señalados para la evolución del sistema jurídico en relación con el Convenio 169 de la OIT. Para ello, debemos hacer dos precisiones necesarias. En primer lugar que desde nuestra perspectiva teórica las sentencias constituyen comunicaciones jurídicas que funcionan de acuerdo al código binario del sistema jurídico que define lo que está conforme a derecho, lo que implica que si esta acción se corrobora, se constata al mismo tiempo que el sistema jurídico está evolucionando. En segundo lugar que los tribunales⁵ son los encargados de la selección y aplicación de las normas en sus sentencias, las que deben ajustarse a derecho; que las sentencias son comunicaciones jurídicamente vinculantes, que generan nuevas interpretaciones del derecho lo que buscaremos corroborar examinando la forma en que los tribunales chilenos incorporan el Convenio 169 de la OIT en ellas. El análisis de las sentencias se aborda desde dos ámbitos, el primero referido al derecho civil y el segundo al derecho penal.

Teniendo presente lo anterior y para realizar el análisis de las sentencias que consideramos para este estudio, hemos optado por tratar solamente dos aspectos que abordan tanto el Convenio 169 de la OIT como la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional en el año 2000 (rol 309-2000) estos son:

1. Los referidos a la consulta previa sobre territorio indígena (Ámbito Civil)
2. Los referidos a administración de justicia y derecho propio. (Ámbito Penal)

El fundamento de la opción anterior se presenta a continuación:

Cuando estos dos aspectos son abordados por los tribunales chilenos, se podrá visibilizar el pluralismo jurídico a partir de la transnacionalización del derecho con la aplicación directa del Convenio 169 como normatividad vinculante. De ocurrir lo anterior, ambos aspectos incrementaran la complejidad del sistema del derecho, dado que refieren a derechos colectivos que no están reconocidos a nivel constitucional y que en algunos casos se contraponen con los derechos individuales reconocidos para todos los chilenos y chilenas y Los

⁵ Para Luhmann las normas tienen dos orígenes la jurisprudencia y la legislación, es por eso que nos interesa estudiar las sentencias como comunicaciones que son capaces generar la evolución del sistema jurídico.

derechos que reconoce el Convenio, reflejan diferencias culturales que pueden ser plasmadas en el sistema jurídico chileno y que trataremos en los párrafos que siguen.

Estos dos puntos permitirán a los tribunales efectuar distinciones (selección) y fortalecer la validez jurídica del Convenio 169° (restabilización) generando la evolución del sistema jurídico Chileno. Además, sostenemos que esta evolución se relaciona tanto en la teoría como en los hechos cuando el Tribunal Constitucional en tanto organización del sistema jurídico establece una selección para el concepto "pueblos", subyace en esta acción la acepción de "derechos colectivos" que introduce el Convenio 169 y que se complementa en el caso de las sentencias civiles al ejercicio de derechos individuales reconocidos en la Constitución.

. Lo anterior se enlaza con lo que dice Cadenas (2012p 278), cuando afirma que el derecho y la política se relacionan a través de dos dimensiones de sentido: la social y la espacial. En este caso la dimensión social es la que hace aplicable el Convenio 169 como norma vinculante para el Estado aplicado a colectividades sociales y la espacial que se aplica con un criterio de territorialidad en Chile.

Por último, el cumplimiento del Convenio 169 es "supervisado" por organismos transnacionales y su incumplimiento puede ocasionar que los estados sean denunciados ante tribunales internacionales (CIDH. Esta acción, es teóricamente abordada por Luhmann cuando señala que los tribunales de justicia son los encargados de manifestar de manera concreta la evolución del sistema del Derecho, ya que son ellos los encargados de manejar las paradojas del sistema (Luhmann, 2005, pág. 382) en este caso el derecho a la igualdad ante la ley que supone una diferencia.

1. Análisis de sentencias en el ámbito del derecho civil: Pluralismo Jurídico y consulta previa

El Convenio 169 de la OIT reivindica derechos colectivos de los pueblos indígenas e inserta en el sistema jurídico el derecho a la consulta previa, contraponiéndose así a la vocación integracionista y asimilacionista que tenía el Convenio 107 de la OIT que pretendía integrar a los pueblos indígenas en cada estado nación tal como lo vimos en el análisis normativo (Merenminkaya, Rodríguez-Piñero). Con este cambio de paradigma se inserta el derecho a la "consulta" en el sistema jurídico internacional en 1989.

Como se ha dicho antes, en Chile, el Convenio, se debatió en el sistema político desde su presentación al congreso en el año 1991 y, es analizada por el Tribunal Constitucional cuando en tanto sistema jurídico es llamado a hacer la distinción sobre la constitucionalidad del Convenio y sobre la autoejecutabilidad de la consulta en agosto del año 2000⁶ y que posteriormente fue asumida por el ejecutivo cuando se emite en una primera normativa interna sobre el derecho de consulta, el DL 124 en el 2008. Con estas situaciones, la ratificación del Convenio y los derechos que aporta van generando en los entornos mayor complejidad, la que está siendo resuelta por los tribunales, seleccionando las normas aplicables.

El sistema Jurídico por medio del Tribunal Constitucional en el año 2000 señala que el artículo referente a consulta es "autoejecutable". El Convenio 169, al referirse a la consulta señala lo siguiente:

Artículo 6

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

a) Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;

b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y

⁶ Mientras se realizaba este estudio, el TC se pronunció sobre el derecho a la consulta, indicando que si bien este derecho fue declarado autoejecutable, la complejidad que había traído consigo necesitaba una regulación específica. "(...) TC apunta de manera correcta al considerar que, si bien el derecho a la consulta previa no necesita regulación, por más que existan delimitaciones propuestas por la OIT,[2] la práctica de este derecho presenta la necesidad de regulación. Así, la magistratura señala que es "el legislador quien debe definir las autoridades u organismos representativos de las etnias originarias con derecho a participar en la consulta; la oportunidad y forma de participación en los procesos legislativos pertinentes, de modo libre, informado y no coaccionado, además de fijar el procedimiento" (...)Con esto el tribunal devuelve la discusión al Congreso, endosándole a éste la responsabilidad de legislar sobre la consulta previa, por más que este derecho se haya considerado autoejecutable, es decir, una norma con el contenido y precisión necesaria para aplicarse sin otro trámite como fuente formal. (...)De tomarse en serio el derecho a la consulta previa, los congresistas están llamados a colegislar no solamente con el Ejecutivo, sino que también con los pueblos originarios que poseen el derecho a participar desde los inicios de la medida legislativa que es susceptible de afectarlos directamente en modos no percibidos por otros miembros de la sociedad. De contar con las garantías para ejercer estos derechos, sólo así se podrá caminar hacia un nuevo trato entre el Estado chileno y los pueblos indígenas

organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;

c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

Por lo tanto, el Convenio 169 de la OIT- por medio de este artículo obliga a los "gobiernos" a implementar la consulta a los pueblos indígenas cada vez que se prevea generar medidas legislativas y administrativas que puedan afectarles "directamente".

Sobre el artículo 6 del Convenio, el Tribunal Constitucional en el año 2000 observó lo siguiente:

(...) Esta norma a juicio del Tribunal, tiene el carácter de autoejecutable o de aplicación directa, tanto por los términos perentorios en que se encuentra redactada como, porque como bien lo afirma el Presidente de la República en su contestación, el artículo 22 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional regula "La facultad de las comisiones - se refiere a las comisiones legislativas para solicitar informes u oír a las personas o instituciones que estimen convenientes en el procedimiento legislativo es un procedimiento apropiado.

El Tribunal Constitucional reproducimos lo que señala el Tribunal Constitucional al indicar que el derecho a la "consulta" se aplicará por el estado directamente en beneficio de los pueblos indígenas. El Tribunal Constitucional, además de pronunciarse sobre algunos artículos termina su sentencia señalando que el Convenio debía ser ratificado como un cuerpo legal completo y no como artículos independientes la constitucionalidad se aplicaba a todo el documento.

Analizaremos las sentencias que han emitido tribunales chilenos las que desde nuestra perspectiva evidencian la desnacionalización del derecho y la existencia del pluralismo jurídico.

En Chile la ratificación del Convenio 169 de la OIT en el año 2009, motiva al Gobierno, por medio de Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica (MIDEPLAN), emite el Decreto Ley 124 reglamentando "la consulta". Este Decreto, fue elaborado con base en la Ley indígena y la aplicación del artículo 34 del Convenio 169 y, que es descrito en el considerando 5 como sigue:

“Que el artículo 34 del Convenio N° 169 establece que la naturaleza y alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al Convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país” (Toledo, 2011).

Conforme a la flexibilidad aludida por el gobierno, el decreto no fue consultado con los pueblos indígenas antes de su emisión, una situación compleja porque sus artículos no cumplían con los estándares internacionales sobre consulta, esto fue señalado por el INDH en su primer informe en el 2010 (INDH, 2010), en concordancia con eso en julio de 2011 la cámara de diputados solicita se derogue el Decreto (Indígenas, 2011). A finales de 2011 el DS 124 quedó sin efecto.

En el DL 124 el derecho a la “consulta” se reducía a lo siguiente:

- **“informar, escuchar y considerar”** etapas la entrega de información, la recepción de observaciones y un informe final opiniones de las organizaciones indígenas reconocidas por la ley indígena.
- **plazos no flexibles,**
- se limitan los **organismos estatales** que deben efectuar la consulta y, se **excluyen los proyectos de inversión** en territorios indígenas.

