



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DERECHO PÚBLICO

**PLURALISMO JURÍDICO,
CONSTITUCIÓN Y DERECHOS HUMANOS
UNIVERSALES**
UN ANÁLISIS NECESARIO A LA LUZ DEL
CONVENIO N° 169 DE LA ORGANIZACIÓN
INTERNACIONAL DEL TRABAJO

**Memoria de prueba para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y
Sociales**

**FRANCIA CANDIA TRONCOSO
ANA BARRERA CERECERA**

Profesor Guía: Doctor Iuris Utriusque TEODORO RIBERA NEUMANN

Santiago de Chile

2018

*A Juan Carlos Farías,
por creer en mí.*

*A Patricia Poblete Osorio,
que siempre ha estado conmigo.*

AGRADECIMIENTOS

A mis padres, Marisol y Claudio, por ser mis guías y mis compañeros de viaje, las personas que me dieron alas, y que me obligaron a volar cuando creí que no podía. Gracias por su amor infinito y su comprensión incondicional, además de darme la confianza que necesitaba para terminar esta aventura de la mejor manera.

A mi familia y amigos, que fueron mi tanque de oxígeno cuando sentía que me ahogaba, prestándome su ayuda, amor y compañía extraordinariamente necesaria.

Por último, a aquellas personas que ya no están en este mundo, pero que contribuyeron a formar la persona que soy. Gracias por acompañarme, gracias por confiar en mí, gracias por alegrarse de mis logros. Espero que cuando me miren desde allá, se sientan orgullosos.

Pedes in terra, ad sidera visus

Francia Candia Troncoso

INDICE

I. INTRODUCCIÓN	9
II. PLURALISMO JURÍDICO	11
1. Tipos de pluralismo jurídico	14
1.1 Pluralismo jurídico estatista e institucionalista	14
1.2 Pluralismo jurídico clásico y nuevo pluralismo	15
1.3. Pluralismo jurídico de tipo vertical y horizontal	16
1.4 Pluralismo jurídico fuerte y débil	16
2. Contribuciones del pluralismo jurídico	17
3. Retos del pluralismo jurídico	19
III. NORMAS INTERNACIONALES: CONTEXTO DEL RECONOCIMIENTO INDÍGENA Y SU FORMACIÓN JURÍDICO-CONSTITUCIONAL	21
1. Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)	22
2. Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Convenio N° 169 OIT (1989)	23
3. Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas (2007)	25
IV. LA REGULACIÓN DEL PLURALISMO JURÍDICO EN EL DERECHO COMPARADO	27
1. La regulación del pluralismo jurídico en el Derecho Europeo	28
1.1 Alemania	29
1.2 Bélgica	32
1.3 España	34
1.4 Holanda	37
1.5 Reino Unido	40

2. La regulación del pluralismo jurídico en el Derecho Iberoamericano	41
2.1 Argentina	43
2.2 Bolivia	46
2.3 Colombia	50
2.4 Ecuador	53
2.5 México	55
2.6 Perú	61
V. CONSTITUCIÓN CHILENA Y LA RECEPCIÓN DEL CONVENIO 169 DE LA OIT	65
1. Multiculturalismo en la Constitución chilena	67
2. Ley N° 19.253 o Ley Indígena en Chile	69
3. Adopción del Convenio N° 169 OIT en Chile	72
4. Algunos principios constitucionales relevantes	74
4.1 Reconocimiento constitucional de los tratados internacionales	75
4.2 El principio de “igualdad ante la ley”	78
4.3 Pueblos indígenas como grupos intermedios	80
VI. JURISPRUDENCIA NACIONAL SOBRE LA RECEPCIÓN Y APLICACIÓN DEL CONVENIO 169 OIT	82
1. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional	82
2. Jurisprudencia del Poder Judicial	84
2.1 Jurisprudencia de tribunales en materia penal	85
2.1.1 Primer caso: Tráfico de estupefacientes	86
2.1.2 Segundo caso: Tentativa de robo en lugar habitado	89
2.1.3 Tercer caso: Violencia intrafamiliar dentro de la comunidad mapuche	91

2.1.4 Cuarto caso: Delitos sexuales en Rapa Nui	96
2.2 Resumen general del comportamiento jurisprudencial	100
VII. ASPECTOS DOCTRINALES	101
1. Pluralismo como resistencia a la posición dominante de los Estados	101
2. El pluralismo jurídico en relación con los derechos humanos	106
3. Críticas al pluralismo jurídico	110
4. Tratamiento diferenciado o teoría de la “doble exclusión”	115
VIII. SISTEMAS DE SOLUCION PROPUESTOS A LA VISTA DEL CONVENIO N°169 DE LA OIT Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	116
1. Sistema jurídico aplicable a un conflicto entre dos personas indígenas.	117
1.1. Materia Civil	119
1.2. Materia Penal	120
2. Sistema jurídico aplicable a un conflicto entre una persona indígena y una persona no indígena.	124
2.1. Materia Civil	124
2.2. Materia Penal	124
IX. CONCLUSIONES	125
VIII. BIBLIOGRAFÍA	128

RESUMEN

La sociedad actual hace cuestionarnos el alcance de la universalidad de los derechos fundamentales, en especial cuando éstos tienen como piedra de tope los derechos de las minorías, tales como los pueblos indígenas. Al momento de ocurrir la situación, en que un mismo Estado convivan comunidades diferentes, con sus propias culturas, costumbres y formas de solución de conflictos, se produce un problema de armonía social al tratar de compatibilizarlas. Los Estados para hacer frente a esta situación han adoptado diversas soluciones, desde modificar sus constituciones hasta adherirse a instrumentos internacionales, como el Convenio 169 de la OIT.