En resumen, lo que hacía el Decreto era obviar lo que señalan la doctrina y jurisprudencia internacionales sobre el derecho de consulta. La consulta, en la opinión de la OIT, establece un marco normativo destinado a fortalecer el poder de negociación de los pueblos interesados y no solamente el derecho a ser informados y escuchados, la OIT señala:

“El Convenio núm. 169 reconoce a los pueblos indígenas y tribales el derecho a ser consultados y a expresar sus puntos de vistas. Les brinda la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones y de influir en ellas. Dispone el espacio necesario para que los pueblos indígenas y tribales puedan negociar para proteger sus derechos” (OIT, 2007)

Sobre el derecho a la consulta la CIDH ⁷ se ha pronunciado desde el año 2001 sobre diversos casos de inaplicación del Convenio 169 por estados

⁷ La Corte interamericana ha sentenciado diversos casos sobre la semántica de consulta y territorio indígena: Awas Tingni vs Nicaragua (2001), Moiwana Vs. Surinam (2005), YAkye Axa Vs Paraguay (2005), Sawhoyamaxa Vs Paraguay (2006), Saramaka Vs Surinam (2007) y Sarayaku Vs Ecuador (2012), ellos

Latinoamericanos y sobre todo por el incumplimiento de la consulta previa, en el 2007 se pronuncia en el caso Saramaka VS Surinam señalando en resumen lo siguiente:

- La Convención Americana reconoce el derecho de los miembros del pueblo Saramaka al uso y goce de su propiedad de conformidad con su sistema de propiedad comunal.
- Además, ha establecido que los Estados parte deben garantizar la participación efectiva de los pueblos indígenas, para lo cual el Estado debe consultar con pueblos indígenas de conformidad con sus propias tradiciones.

Lo anterior nos interesa para poder corroborar la importancia que ha cobrado el derecho a la consulta en los sistemas de la sociedad desde que se introduce el Convenio 169 como parte de las comunicaciones emitidas por el derecho internacional. Podemos referirnos además al proceso de evolución del sistema jurídico interamericano que tiene influencia en la aplicación interna del derecho en Chile, en una interpretación progresiva (Convenio 169 y Declaración ONU), la CIDH analiza los derechos de participación efectiva desde el inicio de las medidas que puedan afectar a los pueblos hasta el final, señalando a la semántica de consulta, como un proceso comunicativo continuo que finaliza al llegar a un acuerdo o consenso sobre las medidas aplicar.

La Corte establece que en los casos de planes de desarrollo o inversión de gran escala (megaproyectos), el Estado no solo está obligado a la consulta sino a obtener el consentimiento libre, informado y previo.

La breve descripción que hacemos del uso e importancia del derecho a la "consulta" en el sistema internacional (OIT) e interamericano (la Corte Interamericana de Derechos Humanos CIDH) es significativa porque es parte del análisis de sentencias emitidas por tribunales Chilenos en el tema de consulta, ya que al igual que en el sistema chileno, en el sistema interamericano no hay reconocimiento expreso de normas sobre derechos colectivos, sin embargo generan mayor complejidad, irritan el sistema y producen su evolución. En las sentencias analizadas podemos distinguir la complejidad que se genera en el sistema social chileno con la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT, en particular en:

- a. Las distinciones que tuvo que efectuar el sistema político frente al derecho a la consulta (Emisión del DS 124, preparación de procesos de consulta y emisión de normativa sobre este derecho.)

visibilizan el pluralismo jurídico y la obligatoriedad de los estados Latinoamericanos a su aplicación, situación que no será tratada en este estudio.

- b. La selección del sistema jurídico al decidir que la norma que trata la consulta en el Convenio es autoejecutable, que puede ser aplicada directamente por los tribunales.
- c. Las decisiones que están adoptando los tribunales de justicia chilenos con respecto al derecho a la consulta y el Convenio 169 y cómo estas decisiones irritan los sistemas de su entorno.

El rol de los tribunales al interior del sistema del derecho es gravitante, ya que por una parte se encarga de hacer las distinciones y selecciones sobre las normas generando nuevas comunicaciones jurídicas y dándoles a las "normas" nuevo sentidos.

Los tribunales al emitir sentencias sobre la no aplicación de la consulta por parte del estado Chileno, han generado irritación en los sistemas de su entorno, en el sistema político y en el sistema económico. Con su implementación e invocación directa el Convenio es una norma del derecho internacional (transnacional) que es aplicada como norma nacional, obviando que no haya sido el sistema político a través del poder legislativo quien la emitió, Mascareño define este proceso de la siguiente forma: "(...) La Constitución, esa es la verdad, junto con fundar la existencia de las normas creadas internamente (normas de generación interna), según la tramitación respectiva que dispone el propio ordenamiento jurídico (que de otro modo no podrían nacer a la vida del derecho), también se remite y hace aplicable a nivel interno normas que no tienen su origen en el ámbito nacional, sino que tienen su principio en el ámbito internacional, de acuerdo a las formas de creación propias de ese otro sistema jurídico (normas de generación externa). (Mascareño, 2005)

Los tribunales Chilenos, desde la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT han venido reconociendo el derecho a la consulta y su aplicación directa en sentencias emitidas por las Cortes de apelaciones de Puerto Montt, Valdivia, Temuco, Concepción, Antofagasta y Santiago. Se extrae como línea rectora lo siguiente:

- Reconocimiento rango constitucional del Convenio 169 de la OIT.
- Reconocimiento Derecho al Territorio.
- Obligatoriedad Consulta en decisiones del estado que puedan afectar a los pueblos indígenas.
- Ya sea Declaración de Impacto Ambiental (DIA) o Estudio de Impacto Ambiental (EIA) es necesario hacer una consulta indígena.

De estos casos tomamos la totalidad de las sentencias emitidas en Cortes de Apelaciones (15) con el objetivo de poder analizar la forma en que los tribunales incorporan progresivamente los derechos reconocidos en el Convenio 169 de la OIT, como el derecho a la consulta en sus comunicaciones jurídicas. Se han seleccionado además ya que en todas ellos se ha aceptado como norma directamente aplicable el Convenio 169 de la OIT, sea que se acoja o se rechace el recurso. Para ello hemos elaborado un cuadro, en el que hemos incluido las sentencias de las cortes de apelaciones, en todas ellas se menciona el Convenio 169 de la OIT como normativa vigente y aplicable en Chile. En los casos en los que se rechazan los recursos de protección también se menciona el mismo Convenio, en el texto de las sentencias y se le reconoce como normativa vigente, sin embargo los tribunales consideran que en esos casos no se han vulnerado derechos y que la consulta indígena en esos casos no es necesaria.

SENTENCIAS DE CORTES DE APELACIONES QUE RECONOCEN COMO NORMATIVA DIRECTAMENTE APLICABLE EL CONVENIO 169 DE LA OIT.							
Caso	Fecha	Tribunal	Acoge/ Rechaza	Derechos vulnerados alegados	Derechos acogidos	Acto impugnado	C 169 mencionado en sentencia
Piscicultura Palguin	01/2010	CA Temuco	Acoge: Exige realizar Consulta	Art 19 N°2 Art 19N°8 Art 6 C169	19 N°2 Art 6 C 169	DIA	Si es mencionado Art 6 y 7
Pepuikelen	07/2010	CA Puerto Montt	Acoge: Exige realizar Consulta	Art 19 N°2 Art 19N°8 Art 6, 13 C169	19 N°2 Art 6 y 13 C 169	DIA	Si es mencionado Art 6, 7 y 13
Línea Melipeuco-Freire	11/2011	CA Temuco	Acoge ordena realizar EIA	Art 19 N°2 Art 19N°8 Art 6 C169	19 N°2 19 N°6 Art 6 C 169	DIA	Si es mencionado Art 6 y 7
Planta de Celulosa Valdivia	05/2010	CA Valdivia	Rechaza no hay infracción constit.	19 N°2 19 N°6 19 N°8 19 N°21 Art 6 C 169	NO	DIA	Si es mencionado pero se señala que la consulta está regulada en Ley 19300
Lanco	08/2010	CA Valdivia	Acoge ordena realizar EIA	Art 19 N°1 Art 19 N°2 Art 19N°8 Art 6 C169	Art 19 N°1 Art 19 N°8 Art 6 C169	DIA	Si es mencionado Art 6 y 7
Pesquera Los Fiordos	07/2010	CA Puerto Montt	Acoge ordena realizar EIA	19 N°2 19 N°8 Art 6 C 169	Art 19 N°1 Art 19 N°8 Art 6 C169	DIA	Si es mencionado Art 6 y 7

SENTENCIAS DE CORTES DE APELACIONES QUE RECONOCEN COMO NORMATIVA DIRECTAMENTE APLICABLE EL CONVENIO 169 DE LA OIT.							
Caso	Fecha	Tribunal	Acoge/ Rechaza	Derechos vulnerados alegados	Derechos acogidos	Acto impugnado	C 169 mencionado en sentencia
Plan Regulador San Pedro	12/2010	CA Antofagasta	Rechaza	19 N°2 19 N°8	No acoge	DIA	Si es mencionado pero no se considera necesaria consulta
El Morro	02/2012	CA Antofagasta	Acoge	19 N°2 19 N°8 19 N°24 19 N°21 Art 6 C 169 Ley 19300	19 N°2 19 N°6 Art 6 C 169	DIA	Si es mencionado Art 6 y 7
Paguanta	11/2011	CA Iquique	Rechaza	19 N°2 19 N°8 Art 6 C 169	No hay vulneración de DD. constit.	DIA	Si es mencionado pero se considera inaplicable
Mini central Hidroelec. Cayucupil	12/2010	CA Concepción	Rechaza	19 N°2 19 N°8 19 N°24 19 N°21 Art 6 C 169 Ley 19253	No hay vulneración de DD. constit.	DIA	Si es mencionado pero se considera inaplicable
Los Pumas	12/2012	CA Arica	Rechaza no se aplica consulta indígena	19 N°1 19 N°8 19 N°24 19 N°21 Art 6 C 169	No hay vulneración de DD. constit	EIA	Si es mencionado pero se considera inaplicable
Agua Lonquimay	12/2012	CA Temuco	Acoge señala que se debe hacer consulta indígena de acuerdo al C169	19 N°3 19 N°8 19 N°24 19 N°21 Artículos 4, 5, 6, 7, 13, 17 y 33 del Convenio 169 de la OIT	Se acoge Art 19 N°2 Art 19 N° 8 Art. 6 C169	Licitación para const. De abasto de agua potable.	Se menciona y se acoge como legislación nacional.
Cerro Colo Colo	08/2010	CA concepción	Acoge se debe hacer consulta indígena de acuerdo al C169	19 N°1 Art. 6 y 13 C 169	Se acoge C 169 19 N° 2 19 N° 6 19 N° 8 19 N° 24	Concesión fiscal cerro Colo Colo	Se menciona el C 169 y se acoge.