Es relevante además analizar las respuestas que han dado los tribunales tanto en Iberoamérica como en Europa para satisfacer las necesidades de sus ciudadanos y para saber cuál es la postura que adoptan para conciliar estos intereses en apariencia contrapuestos, otorgando una pincelada obligatoria de pluralismo jurídico.

PALABRAS CLAVE

Derechos indígenas, Derechos Fundamentales, Pluralismo Jurídico, Convenio 169 OIT, Monismo Jurídico, Solución de conflictos, Jurisprudencia Indígena, Derechos Humanos.

ABSTRACT

Nowadays society does question us about the scope of the universality of fundamental rights, especially when they have a cornerstone in the rights of minorities, such as indigenous people. When the situation occurs in which one state coexist different communities with their own cultures, customs and ways of conflict resolution, a social harmony problem occurs when try to make them compatible. States faces this situation adopted different solutions, from modifying their constitutions to adhere to international instruments such as ILO Convention 169.

It is also important to analyze the answers given courts in both Latin America and Europe to meet the needs of its citizens and to know what the position they adopt to reconcile these apparently contradictory interests, giving a touch of mandatory legal pluralism.

KEY WORDS

Indigenous Rights, Fundamental Rights, Legal Pluralism, Agreement 169 ILO, Single-tier system, Conflict Resolution, Indigenous Jurisprudence, Human Rights.

I. INTRODUCCIÓN

Los Derechos Humanos son reconocidos como universales desde su consagración en instrumentos internacionales; aquellos países que adhirieron a la Declaración de Derechos Humanos y participaron en su redacción, fueron quienes establecieron los parámetros de aquello que sería considerado en el futuro como inalienable, irrenunciable, imprescriptible e indivisible.

Durante décadas este marco jurídico y convencional adquirió fuerza junto con el desarrollo del Derecho Internacional y de los tratados; sin embargo, con el paso de los años se ha cuestionado la universalidad de estos derechos debido a la creciente preocupación por tutelar de manera efectiva a aquellos grupos minoritarios y muchas veces vulnerados. Es aquí donde surge un término que es fundamental para entender nuestro mundo actual y los desafíos que nos plantea, se trata del multiculturalismo, concepto que en términos sencillos busca la coexistencia pacífica de diferentes culturas dentro de la sociedad.

Dentro de este contexto, en el ámbito latinoamericano surge la reivindicación de los pueblos indígenas y sus costumbres, dando paso a la suscripción de instrumentos internacionales, tales como el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT), el cual destaca por su pretensión de legitimar las prácticas culturales de cada comunidad y que se reconozcan por parte de los Estados en donde habitan tales pueblos.

Sin embargo, los intentos de instaurar el pluralismo jurídico mediante el reconocimiento por parte de los Estados de las prácticas ancestrales de sus pueblos originarios, ha derivado en conflictos con sus sistemas de administración de justicia internos, los cuales están inspirados en los derechos humanos fundamentales.

En el continente europeo, salvo contadas excepciones, si bien no existe un marcado componente nativo en su población, las discrepancias se han suscitado en torno al creciente fenómeno de la inmigración.

Nuestro análisis pretende restringirse al ámbito constitucional, ya sea desde la perspectiva de cómo se ha aplicado el Convenio 169 de la OIT en diferentes países del mundo y las reformas producidas tras su ratificación. Lo anterior, para llegar a analizar cómo se han desarrollado las distintas vertientes del pluralismo jurídico, al reconocer el “derecho propio” de cada comunidad y cómo esto afecta a los derechos fundamentales. En caso de que se produjese tal contraposición, buscaremos vislumbrar cuál debe ser el límite de dichas prácticas cuando las Constituciones tratan de proteger los derechos individuales y los derechos colectivos, entendido a partir de una visión culturalmente sensible de los derechos humanos.

II. PLURALISMO JURÍDICO

Tras la idea de un Estado-nación, es de normal ocurrencia que éste se asocie a un monismo jurídico. Se ha mantenido la concepción que, en un Estado de derecho, deba existir un sistema jurídico y político centralizado y jerarquizado, derivando así conceptos como soberanía, o unidad política. La promesa implícita del monismo jurídico provoca que solo se tenga en consideración la idea de que dentro de un Estado existe un soberano indivisible, es decir, un individuo o un grupo de individuos que posee el poder de crear el derecho y a la vez es la fuente única del mismo, que mantiene una cohesión y carácter unitario de la nación.

Para otorgar el contexto debemos hacer referencia al derecho francés, que a lo largo de su historia se ha convertido en un modelo jurídico que ha servido como referencia del monismo jurídico, en especial por los principios que se rescatan luego de la Revolución Francesa.

Antes del siglo XII, Francia se dividía en dos ámbitos jurídicos: el primero llevado a cabo por un derecho escrito, influenciado por el Derecho Romano, en especial por el código Justiniano, Teodosio y Alarico (*droit écrit*). El segundo ámbito resaltaba el derecho consuetudinario, derivado de la costumbre de los pueblos (*droit coutumier*).¹ El primero de ellos se utilizaba escasamente, es decir, sólo cuando la costumbre no daba solución a un conflicto determinado.

Las costumbres diferían según el lugar en donde se expresaban, muy diferentes si eran al norte o sur de Francia, provocando en ciertas ocasiones contradicciones que traían incertidumbre. Para solucionar el problema anterior, el monarca Carlos VII, dispuso que se redactaran las reglas consuetudinarias que poseía su pueblo, en las

¹ SOLEIL, Sylvain. “*La formación del derecho francés como modelo jurídico*”. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*. <https://dx.doi.org/10.4067/S0716-54552006000100011>. [Se consultó el 15 de junio de 2018]

ordenanzas de Montils-lès-Tours en 1453, que fueron concluidas un siglo después en las costumbres de Orleans en 1509 y Costumbres de Paris en 1510.

Lo anterior implicó un primer acercamiento al monismo jurídico, ya que la creación del derecho pasó del pueblo al Poder Estatal mediante los órganos públicos². En consecuencia, la ley comienza a ser concebida en forma escrita, redactando las costumbres orales que tenían fuerza de derecho en lenguas vulgares para un mayor acercamiento al pueblo. Así también, unifica el derecho del territorio francés suprimiendo la diferencia que tenía el centro-norte del país y sus costumbres, con el sur del mismo en donde se usaba el derecho escrito.

En consecuencia, el derecho francés sufría una extrema dispersión normativa, por cuanto la norma jurídica podía provenir de diversas fuentes, que podían llegar a ser antagónicas como lo es el derecho romano y la ley consuetudinaria que se basaba en costumbres generales o locales, edictos, decretos parlamentarios, o el derecho canónico. Por lo que era imperante, el producir un orden codificador a dicho caos.

Así, la Revolución Francesa vino a romper con los esquemas; proclamó la igualdad ante la ley, que hace referencia a que todas las personas sean tratadas de la misma manera por la ley, y que están sujetas a las mismas leyes de justicia, objetivo que no se habría logrado sin una centralización de las normas. Se abolieron también los antiguos privilegios que tenían la realeza y el clero, bajo la visión de que la ley debía garantizar que ningún individuo sea privilegiado o discriminado. Se conformó una integración del derecho, con la premisa de ser una nación indivisible y que corresponde una misma regla social obligatoria³. Leyes escritas y uniformes que se aplicaron a todos sin distinción, y que a la vez son conocidas por todos ellos, otorgaron una seguridad jurídica que con la dispersión de leyes o pluralismo no se conocía.

En consecuencia, el monismo jurídico rescata valores y principios que han sido centrales para el pensamiento moderno e ilustrado. La versión más dominante y rica del

² “*Historia del derecho francés*” <https://es.slideshare.net/EstebanAcosta1/derecho-frances>. [Se consultó el 20 de noviembre de 2018]

³ “*Libertad, Igualdad, Fraternidad*” <https://www.diplomatie.gouv.fr/es/venir-a-francia/conozca-francia/simbolos-de-la-republica/article/libertad-igualdad-fraternidad>. [Se consultó el 25 de septiembre de 2018]

monismo, se encuentra entrelazada al liberalismo, y se asocia a los principios de igualdad, unidad política y seguridad jurídica, fundamentales para los valores de libertad individual y orden dentro de la comunidad política.⁴ El monismo nace para eliminar la falta de claridad y precisión de la ley (que permite que ésta tenga muy variadas interpretaciones y por tanto diversos legisladores), así como para eliminar la multiplicidad de personas legitimadas para ejecutar el derecho y a usarlo para resolver los conflictos sociales. A pesar de lo anterior, se ha cuestionado el monismo jurídico liberal en cuanto éste se vincula con el postulado que defiende la universalidad del derecho occidental y sus valores, mostrando su marcado carácter cultural y su tradición histórica precisa, por lo que su contexto “supone una determinada forma de imaginar lo real”⁵. En consecuencia, el derecho occidental es “uno de los principios, pero solo uno de ellos” de organización social.⁶ La misma crítica se ha llevado los Derechos Humanos, debido a su carácter particular, llegando a ser señalado como un “localismo globalizado”.⁷

El pluralismo jurídico también viene a cuestionar la teoría monista. Para los seguidores de este pensamiento, el monismo sería una “teoría errada y normativamente poco fértil”⁸, debido a que oscurece el hecho evidente que dentro de los Estados modernos coexisten diversos ordenamientos jurídicos, y elimina la visión de que aquello es algo muchas veces necesario, como, por ejemplo, para garantizar la paz en Estados compuestos por comunidades culturales y radicalmente distintas.

⁴ "Un panorama general sobre el pluralismo jurídico."

<http://www.palermo.edu/derecho/eventos/pdf/Estudiopreliminar-ArizayBonilla-VersionparaAngel.pdf>. [Se consultó el 10 mayo de 2018]

⁵ GEERTZ, Clifford. “*Conocimiento local*”, Paidós, Barcelona., 1994, p.202.