SENTENCIAS DE CORTES DE APELACIONES QUE RECONOCEN COMO NORMATIVA DIRECTAMENTE APLICABLE EL CONVENIO 169 DE LA OIT.							
Caso	Fecha	Tribunal	Acoge/ Rechaza	Derechos vulnerados alegados	Derechos acogidos	Acto impugnado	C 169 mencionado en sentencia
Newen	11/2012	CA Santiago	Se acoge en cuanto a realización de consulta indígena	19 N°2 19 N°6 19 N°8 Art 6 C 169	Art.6, 7 y 8 del C 169	Concesión de exploración geotérmica	Se menciona y se acoge consulta de acuerdo al C169 de la OIT.

1.2 Evolución, Transnacionalización del derecho y consulta indígena

Del cuadro anterior, podemos observar que la mayor parte de sentencias se han emitido en cuanto a actos administrativos que afectaban a los pueblos indígenas, estos actos administrativos son las Declaraciones de Impacto Ambiental (DIA) o Estudios de Impacto Ambiental (EIA), todas ellas figuras jurídicas que otorgan viabilidad ambiental a proyectos que afectan los derechos colectivos de los pueblos indígenas, para poder acudir ante los tribunales se invocó la vulneración de derechos mediante recursos de protección. Los recursos de protección están reconocidos en el artículo 20 de la Constitución Política de la Republica y su objetivo es restaurar los derechos vulnerados a su estado anterior y dar protección al afectado en sus derechos fundamentales constitucionales.

El artículo 20 señala lo siguiente:

Artículo 20.- El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1º, 2º, 3º inciso quinto, 4º, 5º, 6º, 9º inciso final, 11º, 12º, 13º, 15º, 16º en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19º, 21º, 22º, 23º, 24º, y 25º podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

Procederá, también, el recurso de protección en el caso del N°8° del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada.

Todos los casos que hemos analizado, han sido conocidos por los tribunales chilenos por medio de la figura del recurso de protección, que constitucionalmente está destinada a la protección de derechos fundamentales individuales como viéramos.

Sin embargo la constitución chilena no reconoce derechos colectivos, los que sin embargo han sido acogidos por los tribunales, quienes además en sus textos legales han incluido el texto del Convenio 169 de la OIT para reforzar y acoger dichos recursos de protección.

Queremos analizar lo que acontece en el sistema jurídico chileno, desde la teoría de la evolución del derecho. Luhmann (2005) nos señala que la evolución se efectúa cuando se cumplen diferentes condiciones y cuando estas se acoplan entre sí. La *variación* de un elemento autopoiético respecto de los patrones de reproducción que habían sido hasta el momento vigentes. En el caso de los recursos de protección y los derechos reconocidos en la CPR, ellos son elementos autopoiéticos del derecho chileno, ya que se venían usando para la defensa de los derechos fundamentales y eran acogidos por los tribunales. Con la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT, se introducen nuevos elementos, nuevos derechos que la Constitución Chilena no contemplaba, como vemos del cuadro anterior, junto con los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 19 y sus diferentes numerales se van incluyendo en los recursos de protección artículos del Convenio 169. La *selección* de la estructura que hace posible que dicha variación se constituya en condición de las siguientes reproducciones, es decir en la emisión de las siguientes sentencias. En el cuadro hemos visto que desde que se presentan los primeros recursos de protección se invocan los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 19 de la CPR, sobre todo el N°2 que consagra la igualdad ante la Ley, el N° 8 que garantiza el derecho a vivir en un medioambiente sano y junto con ellos se invoca el Art. 6 y 7 o en algunos casos el 15 del Convenio 169 de la OIT, artículos que garantizan el derecho a la consulta previa. En la selección que hacen los tribunales al momento de emitir sentencia, como vemos en el cuadro, acogen los derechos constitucionales e incorporan en sus sentencias en forma directa lo que señala el Convenio 169 de la OIT y los artículos que reconocen la consulta indígena. Esto genera una mutación en los elementos del Sistema (Luhmann, 2005

p.304) ya que se incluye como derechos fundamentales los reconocidos en el Convenio 169, esto en virtud del artículo 5.2 de la Constitución que reconoce en el Convenio un instrumento sobre derechos fundamentales. Y por último, la *estabilización del sistema*, en el sentido de mantenerlo dinámicamente estable para que sea posible la reproducción autopoietico de la forma que ha experimentado mutación. En esa línea todas las sentencias de las Cortes de Apelaciones han incluido en sus textos la vigencia del Convenio 169 de la OIT. LA entrada en vigencia del Convenio 169 ha generado complejidad, por lo que en todos los casos al haber sido invocado por las organizaciones indígenas, los tribunales han tenido que observar lo que señala el Convenio 169, para aplicarlo, o exigir a las instituciones su cumplimiento o no, esto va como parte del proceso de evolución del sistema. Para ello en el cuadro anterior vemos que en los casos en los que se ha rechazado los recursos de protección, puede ser por considerar inaplicable el Convenio al no haber vulneración de derechos o por considerar que ya se ha llevado a cabo la "consulta" de conformidad con las normas vigentes en Chile. Analizamos algunos textos de las sentencias para poder observar la complejidad que el Convenio 169 de la OIT ha generado en el Sistema del Derecho, hasta su estabilización.

En el caso de la "Celulosa Valdivia" por ejemplo, se han pronunciado en contra del recurso de protección y han señalado que no hay vulneración de derechos ya que la consulta se hizo. Se han referido al Convenio 169 de la OIT, indicando que se debe regular de acuerdo a la normativa nacional el proceso de consulta y que en el caso concreto estaba regulada por el Decreto de Participación Ciudadana N° 19300:

"Que el Decreto 124, publicado en el Diario Oficial el 25 de septiembre de 2009, del Ministerio de Planificación, reglamentó el artículo 34 de la Ley N° 19.253, a fin de regular la consulta y participación de los pueblos indígenas. El mismo Decreto señala, en sus consideraciones que "10) Que se dará inicio a un proceso de consulta a los pueblos indígenas, a nivel nacional, acerca del procedimiento para llevar a cabo los procesos de consulta, de acuerdo a los artículos 6 N° 1 letra a) y N° 2, y 7 N° 1 oración segunda del **Convenio N° 169**;" "11) Que, atendido lo anterior, se hace necesario adoptar un mecanismo que regule la consulta y la participación de los pueblos indígenas interesados, estableciendo procedimientos claros, transparentes y sistemáticos, a fin de lograr una adecuada implementación de las respectivas normas del Convenio;". Como se observa, el 25 de septiembre de 2009, mediante el Decreto en comento, se dio inicio a un proceso de consulta a los pueblos indígenas, a nivel nacional, acerca del procedimiento para llevar a cabo los procesos de consulta y,

entonces, se adopta un mecanismo que regula la consulta, mecanismo que ya estaba contemplado en la Ley 19.300(...) (Sentencia CA Valdivia Rol 148-2010),

En otro de los casos en los que se rechaza el recurso se alude directamente al rango constitucional que se le pretende dar al Convenio 169, señalando que un recurso de protección no es la vía por la que debe analizarse la aplicación del Convenio.

(...)Que, sin embargo, la aparición de un nuevo texto normativo no conlleva la primacía del mismo sobre el resto del ordenamiento jurídico, toda vez que habría que situarlo dentro del modelo sistémico que adopta nuestra organización jurídica. En la especie, de estimar que el **Convenio 169** consigna un derecho de rango constitucional, ello no lo exime de someterse al método de resolución de colisión de los derechos que nuestro ordenamiento jurídico contempla. Para ello se puede acudir a un mecanismo de amparo constitucional, de carácter cautelar y urgente en el caso de que el derecho sea de naturaleza indiscutida o indubitado o, en su caso, recurrir al remedio procesal común, que es el juicio de lato conocimiento el cual determinará cual derecho prevalecerá después de oír y recibir las pruebas aportadas por las partes del juicio. (CA Concepción Rol 401-2010)

Para analizar el proceso de evolución del sistema jurídico podemos ver del cuadro que en la misma dimensión temporal se venían emitiendo sentencias que si reconocían y aplicaban directamente lo que señalaba el Convenio 169 de la OIT, la misma Corte de Apelaciones de Valdivia tenemos lo siguiente:

(...)Que no cabe duda que la instalación del proyecto "Estación de Transferencia de residuos sólidos" afectará el ambiente en el sector donde se emplazará alterando las condiciones de vida de las familias existentes en sectores aledaños, según se explicó precedentemente, todo lo cual importa riesgos para la vida, la integridad física y síquicas de las personas que es deber del Estado prever y proteger que así no ocurra, de manera que la Resolución impugnada constituye un acto ilegal y arbitrario al no haber tomado en cuenta la afectación que el proyecto podría producir en las comunidades indígenas existentes(...)

(...)El Convenio 169 - sobre Pueblos Indígenas y Tribales que se alude en el recurso es relevante en esta materia; en su artículo 6 N° 1, indica: Al aplicar las disposiciones del presente convenio los

gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente. (...)(CA Valdivia Rol 243-2010)

Para nuestro análisis es relevante, ya que en los siguientes recursos se ha venido aplicando directamente lo que señala el Convenio 169 de la OIT en lo referente al derecho de consulta previa. Este como un derecho colectivo fundamental, que pese a no estar reconocido por la Constitución Política de la República, en el mismo sentido van las otras sentencias que acogen el Convenio 169, manifestándose de esa manera el pluralismo jurídico por la transnacionalización del Derecho y la evolución al interior del sistema jurídico chileno, con la incorporación del Convenio 169 de la OIT.

2. Análisis de sentencias en el ámbito del derecho penal: El pluralismo jurídico y la aplicación del Convenio 169 de la OIT en el ámbito penal.

Hemos dicho que la entrada en vigencia del Convenio 169 reivindica derechos colectivos de los pueblos indígenas e introduce nuevos derechos en las sentencias que emiten tribunales, comunicaciones del sistema jurídico. Hemos revisado los casos de la consulta en el derecho civil; hemos realizado idéntica labor para el caso del derecho penal. En lo que sigue examinaremos el pluralismo jurídico por la transnacionalización del derecho en lo que corresponde al derecho penal.

Esta forma de pluralismo nos interesa desde dos aspectos, primero desde el enfoque del derecho comparado, ya que en el resto de países de América Latina, como viéramos en el capítulo anterior, el derecho propio es reconocido a nivel constitucional y debería ser aceptado como una jurisdicción especial por los tribunales nacionales, es decir la vigencia plena a nivel de sistema jurídico de lo que hemos definido como pluralismo jurídica constitucional.

En el caso de Chile solamente la Ley indígena hace referencia a la costumbre indígena, costumbre que no es reconocida como jurisdicción especial y que además solamente puede ser usada en un proceso como eximente o atenuante, para ello en esta parte del análisis incluimos lo que se ha investigado sobre el Azmapu, con el fin de considerar su importancia en los procesos penales que se refieren al artículo 09 del convenio 169 de la OIT.

En el caso del derecho penal en Chile, desde la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT, se han acogido derechos colectivos señalados en el artículo 9, por medio de la figura jurídica del Acuerdo Reparatorio. Con esta figura se ha venido generando la evolución del Sistema jurídico por medio de lo que hemos llamado el pluralismo jurídico desde la transnacionalización del derecho, este análisis lo haremos analizando las sentencias emitidas en la región de la Araucanía, en las que se ha aplicado directamente el Convenio 169 de la OIT y que ha incrementado la complejidad al interior del sistema.

Como vimos el Tribunal Constitucional señaló que el derecho a la consulta previa es una norma autoejecutable, en el caso del "derecho propio" el mismo Tribunal señala que es una norma que requiere de regulación progresiva para su aplicación. Estos son los artículos 9 y 10 del Convenio 169:

Artículo 9

1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.
2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia

Artículo 10:

1. Cuando se impongan sanciones previstas en la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales.
2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento”

En el caso del derecho propio, como en el de la consulta, se generan irritaciones entre el sistema jurídico y los sistemas de su entorno. El sistema político observaba que estos artículos afectaban la igualdad ante la ley de la nación chilena y la potestad de los tribunales de ser los únicos que administran justicia. Analizamos lo que señala el Tribunal Constitucional:

“(…) Confrontado el texto del artículo 9º, número 1º, con el contenido de los artículos 73º y 19º, Nº 3º, de la Constitución, debe necesariamente concluirse que lo que el Convenio dispone es absoluta y nítidamente incompatible con el sistema procesal nacional. (...) Por lo tanto, dicha disposición excluye el empleo de cualquier otro medio de solución de conflictos que pudieran usar los pueblos interesados para la represión de los delitos cometidos por sus miembros, como lo es el que propone el artículo 9º del Convenio Nº 169 que, por ende, es inoponible e incompatible con nuestro sistema procesal penal contemplado para la sanción de los ilícitos que tipifica;” (Constitucionalidad del Convenio 169, 2000)

En este caso, el Tribunal Constitucional es claro, estos artículo son incompatibles con el sistema jurídico nacional, ya que la administración de justicia la ejercen los tribunales de justicia nacionales.

Como analizáramos en la Ley 19 253 en su artículo 54 se refiere a “costumbre indígena” y su validez ante el sistema de justicia como atenuante o eximente de responsabilidad penal, siempre que sea

probada ante tribunales. Este artículo señala también, que la costumbre hecha valer en juicio ante indígenas de la misma etnia, constituirá "derecho" siempre que no sea incompatible con la Constitución. Además pueden hacer uso de sus costumbres para solucionar conflictos y estas serán aceptadas por los tribunales cuando requiera ser probada se hará por medio de peritajes antropológicos.

El Convenio 169 reconoce el derecho de los pueblos indígenas a vivir y desarrollar su cultura, parte de la cultura de los pueblos y del ejercicio de derechos colectivos es el uso de formas propias de resolución de conflictos o llamadas también formas de "derecho propio". En Chile la reivindicación del "derecho propio" como un derecho colectivo, está siendo recientemente invocada en tribunales penales para casos en que se juzga imputados indígenas. En esa línea, el Convenio 169 reconoce el derecho propio de los pueblos indígenas como parte de la expresión de su cultura y de la manifestación de su vida social. Según Curtis cuatro son los temas referidos a pueblos indígenas de los que los tribunales Latinoamericanos se han encargado con mayor énfasis, el primero el caso de la reivindicación de tierras y territorios, el segundo el derecho a la consulta previa (que analizamos como parte de este estudio), el tercero las obligaciones de los Estados para con las necesidades de los pueblos indígenas y el cuarto gran tema el Derecho Penal y su aplicación (Curtis, 2009, pág. 72).

Sobre el derecho penal y el ejercicio del "derecho propio" no hemos encontrado fuentes de investigación, a no ser un estudio hecho en el 2009 sobre jurisprudencia indígena en Chile (Castro et al, 2009). En este estudio se analizan los temas indígenas que más se abordaban por tribunales penales chilenos. En esta materia resaltan primero los casos referidos primero a la valoración penal de la costumbre indígena, la que generalmente se prueba mediante peritajes antropológicos, segundo el error de prohibición y el ejercicio legítimo de un derecho y tercero los casos de Ley antiterrorista. En los dos primeros se hace el análisis jurisprudencial desde la entrada en vigencia de la Ley indígena (el Convenio 169 aún no estaba en vigencia). Las conclusiones a las que llega en materia penal en esa investigación son las siguientes:

a) En general los tribunales suelen ser más perceptivos al elemento cultural cuando se trata de delitos que no ponen en peligro bienes jurídicos de mayor relevancia como la vida o la integridad física (por ejemplo usurpaciones, desacatos, etc.).

b) Cuando se trata de delitos que afectan la vida, la integridad o la indemnidad sexual, no se valora el elemento cultural por las restricciones que establece el art. 54 de la Ley indígena.

c) Al momento de emitir sentencia no se toman en consideración los contextos sociales y culturales de los imputados indígenas.

d) Los tribunales orales penales del norte parecen tener mayor conciencia del elemento cultural que los del sur.

Este estudio nos interesa porque constata que la reivindicación del "derecho propio" o la forma en que los pueblos indígenas resuelven sus conflictos, no se invocaba en tribunales hasta la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT.

A diferencia del estudio mencionado, nuestro análisis se ha centrado en las sentencias penales emitidas en Chile después de la ratificación del Convenio 169 de la OIT y únicamente en las referidas a imputados Mapuche, ya que son las primeras en emitirse y porque son en las que se evidencia la aplicación directa del Convenio 169 como expresión de pluralismo jurídico aunque dicha aplicación esté prohibida expresamente por el ordenamiento jurídico nacional.

Nos interesa desde esta perspectiva observar la desnacionalización del derecho y el pluralismo jurídico que en este caso abre un espacio para la relación de regímenes jurídicos supranacional, nacional y "derecho propio" indígena desde que entra en vigencia el Convenio 169 de la OIT. Para ello antes de entrar en el análisis de las sentencias consideramos que es necesario describir el Azmapu como "derecho propio" del pueblo Mapuche y como se ha caracterizado en las investigaciones analizadas sobre el tema.

Sistema jurídico Mapuche o Azmapu

Debemos partir señalando, que las relaciones Estado de Chile- Pueblos Indígenas han estado marcadas por la integración de las comunidades indígenas a la nación chilena. En el caso del Pueblo Mapuche la penetración republicana fue tan fuerte que logró reemplazar algunas instituciones propias del Pueblo Mapuche, como es el caso de su sistema jurídico, reemplazando casi por completo las formas de "derecho propio" por la justicia estatal.

El pueblo Mapuche tiene una conformación cultural diferente a la de los otros pueblos indígenas de América Latina. Bengoa (2008) señala que a la llegada de los españoles, los Mapuche seguían siendo un pueblo libre que no tenía un lugar de asentamiento específico sino que disponían de la totalidad de su territorio (desde el río Maule hasta la Patagonia). Eran un pueblo guerrero que por la riqueza natural de su territorio no necesitaba una estructura política definida como los otros pueblos indígenas, sino que cada clan (lof) tenía una autoridad propia que tenía

llamada lonco cada uno de ellos gozaban del mismo status en las comunidades Mapuche o lof.