⁶ SINHA, Surya Prakash. “*Legal Polycentricity*”, en Hanne Petersen y Henrik Zahle. *Legal Polycentricity: Consequences of Pluralism in Law*. Aldershot: Dartmouth, 1995, p.32.

⁷ DE SOUSA SANTOS, Boaventura “*Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law*”, *Journal of Law and Society*, 13(3), 1987, pp. 279-302.

⁸ FITZPATRICK, Peter. “*Marxism and Legal Pluralism*”, *Australian Journal of Law & Society*, 1, 1983, pp. 45-59.

1. Tipos de pluralismo jurídico

El pluralismo jurídico implica la coexistencia simultánea de varios sistemas jurídicos divergentes en un mismo espacio sociopolítico o territorio. Es la coexistencia de varios sistemas de regulación de la acción social, así como de varios mecanismos de resolución de conflictos (inter normatividad jurídica o Inter legalidad) ⁹. Con respecto a aquello, dentro de la doctrina podemos encontrar diversas clases o tipos de manifestaciones del pluralismo jurídico, como las que analizaremos a continuación.

1.1 Pluralismo jurídico estatista e institucionalista

Norberto Bobbio señala que el pluralismo jurídico estatista, está dado por el nacimiento y desarrollo del historicismo jurídico, principalmente a través de la Escuela Histórica del Derecho, que afirma que los derechos emanan directa o indirectamente de la conciencia popular, por lo que no existiría solo uno, sino muchos ordenamientos nacionales que tienden a desarrollar cada uno un ordenamiento estatal propio. En conclusión, esta doctrina – sostén ideológico del Estado actual – propone que si bien sólo el Derecho del Estado es válido (estatismo), asume los fines de la Sociedad como propios (pluralismo).

Por otra parte, está el pluralismo jurídico en su etapa institucionalista, que tiene como base el supuesto de que existe un sistema jurídico donde quiera que haya una institución, es decir, un grupo social organizado. Lo anterior lleva a la consecuencia de una fragmentación ulterior de la idea universal de derecho, y a la vez un enriquecimiento del problema de las relaciones de los sistemas jurídicos. Ya no solo se parte de

⁹ "El Pluralismo Jurídico". http://www.la-razon.com/index.php?_url=/la_gaceta_juridica/Pluralismo-Juridico_0_2012798781.html. [Se consultó el 10 mayo de 2018]

relaciones entre diferentes sistemas estatales, sino que también de los diferentes a los estatales: supraestatales, infra-estatales, colaterales al Estado y anti-estatales.¹⁰

Entonces, el Estado no es el único centro productor de normas jurídicas sino también el producido por los grupos sociales diferentes a él. Lo anterior, siempre y cuando “determinen sus fines propios, establezcan los medios para llegar a esos fines, distribuyen funciones específicas de los individuos que componen el grupo para que cada uno colabore, a través de los medios previstos, para el logro del fin y que tengan diferente cultura”.¹¹

1.2 Pluralismo jurídico clásico y nuevo pluralismo

Dentro de las teorías que avalan el pluralismo jurídico, existen dos vertientes: la primera está formada por la propuesta de Ingle Merry, en la que hace una distinción entre el modelo teórico de pluralismo clásico y el nuevo pluralismo jurídico. En el primero, se analiza las intersecciones entre el derecho «nativo» o local (originalmente dominante) y el derecho europeo. Hace referencia a los estudios jurídicos basados en la recepción de derechos occidentales con tradiciones jurídicas indígenas. Este sería el caso de las sociedades postcoloniales (países africanos, americanos, asiáticos) y, por ejemplo, en la visión de propiedad occidental versus la justificación de la ocupación de la tierra por parte de los pueblos originarios; los últimos dan un significado espiritual a la tenencia de tierras con marcados rasgos de religiosidad, en contra de la concepción occidental que radica en una esfera estrictamente patrimonial o económica.¹²

El nuevo pluralismo jurídico respondería a la convivencia de múltiples y diferentes esferas jurídicas en un mismo territorio, como consecuencia de la segmentación de las sociedades industrializadas y de la descentralización de los derechos estatales. Es decir, son los ordenamientos jurídicos que han «invadido» el

¹⁰ BOBBIO, Norberto, “*Teoría General Del Derecho*”, Temis, 2ª Ed., 5ª Reimp., Bogotá, Colombia, 2005, pp. 10-13.

¹¹ BOBBIO, op. cit., pp. 243-244.

¹² IANNELLO, Pablo, “*Pluralismo jurídico*”, UNAM, México, 2005, p.772.

dominio del propio derecho europeo. Tal sería el caso de sociedades industrializadas donde hay minorías étnicas, inmigrantes, grupos religiosos y otros. La condición de plural sería un hecho permanente y estructural que en la actualidad está cobrando un renovado protagonismo como consecuencia de la quiebra y segmentación de la soberanía de los Estados nacionales.¹³

1.3. Pluralismo jurídico de tipo vertical y horizontal

El profesor Félix Huanca lo describe como, “aquel que está basado en la existencia de diferentes niveles jurídicos ordenados jerárquicamente, tal como conocemos en nuestro sistema judicial”¹⁴. Se concibe el primero como aquel modelo reconocido, permitido y controlado por el Estado. Existirían múltiples sistemas jurídicos establecidos vertical y jerárquicamente a través de grados de eficiencia, siendo atribuido al orden jurídico estatal una positividad mayor.