Cuando Bengoa se refiere a la organización social del pueblo Mapuche nos refiere que la familia (lof) era el centro de esta sociedad, en general eran familias extensas y complejas formadas por los descendientes masculinos del padre o jefe de familia (Bengoa, 2008, pág. 26). Cuando se producían conflictos entre clanes o lof y para poder dar una solución a los mismos, Bengoa nos señala:

“(…) Lo que sí existía era un sistema de regulación de conflictos y diversos sistemas de alianzas. Para regular conflictos estaban los grandes sabios, viejos por lo general, denominados ulmén, que hacían las paces entre grupos, impartían justicia, daban consejo. Se les ha llamado toquis en tiempos de paz, pero no tenían más poder que aquel que les otorgaban las partes en conflicto. En la vida cotidiana eran como cualquier otro Mapuche. (...) (Bengoa, 2008)

El autor, refiere que no hay un sistema de poder especializado, que ningún toqui o ulmén o lonco tenía influencia más allá de su grupo familiar, que sí existía un sistema de regulación de conflictos (“derecho propio”), un sistema para hacer alianzas y emprender acciones comunes (Azmapu). Que muchas veces comunidades contiguas y que tenían relaciones de parentesco entre sí reconocían a un ulmén como consejero o juez para resolver controversias surgidas al interior de los lof.

El Azmapu es reconocido hasta ahora por las comunidades Mapuche y este concepto se refiere a la forma como viven y conviven en relación con la naturaleza y las otras comunidades las poblaciones Mapuche. Con la entrada en vigencia del Convenio 169 y el Azmapu ha sido invocado como derecho propio ante tribunales, cobrando importancia por su aplicación efectiva a casos concretos, las investigaciones sobre el tema son pocas.

En mayo del 2002, se inicia una investigación sobre la pertinencia y la aplicabilidad de sistemas de “derecho propio” Mapuche. Se hicieron entrevistas y trabajo de investigación con representantes del Pueblo Mapuche (Faúndes, 2002), ellos, reivindicaron que aun mantenían instituciones que administraban justicia, instituciones que estaban siendo investigadas por la Universidad de la Frontera de Temuco en el marco del proyecto Mapu territorialidad.

Una de las instituciones jurídicas referidas fue la de Azmapu, señalando que ella, no está relegada, que es una práctica común en el pueblo Mapuche y que en la práctica las autoridades indígenas del Pueblo

Mapuche, no sólo se dedican al conocimiento de delitos menores y conductas "reprochables", sino que también está presente en la vida cotidiana del pueblo, en los conceptos y practicas ceremoniales que se desarrollan en la comunidad y que su propósito es mantener la comunicación y restablecer equilibrios en la vida, esto es retomado también por la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato (Comisión, 2003).

En esas dos investigaciones, las autoridades Mapuche que intervinieron, indicaron sobre el caso específico de "derecho propio" que la aplicación del Azmapu, se lleva a cabo a nivel de "lof", se resuelven los conflictos al interior de la comunidad pero que no pasa a otras instancias "extra comunales" a no ser que se aun caso muy grave y que en esos casos muchas veces también se pasa a la justicia "wingka".

En el Tomo II de la Comisión de verdad y nuevo trato que hace referencia al Azmapu profundizando sobre el tema y su pertinencia con el pluralismo jurídico en el derecho Chileno.

Si bien el concepto de derecho mapuche ha sido abordado en algunos estudios que ya han sido publicados, por autores no mapuche tal como Bengoa 1991, Faron 1969, Guevara 1908 y, más recientemente por autores mapuche como Chihuilaf 1999 y Sánchez 2001, las primeras constituyen visiones externas y las segundas, los primeros acercamientos a una visión interna del derecho propio desde las experiencias personales y cercanas de sus autores que es necesario considerar y seguir avanzando con un criterio científico. (Comisión, 2003)

El derecho propio mapuche, no es un elemento estático o una abstracción, sino está directamente en relación con el derecho del Estado, por tanto la investigación se realiza en el contexto de estas relaciones interétnicas, contexto en el que se pretende un avance sistemático en ambos sentidos, esto es en las normas del derecho occidental o wingka y las del Azmapu, haciendo un análisis reflexivo de su mutua influencia y, finalmente como una forma de dar realidad concreta a estas dos normativas, analizando mediante casos reales y paradigmáticos, la forma de resolución de conflictos a través de las dos normativas y las influencias que ello ha tenido para el Pueblo Mapuche. (Comisión, 2003)

. En las sentencias que se han emitido desde la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT hay un reconocimiento incipiente de "derecho propio" Mapuche en el que son los implicados en el caso quienes eligen a su ulmén o autoridad encargada de hacer cumplir las sanciones al interior de la comunidad.

De lo que señala la Comisión, “El derecho propio” Mapuche no es estático sino que están en constante evolución producto de la relación entre regímenes jurídicos y sociales que existe en la actualidad. El reconocimiento del “derecho propio” (Azmapu) incrementa la complejidad del sistema jurídico nacional, al ser invocado ante tribunales penales directamente lo que sucede después de la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT. Analizaremos como ha sido tratado el Azmapu en las sentencias penales que invocan el Convenio 169 de la OIT, para ver si efectivamente se genera pluralismo jurídico por la desnacionalización del derecho.

2.1 Evolución, transnacionalización del derecho y derecho propio indígena

En los procesos penales que han invocado la aplicación directa del Convenio 169 de la OIT, se ha recurrido a la figura jurídica del acuerdo reparatorio que es una salida alternativa en el marco de un proceso penal. Por medio de esta figura, la víctima y el imputado llegan a un acuerdo en virtud del cual, el segundo se obliga a reparar los daños que hubiera podido causarle a la víctima. Este acuerdo reparatorio procede en caso de delitos que afecten bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, lesiones menos graves y delitos culposos. Se trata de una figura dentro del proceso penal que da una solución o salida diferente de la celebración de un juicio. Le corresponde al juez aprobar el acuerdo reparatorio, siendo una salida donde ambas partes quedan satisfechas.

Las sentencias que vamos a analizar han sido generadas en tribunales de garantía de la región de la Araucanía y ha dado señales en torno a la posibilidad de arribar a acuerdos reparatorios, más allá de lo permitido por la Ley en casos de violencia intrafamiliar. De esta manera y contraviniendo expresamente lo señalado en el Art. 19 de la Ley 20.066 (Establece Ley de violencia intrafamiliar), algunos tribunales han aceptado el acuerdo reparatorio entre las partes, dando preferencia a la aplicación directa del Convenio 169 de la OIT por sobre la prohibición legal en torno a la celebración de acuerdos en esta materia. Podríamos en ello evidenciar la efectividad del pluralismo jurídico de la transnacionalización del derecho que estamos analizando. Con esta situación jurídica reconocida por los tribunales de garantía, se otorga la posibilidad de que personas pertenecientes a pueblos originarios resuelvan sus conflictos de acuerdo a su propia cultura es decir en el caso Mapuche el Azmapu.

A. Primer caso: Tentativa de Robo en lugar habitado.

El conflicto surge entre dos integrantes de una comunidad Mapuche, uno de ellos es acusado de haber ingresado a la casa del otro para intentar robar. (Causa RIT 206-2011) Este conflicto llega al juzgado de garantía y como es un caso que se da entre dos indígenas Mapuche que provienen de la misma comunidad se asume la defensa del caso como un caso indígena. Al tratarse de un proceso penal abreviado la **audiencia es oral**⁸ destacamos los aspectos relevantes que invocan directamente la aplicación del Convenio 169 de la OIT y visibilizan el pluralismo jurídico:

a) Alegatos de la Defensa:

"hice presente que son personas mapuches voy a solicitar al Tribunal tenga en consideración el **Convenio 169 de la OIT ley vigente y ratificada en Chile posterior al Código Procesal Penal, superior también porque es un tratado internacional de Derechos Humanos**, el que (señala), en el artículo 9 número 1 y 2, esta defensa entiende que da la posibilidad de extender el ámbito 241 inciso 1..."

"...el mismo artículo 9 número 1(...) dice que en la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos deberán respetarse el "derecho propio", en este caso dos personas Mapuches que viven en la Isla Lican (...) entonces en virtud del artículo 241⁹ en relación al artículo 9 del convenio 169, solicito al tribunal su señoría aceptar el acuerdo reparatorio planteado."

b) Alegatos de la Fiscalía

"...es improcedente un acuerdo reparatorio, ahora bien la defensa ha alegado la existencia del **Convenio 169 pero este establece dos requisitos también para poder considerarlo**, en primer lugar que se pruebe la costumbre, en este caso no hay costumbre que se haya esgrimido y que aparezca acreditada o que al menos sea de conocimiento del tribunal y de los intervinientes de manera clara y fehaciente."

"...el segundo requisito que también establece el **Convenio 169 es que esta costumbre no atente contra el sistema jurídico**

⁸ En el caso de las audiencias orales obtuvimos las transcripciones gracias a la colaboración de la Unidad de Estudios de la Defensoría Penal Pública

⁹ El artículo 241 del Código Procesal Penal se refiere a la figura del acuerdo reparatorio, como explicáramos en el análisis del Marco Jurídico.

nacional y en tal sentido el sistema jurídico nacional establece claramente cuáles son los bienes jurídicos respecto de los cuales se puede aplicar un acuerdo reparatorio y por lo tanto entender lo contrario significa o iría en contraposición a lo establecido en el sistema jurídico mencionado en el artículo 241.”

c) Resolución del juez/a:

Atendiendo a los propios los argumentos de la defensa se aprueba el acuerdo reparatorio en los términos propuestos.

La entrada en vigencia del Convenio 169 incrementa complejidad al interior del sistema jurídico. La defensa y el juez reconocen la validez del Convenio como norma autoejecutable y además aplican directamente lo establecido por el Convenio 169 de la OIT, en el caso de la fiscalía no alega que no es una norma vigente y aplicable, sino que existen dos requisitos que no han sido cumplidos y que además que no es válido poder pedir un acuerdo reparatorio. Con este acto, se reconoce el Azmapu (Comisión, 2003) como “derecho propio” Mapuche que tiene como finalidad resguardar y restablecer la armonía en la vida comunal. En este caso se trataba de dos personas de la misma comunidad, una cometió una falta en contra de la otra. Ambas personas seguirán viviendo en el mismo lugar y seguirán siendo parte de la comunidad, por lo que si uno de ellos va preso se estaría quebrantado ese equilibrio.

En el momento en que el tribunal hace su distinción se considera el Convenio 169 junto con la normatividad penal, armonizando de esta manera dos regímenes jurídicos que se relacionan en la misma dimensión espacial del sentido, uno supra nacional y otro nacional.

Además que se reconoce sin necesidad de “prueba” que existe una forma propia de resolver conflictos al interior de la comunidad Mapuche, por lo que el juez en aplicación del Convenio 169 de la OIT, abre un espacio en el que el renuncia a administrar justicia o imponer una sanción a fin de que sea la Comunidad indígena la que resuelva este caso concreto.

B Segundo Caso: Violencia Intrafamiliar (VIF)

En este caso el conflicto surge nuevamente al interior de una comunidad Mapuche, se da entre los miembros de una familia. Uno de los integrantes del grupo familiar, intenta agredir a su hermana y es

repelido por su madre y hermanos. Producto de esta gresca es que resultan con lesiones leves la madre y los hermanos. El caso es de conocimiento de carabineros y se detiene al autor de las lesiones, para que éste sea juzgado conforme al sistema jurídico Chileno.

La fiscalía solicita al juez imponer una pena de presidio, una multa y las medidas de protección ya que el hecho configura un delito de violencia intrafamiliar reconocido y calificado en la Ley 20066:

Este caso se procesa ante un juzgado de garantías que al igual que en el caso anterior acepta un acuerdo reparatorio, pese a estar prohibido por disposición expresa del Artículo 19 de la Ley 20066.

Si bien hemos señalado como ejemplo un solo caso, hemos analizado la totalidad de casos disponibles en esta materia (09).

1. CA Temuco, ROL N° 581-2012
2. CA Temuco ROL N° 635-2012
3. CA Temuco ROL N° 388-2012
4. CA Temuco ROL N° 499-2012.
5. CA Temuco ROL N° 1192-2011.
6. CA Temuco ROL N° 1034-2011.
7. CA Temuco ROL N° 18-2012.
8. CA Temuco ROL N° 43-2012.
9. CA Temuco ROL N° 955-2011.

Si bien en los dos casos se acepta un acuerdo reparatorio, en este caso, a diferencia del anterior, el conflicto de normas es directo entre lo que establece el Convenio 169 y lo que establecen las normas legales del sistema jurídico Chileno.

El Convenio 169 de la OIT entra en vigencia en septiembre de 2009, La Ley VIF fue emitida por el sistema legal chileno en el año 2005. El convenio 169 tiene el carácter de norma internacional y tratado sobre derechos fundamentales.

La Ley VIF fue establecida para proteger a los integrantes de un grupo familiar de la violencia ejercida por alguno de sus miembros y modifica el Código procesal penal, específicamente el artículo 241 prohibiendo expresamente la aceptación de acuerdos reparatorios en estos casos.

“Artículo 19.- Improcedencia de acuerdos reparatorios. En los procesos por delitos constitutivos de violencia intrafamiliar no tendrá aplicación el artículo 241 del Código Procesal Penal”

Para la aplicación directa del Convenio 169 de la OIT por sobre el ordenamiento legal nacional, recurrimos nuevamente a lo establecido en el Art. 5° la Constitución Política de la República, es deber de los órganos del Estado respetar y promocionar los derechos garantizados por la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, por ende, el Convenio 169 de la OIT tendría plena aplicación.

En este caso entran en relación tres regímenes jurídicos: El supranacional (Convenio 169 de la OIT), el Nacional (Ley 20066 y Código Procesal Penal Art. 241) y el derecho propio (Azmapu o costumbre indígena).

Los tribunales en estos casos han aceptado la propuesta de acuerdo reparatorio solicitada por la defensa. La defensa ha señalado que en virtud de la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT y pro tratarse de personas del Pueblo Mapuche de acuerdo con sus costumbres o Azmapu se busca mantener la armonía de la vida en comunidad, por lo que de acuerdo a sus costumbres, el imputado pedirá disculpas públicas a sus familiares apelando a la validez del Azmapu.

La fiscalía sostiene por su parte que en el caso concreto no se puede aplicar un acuerdo reparatorio por estar específicamente prohibido por la Ley 20 066 y que en caso de ser aceptado por el juez sería una trasgresión al sistema jurídico nacional.

El juez de garantía acepta el acuerdo reparatorio y los alegatos de la defensa. Esta sentencia es apelada por la fiscalía y visto por la Corte de Apelaciones de Temuco (cuyos fallos hemos analizado) quienes reconocen la validez del Convenio 169 de la OIT como norma nacional y ratificando el acuerdo reparatorio aceptado por el juez de garantía. De las sentencias de la CA de Temuco podemos extraer los siguientes razonamientos en base a la aplicación directa del Convenio 169 de la OIT.

“Que en consecuencia, la controversia en estos autos consiste en determinar si pueden los intervinientes arribar a acuerdos reparatorios, pese a que se encuentra prohibido por el artículo 19 de la Ley 20.066 y ello por aplicación del Convenio 169, norma de rango superior y que obliga a respetar los métodos de resolución de conflictos de los pueblos originarios.” Y (...) “Que en este sentido, es un hecho público y notorio en esta Región, que las personas de la etnia mapuche, históricamente han resuelto sus conflictos, incluso algunos de mayor gravedad que los que motivan esta causa, mediante la negociación, por cuanto es propio

de su cultura resolver de esta manera los conflictos, **razón por la cual resulta plenamente aplicable el Convenio 169 ya referido por sobre la Ley 20.066.**”.

Como señaláramos antes, nos interesa para fines de este estudio, hacer un análisis de la relación entre regímenes jurídicos internacional, nacional y como se introduce en el sistema jurídico la aplicación directa del Convenio 169 de la OIT y el reconocimiento de los sistemas propios de resolución de conflictos del pueblo Mapuche.

Analizando el pluralismo jurídico y aplicación directa del Convenio 169 de la OIT en el derecho penal, señalamos que este reconocimiento implica irritación al interior del sistema jurídico por el conflicto de normas y las distinciones al aplicar las mismas normas que hacen la fiscalía y la defensa que deben ser resueltas por el tribunal. Para Luhmann (2005) – La paradoja del sistema del Derecho se produce cuando los tribunales deben decidir allí donde no pueden decidir, en todo caso deciden fuera de los estándares aceptables de la racionalidad. Y si no pueden, deben esforzarse en poder. Si no se encuentra el Derecho hay que inventarlo- (Luhmann, 2005, pág. 379)

En el caso del derecho Penal, evidenciamos también la evolución del sistema jurídico con la aplicación directa de las normas del Convenio 169 de la OIT, pese a estar prohibida por una sentencia del Tribunal Constitucional.

En este caso con los primeros acuerdos reparatorios se empieza a incluir en materias penales los artículos del Convenio 169 como una norma de aplicación directa además de reconocer la existencia de formas propias de administrar justicia o resolver conflictos en el Pueblo Mapuche.

Como hemos visto, después de la ratificación del Convenio 169 de la OIT, en el caso de los tribunales del sur de Chile el cambio en la forma de argumentación ha está siendo progresivo con respecto a los aspectos culturales y la invocación de la semántica de “derecho propio” como parte del proceso de evolución del sistema jurídico en materia penal que busca hacer prevalecer el Convenio 169 como norma de aplicación directa. En los casos analizados que incluyen acuerdos reparatorios se vinculan el régimen nacional con el régimen internacional y que confirman en primer lugar la desnacionalización del derecho y en segundo lugar la presencia de pluralismo jurídico en sentencias de los tribunales chilenos.

Finalizamos el análisis de las sentencias concluyendo que tanto en el ámbito civil como en el ámbito penal la aplicación directa del Convenio 169 de la OIT, como norma que pertenece al régimen jurídico

internacional, evidencia la desnacionalización del derecho. Con esta aplicación directa podemos sostener que en el sistema jurídico chileno se está generando pluralismo jurídico con la coexistencia de a lo menos dos regímenes jurídicos (internacional y nacional) en las sentencias analizadas.

VI. Conclusiones

El primer objetivo específico demandó examinar si existía pluralismo Jurídico en Chile y otros países de América Latina con relación al Convenio 169 de la OIT, como resultado del análisis se constató la existencia de regímenes jurídicos que interactúan en los sistemas internos nacionales, que hemos identificado en general como pluralismo jurídico. El primer caso (América Latina) distingue el régimen estatal de administración de justicia y el derecho propio, esta distinción es reconocida a nivel constitucional y la hemos llamado "pluralismo Jurídico Constitucional".

El segundo caso (Chile) corresponde a la interacción entre el régimen jurídico internacional en el cual situamos al Convenio 169 de la OIT y su interacción directa con las normas al interior del sistema jurídico Chileno. Esto se explicaría por la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT como parte del entorno situación que genera variaciones al interior del sistema y que hemos podido analizar de las sentencias, la que hemos llamado "Pluralismo Jurídico por la transnacionalización del Derecho".

Estas dos formas de pluralismo jurídico se diferencian en el momento de hacerse efectivas, pese a que en los países analizados constatamos el pluralismo jurídico constitucional, sus tribunales no han incorporado efectivamente el reconocimiento de derechos indígenas en sus sentencias. En cambio en Chile, observamos que en su constitución no se integra el reconocimiento de derechos indígenas y tampoco se reconoce el ejercicio del derecho propio con lo cual, no podemos constatar un pluralismo jurídico constitucional. Pese a esto sus tribunales han comenzado a integrar en sus sentencias el reconocimiento de derechos de los pueblos indígenas, tanto en el ámbito civil como en el ámbito penal.