El pluralismo horizontal, siguiendo la línea de Huanca, es aquel que está basado en la interrelación entre organizaciones o subgrupos sociales (subculturas), normalmente es concebida como la “*teoría de los campos sociales semiautónomos*”. El pluralismo jurídico nacería del intercambio constante entre campos sociales semiautónomos, no jerarquizados sino coexistentes horizontales entre sí. Es decir, si en un territorio coexisten distintas culturas, con valores y normas propios, sin que exista una jerarquía entre ellas, se estaría desarrollando el pluralismo jurídico horizontal.¹⁵

1.4 Pluralismo jurídico fuerte y débil

El pluralismo jurídico fuerte tiene como supuesto que la pluralidad legal, fáctica de la sociedad, se superpone al dominio del ordenamiento estatal. Se refleja el verdadero

¹³ CÁMARA, O'brian, “*La coexistencia del Derecho Indígena y el Derecho ordinario en el Estado Plurinacional de Bolivia*”, Universidad de Chile, Santiago, Chile, 2013, p.10.

¹⁴ HUANCA, Félix, “*Aproximación al Análisis Sociológico de los Derechos Humanos; del monismo al pluralismo*”, UMSA, La Paz, Bolivia, 2007, p.25.

¹⁵ HUANCA, op. cit., p.27.

estado de los hechos de una sociedad, es decir, un estado empírico del derecho en una sociedad. El Estado, entonces, reconoce y se integra a la pluralidad, como sería el caso de Bélgica, Suiza, España en el contexto europeo que analizaremos más adelante.

El pluralismo jurídico débil, por otra parte, consiste en que el ordenamiento jurídico estatal reconoce la pluralidad, sin embargo, establece límites. Un Estado en que el soberano otorga validez a diferentes sistemas jurídicos, permitiendo una coexistencia de los mismos. La idea de este tipo de pluralismo lleva asociada la realidad de sociedades colonizadas en las cuales el orden legal central reconoce la existencia de costumbres jurídicas anteriores¹⁶. Esto será demostrado, por ejemplo, en el caso de Perú, según lo dispuesto en el artículo 149 de la Constitución peruana, que otorga autonomía jurisdiccional a las comunidades campesinas y nativas. En Bolivia por otra parte, se invierte en la idea de un pluralismo jurídico débil heredero de la condición colonial para proponer la tradición étnica como fundamento de un Estado plurinacional, que reconozca como suyos los usos y costumbre originarios con “las consecuencias que eso pueda tener en la noción moderna de derecho estatal y en sus derivaciones minimalistas y neoliberales”.¹⁷

En otras palabras, en el pluralismo jurídico débil la pluralidad fáctica puede continuar al margen del Estado, ya que conlleva la idea de reconocimiento de las normas preexistentes las cuales deben adaptarse a las categorías del régimen central.

2. Contribuciones del pluralismo jurídico

Eugen Ehrlich es uno de los principales defensores de esta corriente. Dentro de sus postulados señala que el derecho del Estado no es el único derecho presente en la sociedad¹⁸. Los principios que presenta su teoría se encuentran en base a la idea del “derecho vivo” para denominar aquellos órdenes paralelos al Estado que surgen

¹⁶ IANNELLO, op. cit., p.774.

¹⁷ CHAPARRO, Adolfo. “*Pluralismo jurídico, autonomía y separatismo en la política boliviana*”, Revista de Ciencias Sociales, Ecuador, p. 190.

¹⁸ EHRlich, Eugen, “*Sociología y Jurisprudencia*”, en: Eugen Ehrlich, Escritos sobre sociología y jurisprudencia, Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 89.

espontáneamente en la vida cotidiana como forma de auto-regulación y que llegan a ser más importantes para la sociedad que el propio derecho creado y sancionado oficialmente.

*“El error radica en que los juristas están acostumbrados a reconocer solamente como Derecho sólo lo que emana del Estado, lo que se consolida a través de la amenazadora coerción estatal; todo lo demás sería uso moral o creaciones semejantes”.*¹⁹

En consecuencia, el pluralismo jurídico posee al menos dos principios básicos. El primero, es que por una parte se traslada el estudio del derecho desde el Estado a la sociedad. Para estudiar el mismo, el foco de análisis debe ser por igual en el Estado y en la sociedad, ya que el pluralismo puede encontrarse manifestado en ambos. El segundo, critica los postulados de exclusividad, homogeneidad, unidad y coherencia del derecho sobre el que se funda el Estado-nación. Por lo tanto, se asentará la base de que el derecho que proviene del estado sólo sería uno de los muchos derechos que existen dentro de la sociedad.

El pluralismo jurídico, es ante todo una condición subjetiva, un estado cognitivo, en el que un sujeto ve cómo su vida cotidiana es regulada por más de un ordenamiento jurídico:

“La existencia, dentro de un único ordenamiento jurídico, de diferentes mecanismos que se aplican a situaciones similares señala una pluralidad de mecanismos jurídicos, no pluralismo jurídico. Hoy me doy cuenta de que, para tener pluralismo, necesariamente se debe estar frente a varios ordenamientos jurídicos que coinciden en la misma situación y que hacen que el individuo no sea un “sujeto de derecho” sino un “sujeto de derechos”²⁰ .