Hemos elaborado un cuadro para definir las diferencias que hemos encontrado después de la investigación entre ambas formas de pluralismo descrito:

Pluralismo Jurídico Constitucional Latinoamericano	Pluralismo Jurídico por la transnacionalización del Derecho en Chile
✓ El sistema jurídico se manifiesta sobre todo en las normas nacionales y si no son emitidas por el legislador no tienen aplicación directa, pueden servir	✓ Los estados pierden el monopolio en la producción normativa. ✓ La sociedad opera desde diferentes ámbitos sociales

<p>de referencia.</p> <ul style="list-style-type: none"> ✓ Se reconoce la pluralidad jurídica en las Constituciones y tiene que ver con el derecho propio de los pueblos indígenas. ✓ Han ratificado el Convenio 169 de la OIT en los 90's. ✓ Pese al reconocimiento no hay aplicación directa ni judicialización para exigir cumplimiento. 	<ul style="list-style-type: none"> ✓ En el sistema jurídico se observa un despliegue normativo que va más allá de las legislaturas nacionales. ✓ Derecho reflexivo que busca una correspondencia entre normativa jurídica y lo que acontece en los otros sistemas sociales (Mascareño, 2006)
--	--

El pluralismo jurídico que se da en Chile ha generado su aplicación directa y por lo tanto la evolución al interior del Sistema Jurídico chileno

El análisis realizado en función del segundo objetivo específico que comprometía el examen de la transnacionalización del derecho en el sistema jurídico chileno en relación con el Convenio 169 de la OIT, permitió establecer que el sistema jurídico Chileno aplico la distinción de constitucionalidad y la de autoejecutabilidad, señalando que el Convenio 169 de la OIT queda incluido en el sistema jurídico chileno en función del artículo 5.2 de la Constitución Política de la Republica y su aplicación a criterio de los tribunales. En consecuencia una norma que pertenece al régimen jurídico internacional formalmente queda en condiciones de ser aplicada directamente por los tribunales, generando lo que en la evolución se da por la función de selección, la que en el análisis hemos visto que en algunas sentencias es positiva y en otras negativa. Con ello constatamos la evolución del sistema jurídico por la transnacionalización del derecho y que es corroborada posteriormente con las sentencias de los tribunales analizadas. Esta situación constituye una paradoja a la vez que un hallazgo de esta investigación. Entendiendo que: "Las paradojas se crean cuando las condiciones de posibilidad de una operación son al mismo tiempo las condiciones de su imposibilidad" (Corsi, 1998, pág. 126), dicho de otra forma los tribunales chilenos están aplicando el Convenio 169 en sus sentencias aun cuando la Constitución chilena no ha reconocido derechos colectivos de los pueblos indígenas.

Con respecto al objetivo que comprometió examinar la aplicación del Convenio 169 de la OIT en el ámbito civil (derecho a la consulta indígena) y su posibilidad para generar pluralismo jurídico, se puede informar que en las sentencias de los tribunales civiles, se están reconociendo derechos de los pueblos indígenas al hacerse exigible el derecho a la consulta cuando se ven afectados sus derechos, por medio de los recursos de protección que es una figura creada para exigir que

se restituyan a su estado anterior derechos constitucionales. Lo anterior permite sostener que la variación introducida por la aplicación del Convenio 169 de la OIT fundamenta la selección que hemos analizado, generando de esta manera la restabilización.

De un punto de vista teórico interpretamos que el Convenio 169 está siendo seleccionado por tribunales chilenos pese a ser una normativa internacional, que no ha sido emitida por el poder legislativo chileno, sino por una entidad internacional y que con su ratificación se hace vinculante para el estado. En el mismo objetivo, la desnacionalización del derecho y el pluralismo jurídico se evidencian con lo señalado en los párrafos anteriores por lo siguiente: El convenio 169 de la OIT es una norma internacional que es vinculante para el estado de Chile, está siendo utilizada por el sistema jurídico (tribunales) como norma vinculante que genera irritaciones en los sistemas de su entorno, se armoniza y/o genera conflictos con otras normas nacionales y es exigible para el estado chileno por la Comisión de Expertos de la OIT quien cada dos años exige a Chile un informe sobre su cumplimiento e implementación.

El análisis de sentencias realizado en función objetivo que comprometía examinar la aplicación del Convenio 169 de la OIT en el ámbito penal considerando el derecho propio y la posibilidad de generar pluralismo jurídico (referido al pueblo Mapuche), permite sostener que en materia penal se observa una evolución del sistema jurídico pese a la definición del Convenio 169 como una norma no autoejecutable. Pese a ello los tribunales lo están aplicando en materia penal. En consecuencia, sostenemos la presencia de pluralismo jurídico. Además, con la ratificación del Convenio 169 de la OIT se incrementa la complejidad al interior del sistema del derecho y en la emisión de las sentencias en materia penal se incluye la semántica de derecho propio. En los casos analizados se han aceptado acuerdos reparatorios que vinculan las leyes nacionales con las leyes internacionales que visibilizan el pluralismo jurídico y dan por válidas formas de resolver conflictos que antes de la ratificación del Convenio 169 hubieran sido completamente ilegales

En el objetivo general se proponía determinar si la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT en Chile, permite reconocer la existencia de pluralismo jurídico en el país. Al respecto y como se ha informado en los en los párrafos precedentes se concluye que en el caso chileno se presenta una forma propia de pluralismo jurídico evidenciada en la aplicación directa de las normas del Convenio 169 por tribunales nacionales para efectivizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Se observó que el pluralismo jurídico ha generado una complejidad mayor en el sistema del derecho y su entorno sobre todo

en el caso de la efectividad del derecho a la consulta previa ya que esta aplicación irrita los sistemas político y económico que forman parte de su entorno.

Contestando la pregunta de investigación materia de esta tesis, podemos decir que el tipo de relación entre regímenes jurídicos en el sistema jurídico chileno se visibiliza desde el proceso que Mascareño define como desnacionalización del derecho. En este proceso la dimensión espacial del sentido del sistema jurídico se manifiesta con la aplicación del Convenio 169 como norma autoejecutable y vinculante del derecho internacional. Esta ratificación ha generado obligaciones de implementar y reconocer derechos colectivos de los pueblos indígenas que con la inclusión de nuevas semánticas como consulta y derecho propio que incrementan la complejidad de los sistemas irritando el entorno.

En el caso de la consulta previa el pluralismo jurídico que genera la ratificación del Convenio 169 influye en las sentencias y estas comunicaciones generan efectos en el sistema político y sobre todo en el sistema económico. La jurisprudencia y la doctrina internacional en este caso indican que la consulta es una obligación que debe ser implementada exclusivamente por los estados. En el caso de Chile la mayor parte de consultas fueron "procedimientos de información" llevado a cabo por la Empresas y en ningún caso cumplían con los estándares y principios que señala en Convenio 169. Lo que motivo que las sentencias "detengan" la ejecución de proyectos de desarrollo económico que pusieron en apuros al gobierno (sistema político) generándose la contradicción del desarrollo: El desarrollo del país vs el derecho de los pueblos indígenas a mantener su forma de vida y preservar el medioambiente.

Con el reconocimiento del derecho propio y su invocación en tribunales se abren espacios legales para el ejercicio del derecho de los pueblos indígenas chilenos a fortalecer sus formas de justicia indígena o derecho propio. En Chile los estudios sobre formas de derecho propio indígena son muy escasos, pero desde el momento en que la semántica es aceptada por los tribunales y con aplicación de una norma internacional se genera el pluralismo jurídico.

Consideramos que el Convenio 169 ha iniciado un proceso que puede incrementar aún más la complejidad del sistema jurídico según se refleje en las sentencias de los tribunales con la inclusión de nuevas normas al interior del sistema con origen en el Convenio 169 de la OIT.

Uno de esos casos es la emisión de normativa sobre el Convenio 169 que ahora pasa a ser obligatoria para todas las dependencias estatales como la emisión del Decreto 066 que regula los procesos de consulta Previa, esta situación abre espacios para nuevas investigaciones en torno a la evolución del derecho ya que queda analizar de qué manera los órganos de control internos del Estado como la Contraloría General de la República van aplicando los estándares del Convenio 169 y exigiendo su cumplimiento a los organismos estatales.

El proceso de evolución del sistema jurídico Chileno y el reconocimiento de derechos colectivos de los pueblos indígenas está en proceso de restabilización sobre todo en materia del derecho a la consulta previa.

Bibliografía

- Alacalá, H. N. (2004). Una senda que merece ser transitada : la Sentencia Definitiva de Casación de la Quinta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 11.821-2003, Caso Miguel Angel Sandoval Rodríguez. Revista Ius et Praxis año 9 N° 2 , 235-236.
- Anaya, J. (2006). Los Derechos de los Pueblos Indígenas. En M. B. (coord.), Pueblos Indígenas y Derechos Humanos (págs. 29-60). Bilbao: Publicaciones de la Universidad de Deusto.
- Arnold, M. (2006). Recursos para la investigación Sistemico Constructivista. En F. O. (ed), Ensayos sobre Socioautopoiesis y Epistemología Constructivista (págs. 16 -26). Santiago: Ediciones MAD.
- Aylwin, J. (2010). implicancias de la Ratificación del Convenio 169 en Chile. Temuco: Observatorio Ciudadano.
- Bengoa, J. (2008). Historia del Pueblo Mapuche: Siglo XIX y XX. Santiago: LOM eds.
- Bengoa, J. (2007). La Emergencia Indígena en América Latina. Santiago: Fondo de Cultura Económica.
- Benton, L. (2004). Law and Colonial Culture. Cape Town, South Africa: Dock House.
- Berman, P. S. (2007). Global Legal Pluralism. Program in Law and Public Affairs , 1155-1238.
- Cadenas, H. (2008). Autonomía del Sistema Legal Chileno y expectativas frente a su diferenciación: Un análisis a través de los derechos humanos y la corrupción.
- Cadenas, H. (2012). Paradojas de la Diferenciación del Derecho. En U. C. Mascareño, Niklas Luhmann y el legado Universalista de su Teoría (págs. 265-295). Santiago: RIL Editores.
- Carmona, C. (2009). Derecho y Violencia: Reescrituras en torno al pluralismo Jurídico. Revista de Derecho , 9-26.
- Caso Sawhoyamaxa Vs. Paraguay (Corte Interamericana de Derechos Humanos 29 de marzo de 2006).
- Caso de la comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas. (Corte Interamericana de Derechos Humanos 17 de junio de 2005).

Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepciones Preliminares, fondo, reparaciones y costas (Corte Interamericana de Derechos Humanos 28 de noviembre de 2007).

Castro, M., Vergara, J., & Villegas, M. e. (2009). Jurisprudencia Indígena. Cosmovisión y Legislación. Santiago: Publicación del Ministerio de Justicia.

CIDH. (noviembre de 2005). Descripción del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Recuperado el 29 de noviembre de 2012, de http://www.corteidh.or.cr/info_consultas.cfm

Comisión. (2003). Informe Tomo III. Santiago.

Congreso Nacional. (05 de octubre de 1993). Historia de la Ley 19253. Santiago, Chile.

Constitucionalidad del Convenio 169, Rol 309 (Tribunal Constitucional 04 de agosto de 2000).

Cristina Motta, M. S. (2008). La mirada de los jueces. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

Curtis, C. (2009). Apuntes sobre la aplicación del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas por los Tribunales de América Latina. Sur Revista Internacional de Derechos Humanos , 53-83.

Dupret, B. (2007). Pluralismo Jurídico, Pluralidad de Leyes y Prácticas Jurídicas: Teorías Críticas y reespecificación tecnológica. Revue de sociologie et droit .

Esther Sánchez Botero, I. J. (2000). La Jurisdicción Especial Indígena. Bogotá: Instituto de Estudios del Ministerio Público.

Garavito, C. R. (2011). El Derecho en América Latina : un mapa para el pensamiento jurídico del Siglo XXI. Buenos Aires: Siglo XXI.

Giancarlo Corsi, E. E. (1996). GLU Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann. México: Librería Iberoamericana.

Griffiths, J. (1986). ¿What is Legal Pluralism? Journal of legal pluralism and unofficial law , 1-55.

Höffe, O. (2008). Derecho Intercultural. Barcelona: Gedisa.

Höffe, O. (2011). La Justicia en el mundo globalizado. Santiago de Chile: Universidad Adolfo Ibáñez.

Indígenas, P. P. (15 de junio de 2011). Mapuexpress. Recuperado el 13 de febrero de 2013, de <http://www.mapuexpress.net/?act=news&id=7126>

Luhmann, N. (2005). El derecho como sistema social . En C. Gomez-Jara, Teoría de Sistemas y Derecho Penal: Fundamentos y posibilidades de aplicación (págs. 69-85). Granada: Comares.

Luhmann, N. (2005). El derecho como sistema social. En C. G.-J. (ed), Teoría de sistemas y derecho penal: Fundamentos y posibilidades de aplicación (págs. 69-85). Granada: Comares.

Luhmann, N. (2005). El Derecho de la Sociedad. Mexico: Herder.

Mackay, F. (2001). Una Guía para los pueblos indígenas para los Derechos de los pueblos Indígenas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Recuperado el 14 de noviembre de 2011, de Forest Peoples: http://www.forestpeoples.org/sites/fpp/files/publication/2010/09/iachrb_riefingoct01sp.pdf

Mascareño, A. (2010). Algunas veces subir es bajar: la paradoja de los derechos culturales. En O. E. Nitschack, Trans*Chile. Un acercamiento transreal. Frankfurt: Iberoamericana-Vervuert Verlag.

Mascareño, A. (2005). La Desnacionalización del Derecho y la Formación de Regímenes Globales de Derecho. En M. Martinic, Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello: Pasado, presente y futuro (pág. 1391). 1428: Lexis-Nexis.

Mascareño, A. (2007). Sociología de la cultura: la deconstrucción de lo Mapuche. Estudios Públicos 105 , 61-112.

Mella, E. (2007). Los Mapuche ante la Justicia. Santiago: LOM eds.

Mereminskaya, E. (2011). El Convenio 169 de la OIT, derecho internacional y experiencias comparadas. CEP , 213-276.

Meza-Lopehandía, M. (2011). El Convenio 169 de la OIT en el sistema normativo Chileno. En C. C. Matías Meza-Lopehandía, Las implicancias de la ratificación del Convenio N° 169 de la OIT en Chile (págs. 102-135). Santiago de Chile: Observatorio Ciudadano de Pueblos indígenas.

Mont, S., & Matta, M. (2011). Una visión Panorámica al Convenio OIT 169 y su implementación en Chile. Estudios Públicos N°121 Verano , 133-212.

OIT. (2003). Convenio 169 sobre poblaciones indígenas y tribales, un manual. Ginebra: OIT.

ONU. (febrero de 2008). ACNUR- Directrices sobre los asuntos de los pueblos indígenas. Recuperado el 12 de diciembre de 2012, de <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/6451>

ONU. (mayo de 2001). Foro Permanente para las cuestiones indígenas. Recuperado el 17 de enero de 2013, de <http://social.un.org/index/indigenouses/Portada/Nosotros/Historia.aspx>

Organización Internacional del Trabajo. (2003). Convenio número 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales: Un Manual. Ginebra: OIT.

Organización Internacional del Trabajo. (2009). Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica: Una Guía sobre el Convenio num. 169 de la OIT. Ginebra: OIT.

Pajuelo, R. (2008). Perú: Política, etnicidad y organizaciones indígenas. En R. Pajuelo, Reinventando comunidades imaginadas (págs. 31-60). Lima: IFEA -IEP.

Popisil, L. (1974). Anthropology of law. A comparative theory. New Haven: Harper and Row Publishers.

Rodriguez-Piñero, L. (2006). El Sistema Interamericano de Derechos Humanos y Los Pueblos Indígenas. En M. B. (coord.), Pueblos Indígenas y Derechos Humanos (págs. 153-203). Bilbao: Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto.

Rodriguez-Piñero, L. (2005). Indigenous Peoples, Postcolonialism and International Law (The ILO Regime 1919-1989). New York: Oxford Press.

Rolf, F., & Vergara, J. (2002). Permanencia y transformación del conflicto Estado-mapuches en Chile. Revista Austral de Ciencias Sociales , 35-45.

Rudolf, H., Juan Carlos, M., Cecile, L., & Rosembert, A. (2008). Hacia Sistema Jurídicos Plurales. Bogotá: Ediciones Antropos.

Sanchis, A. (2008). Pensar el modelo Intercultural desde el Derecho. Revista de Estudios Jurídicos N° 8 , 1-14.

Santos, B. d. (2007). La Globalización del Derecho. Bogotá: ILSA.

Sentencia de constitucionalidad del Convenio 169 de la OIT, 309 2000 (Tribunal Constitucional 04 de agosto de 2000).

Severo, L. (2009). Observaciones sobre la Observación Luhmaniana. En M. King, L. Severo, & G. Shwartz, A verdade sobre AUTOPOIESE NO DEREITO (págs. 11-39). Porto Alegre: Livraria do Advogado.

Tamanaha, B. (2007). Understanding Legal Pluralism: Past to present, local to global. Sydney: Faculty of Law.

Teubner, G. (2009). El Derecho como sujeto epistemico: Hacia una epistemología constructivista del Derecho. Revista de Derecho Universidad de Frankfurt , 533-571.

Toledo, V. (2007). La Memoria de las Tierras Antiguas Tocando a las Puertas del Derecho. Políticas de la Memoria Mapuche en la transición Chilena. Revista de Historia Social y de las Mentalidades. año 11 Vol. 1 USACH .

Toledo, V. (30 de marzo de 2011). Mapuexpress. Recuperado el 28 de enero de 2013, de <http://www.indh.cl/indh-decreto-124-sobre-consultas-indigenas-no-satisface-obligaciones-internacionales-2>

Tubino, F. (2008). No una sino muchas ciudadanías: Una reflexion desde el Perú y America Latina. Cuadernos interculturales , 170-180.

Urteaga, E. (2012). La teoría de sistemas de Niklas Luhmann. Contrastes: Revista de filosofía , 301-317.

Valdivia, J. M. (2011). Alcances Juridicos del Convenio 169. CEP Centro de Estudios Públicos , 35-70.

Valenzuela, R. (2009). Retórica. Santiago de Chile: Jurídica editores.

Vergara, J. I. (2005). La Herencia Colonial del Leviatán: El Estado y los Mapuche- Huilliches (1750-1881). Iquique: Ediciones Instituto de Estudios Andinos- Universidad Arturo Pratt.

Yrigoyen, R. (2010). A los 20 años del Convenio 169 de la OIT: Balance y retos de implementación de los derechos de los pueblos indigenas de Latinoamérica. Lima: Grafica Cuatro.

Yrigoyen, R. (2006). Hitos del Reconocimiento del Pluralismo jurídico y el Derecho Indigena en el Constitucionalismo Andino. En M. Berraondo, Pueblos Indigenas y Derechos Humanos (págs. 537-567). Bilbao: Universidad de Deusto.

Yrigoyen, R. (2004). Vislumbrando un Horizonte Pluralista: Rupturas y Retos Epistemológicos y Políticos. En M. C. (ed.), Desafios de la Interculturalidad. Identidad, Política y Derecho. Santiago de Chile: Programa Internacional de Interculturalidad - Universidad de Chile.