¹⁹ EHRlich, op. cit., p. 93.

²⁰ Ídem.

Así, el principal aporte radica en que la aceptación del paradigma del pluralismo jurídico permite dar respuestas, desde el punto de vista del análisis interdisciplinar hermenéutico, más coherentes y eficaces a la actualidad dinámica de normativa-jurídica de la sociedad, que no solo se reduce al mundo jurídico estatal formalista e individualista.²¹

3. Retos del pluralismo jurídico

A pesar de existir divergencias y percepciones diferentes frente a la idea del pluralismo jurídico, los rasgos comunes de las diferentes corrientes ponen como retos al mismo, obtener un:

- a) Rechazo la identificación del Derecho con la ley;
- b) Una resistencia al monopolio jurídico por parte del Estado;
- c) Una objeción al mito unificador del monismo jurídico formalista; y,
- d) un reconocimiento de la descentralización del Derecho estatal.

De Sousa concibe el pluralismo como “la precondition para una relación equilibrada entre las competencias globales y legitimidad local, los dos aspectos de una política de los derechos humanos contra la hegemonía de estos tiempos”²². Por lo tanto, otro de los retos que posee el pluralismo jurídico es evitar que derechos que afectan a comunidades, sean pasados a llevar por un colonialismo de Occidente como pueden llegar a ser los derechos humanos. Señala que es imperativa la promoción de diálogos interculturales, basándose en principios transculturales que solo pueden ser llevados a través de un pluralismo jurídico²³. De este modo se podrá, eventualmente, formular una

²¹ Ídem.

²² DE SOUSA SANTOS, Boaventura. “*Los derechos humanos y el Foro Social Mundial*”, Quito, Ecuador, 2004, p. 32.

²³ DE SOUSA SANTOS, Boaventura, “*Toward a Multicultural Conception of Human Rights*”, en: HERNÁNDEZ - TRUYOL, Berta, *Moral Imperialism. A Critical Anthology*, New York University Press, New York, 2002, p. 21.

concepción “mestiza” de los derechos humanos que se libere del falso universalismo y que pueda tener significación para las diversas culturas.

La doctrina colombiana se manifiesta también en concordancia con las palabras de Sousa, reconociendo en la aceptación de la diversidad el mayor reto de los Estados modernos: *“El diálogo intercultural es el cauce que permite construir, más allá de lo formal, un Estado y una nación profundamente incluyente, democrática y pacífica. Son los dos aspectos de una construcción desde identidades diversas: las instituciones serían el elemento estático y el diálogo, el elemento dinámico.”*²⁴

²⁴ ARDILLA, Edgar, *“Justicia Comunitaria Y Sociedad Nacional”*.
<https://www.cejamericas.org/Documentos/DocumentosIDRC/135justiciacomunitariaysociedadnacional.pdf>
f. [Se consultó el 13 de junio de 2018]

III. NORMAS INTERNACIONALES: CONTEXTO DEL RECONOCIMIENTO INDÍGENA Y SU FORMACIÓN JURÍDICO-CONSTITUCIONAL

Los diversos sistemas políticos nacionales presentan múltiples respuestas ante la necesidad de sus pueblos indígenas de ser reconocidos como tales y de que sus costumbres ancestrales y formas de vida sean legitimadas por los Estados de los que forman parte. Países como Bolivia, Perú o Ecuador en América han llegado incluso a otorgar a tales derechos rango constitucional y a reconocerse como naciones multiculturales. Sin embargo, es necesario reconocer que este proceso no fue ejecutado por iniciativa propia de los países, sino que el Derecho Internacional tiene un rol fundamental en este ámbito, pues ha contribuido a “que se reconozca una visión amplia del contenido y alcance de los derechos fundamentales de las personas y los pueblos indígenas”.²⁵

Como un efecto colateral del desarrollo del multiculturalismo, surgen críticas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), ya que muchas veces al observar ciertas prácticas bajo este prisma se puede considerar que estas “costumbres” indígenas afectan ciertos derechos fundamentales individuales, llegando a poner sobre la mesa temas como la protección de los derechos del niño e incluso el feminismo. Es aquí donde surge la interrogante acerca de qué tan universales son esos derechos, pues parece ser, a simple vista, que están diseñados desde la cosmovisión de una cultura jurídica dominante que no se encuentra familiarizada con otras formas de solución de conflictos no institucionalizadas, pero igualmente efectivas.

Resulta necesario analizar cómo se ha llegado hasta este punto, desde una primera fase del proceso de positivización, hasta la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas (DDPI)²⁷ que es la culminación del reconocimiento de estándares

²⁵JULIO-ESTRADA A., RIVERA J., TORBISCO, N., & YRIGOYEN, R., "Simposio: *Pluralismo Jurídico y Derechos Humanos*". Anuario de Derechos Humanos, 2013, p. 62-85.

<https://anuariodh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/27030>. [Se consultó el 15 mayo de 2018]

²⁷ Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Derechos Humanos.

mínimos para la supervivencia, dignidad, bienestar y derechos de los pueblos indígenas en el mundo, consagrando en especial su derecho a la libre determinación tanto social como jurídica.

1. Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)

En materia de multiculturalidad, existen dos dimensiones que merecen análisis a la luz de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Una de ellas es la consideración que debe hacerse de tales derechos respecto de cada indígena, en cuanto persona individual y la segunda dimensión, relativa a los derechos de los pueblos indígenas como comunidad. El Derecho Internacional, en su conjunto, ha mostrado un interés progresivo en proteger y aumentar el ámbito de lo tutelado, incluso con la creación de mecanismos judiciales que permitan otorgar más y mejores garantías a estos pueblos.

En lo que respecta al objeto de nuestro análisis, el Derecho Internacional, sus tratados, convenios, y en especial la Declaración Universal de Derechos Humanos, ha sido configurada y reconocida como el estándar que limita originalmente a los Estados, pero, que también restringe el ejercicio de manifestaciones culturales de las comunidades, erigiéndose como el margen predilecto para definir qué es lo que se acepta dentro de las prácticas del ejercicio del pluralismo jurídico y que no. Así, podemos concluir que los derechos humanos se han instaurado como la infranqueable frontera que coarta la acción de los Estados, como también el margen que delimita el poder de las comunidades indígenas.

La expresión “derechos humanos universales” confronta a la expresión “derechos de los pueblos indígenas”, en vista de que el primero implica el “*universalismo individual abstracto*” y por el otro lado, los pueblos indígenas un “*particularismo*”

*colectivo concreto*²⁸. La proclamación moderna de los derechos humanos se remite al iusnaturalismo en donde se concibe la naturaleza humana marcadamente diferente, por lo que el trasfondo hace referencia a aquellos que poseímos todos los humanos por el mero hecho de ser humanos, al margen de las características que nos singularizan y diferencian.

Por otro lado, el pueblo indígena se dirige a reivindicar sus derechos, no en su calidad abstracta de humanos, sino en su calidad *concreta* de indígenas, a la que se le deben asignar derechos específicos.

Ahora bien, en esa línea, respecto a la universalidad de los derechos fundamentales, autores como Victor Saavedra²⁹ y Bonaventura de Sousa se han interrogado si es una cuestión exclusiva de la cultura occidental, si es un producto cultural o puede explicarse desde una cultura global. Concluye que la concepción de los derechos universales descansa bajo la protección del paradigma liberal occidental: la naturaleza humana, la dignidad irreductible del hombre que debe ser defendida contra la sociedad y el Estado y la libertad del individuo, que rechaza cualquier forma jerárquica de organización social³⁰.

2. Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Convenio N° 169 OIT (1989)

El Convenio N° 169 de la OIT obedece a la intención de crear un instrumento internacional que se adecúe a los requerimientos de los pueblos indígenas y tribales para el respeto de su identidad, lengua y costumbres por parte de los Estados en que habitan, pues se encuentran en una situación desmejorada en comparación al resto de la sociedad

²⁸ ETXEBERRIA, Xavier, “*La tradición de los derechos humanos y los pueblos indígenas: una interpelación mutua*”, Pueblos indígenas y derechos humanos. Universidad de Deusto. Bilbao. 2006, p. 63.

²⁹ SAAVEDRA, Victor, “*¿Son los Derechos Humanos universales?*”. <https://www.fibgar.org/upload/publicaciones/7/es/-son-los-derechos-humanos-universales--introduccion-a-los-debates-sobre-la-universalidad.pdf>. [Se consultó el 16 de noviembre de 2018]

³⁰ DE SOUSA, *op. cit.*, p. 53.

al momento de ejercer materialmente estos derechos. La importancia de este instrumento radica en que es una manifestación de buena voluntad, al considerar el aporte de estas comunidades a la diversidad cultural mediante un convenio que impuso a los Estados que lo suscribieron la obligación de “desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad” (artículo 2, Convenio 169 OIT).³¹

El Convenio ha fomentado la valoración de los pueblos indígenas y el pluralismo, esto en cuanto a que es el primer instrumento que hace mención expresa al reconocimiento de sus instituciones, junto con sus formas de administrar justicia, siempre con la expresa salvedad de que tales costumbres se encuentren en concordancia con los derechos fundamentales y el derecho interno del país en donde se encuentren. Es así como su artículo más destacado en cuanto al respeto a las prácticas jurídicas culturales es el artículo 9, el que señala:

“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”³².

Este artículo otorga el margen dentro del cual pueden tener autonomía los pueblos originarios para su administración de justicia, pues se restringe su desarrollo a medidas que armonicen con las legislaciones internas y con los Derechos Humanos, por

³¹ Organización Internacional del Trabajo, Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. (Convenio N° 169)
https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312314. [Se consultó el 15 mayo de 2018]

³² Convenio N° 169 de la OIT en su artículo 9.

lo que se configura así un modelo de “ciudadanía diferenciada”³³, en donde se reflejan por un lado los derechos individuales derivados de su condición general de ciudadanos (y como humanos de manera más genérica) y, por otro lado, derechos derivados de su pertenencia a grupos identitarios diferenciados. Reconocer esta doble pertenencia, afecta la atribución, interpretación y ejercicio de los derechos, cuyas asimetrías sólo pueden ser comprendidas a través del pluralismo jurídico.

En su aplicación al contexto americano, en donde ha tenido una mayor recepción, el rango que se le ha otorgado ha sido tan diverso como su invocación; es así como jurisprudencialmente encontramos que el Convenio ha sido utilizado en diversos tipos de acciones, desde inconstitucionalidad, amparo, controversias de poderes, materia contencioso- administrativa, derecho de propiedad, acciones penales, entre otras.

3. Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas (2007)

La Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas data del año 2007 y fue aprobada por más de 140 países quienes estuvieron a favor de este instrumento, el que destaca por su preocupación por la discriminación, condenando todas aquellas prácticas y manifestaciones de superioridad de pueblos o individuos fundados en razones étnicas, culturales, religiosas o raciales.

Existe en su preámbulo, además, un expreso reconocimiento a las injusticias a las que se ven sometidas históricamente las minorías fruto de la colonización y la imposición de la cultura occidental dominante; *“Preocupada por el hecho de que los pueblos indígenas han sufrido injusticias históricas como resultado, entre otras cosas, de la colonización y de haber sido desposeídos de sus tierras, territorios y recursos, lo que les ha impedido ejercer, en particular, su derecho al desarrollo de conformidad con sus propias necesidades e intereses”*.

³³ MARION, Iris, "Polity and Group Difference: A Critique of the Ideal of Universal". http://homepage.univie.ac.at/herbert.preiss/files/Young_Polity_and_Group_Difference_A_Critique_of_the_Ideal_of_Universal_Citizenship.pdf. [Se consultó el 15 mayo de 2018]

Cuestiona la herencia colonial y republicana de la exclusión de las naciones originarias y afrodescendientes, y define al Estado como un pacto en tales naciones, esto es, como un Estado plurinacional que reconoce nuevos derechos para los indígenas y nuevos derechos aportados por las culturas indígenas³⁴.

Ha tenido un fuerte impacto legislativo en los Estados adherentes, especialmente en el ámbito latinoamericano, en cuanto a las posturas de reconocimiento que han adoptado de sus raíces indígenas, para así erigirse frente al mundo como países que se autodenominan como plurinacionales. Tales como los ejemplos de Perú, Bolivia, Ecuador, Colombia y México.

³⁴ YRIGROYEN, Raquel, “*El Horizonte del Constitucionalismo Pluralista*”. [http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/4939_4_ryf_constitucionalismo_pluralista_2010 \[1\].pdf](http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/4939_4_ryf_constitucionalismo_pluralista_2010%20[1].pdf). [Se consultó el 18 mayo de 2018]

IV. LA REGULACIÓN DEL PLURALISMO JURÍDICO EN EL DERECHO COMPARADO

La sociedad actual nos hace cuestionarnos cuál es el límite a la imposición de la cultura dominante a nivel mundial cuando esta se encuentra en colisión con las creencias y costumbres de cada comunidad y, viceversa, cuando estas prácticas, muchas veces ancestrales, chocan abiertamente con lo que se ha reconocido como el Derecho Universal.

Es en torno a las religiones y su ejercicio que se advierten conflictos en cuanto a sus tradiciones, principalmente respecto al judaísmo, cristianismo e islamismo surgen las críticas más comunes; *“Estas religiones han olvidado, con frecuencia, su necesaria adaptación respetuosa a las distintas culturas, han impuesto la expresión de su fe versus el idioma cultural de cada pueblo, es decir, han priorizado, incluso con las armas, su peculiar religión contra la autóctona, lo que merece calificarse como colonialismo sacro, que aboca fácilmente en xenofobia.”*³⁵

Resulta ejemplificador mencionar el reciente caso de la Christian Domestic Discipline³⁶ (movimiento fundamentalista cristiano estadounidense), el cual publica en Estados Unidos en el año 2013, un controvertido manual que enseña cómo golpear a las mujeres por parte de sus esposos para castigar sus comportamientos. A raíz de estos hechos cabe preguntarnos: ¿Están las costumbres religiosas por sobre los derechos fundamentales de la mujer? o más genéricamente ¿están estas prácticas por sobre los derechos asegurados en cada Constitución a los individuos? ¿Puede el ordenamiento jurídico validar tales prácticas por considerarlas parte de las manifestaciones culturales

³⁵ Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, N°7. *“Reflexiones criminológicas sobre inmigrantes y refugiados – EHU”*
<https://www.ehu.eus/documents/1736829/2169491/16+Reflexiones+criminologicas+sobre+inmigrantes+y+refugiados.pdf>. [Se consulto el 13 de junio de 2018]

³⁶Noticia que puede ser consultada en línea en: <http://www.que.es/ultimas-noticias/internacionales/201306281302-movimiento-disciplina-domestica-cristiana-publica-cont.html>

de la comunidad cristiana? Tales interrogantes intentarán ser respondidas con un análisis del tratamiento del pluralismo jurídico en el derecho comparado.

1. La regulación del pluralismo jurídico en el Derecho Europeo

En el viejo continente el debate ya está instalado alrededor del multiculturalismo, con voces a favor y en contra. El mundo globalizado ha llevado a que los Estados deban tomar cartas en el asunto para normar los problemas que se han suscitado fruto del intercambio cultural. En el panorama europeo, las principales dificultades se han presentado a raíz de los movimientos migratorios, los que en su mayoría están motivados por la prometedora estabilidad que demuestra la Unión Europea.

Estos flujos migratorios han llevado a que naciones como Alemania proclamen abiertamente el fracaso del modelo de diversidad cultural, fundados en consideraciones de diversa índole, tales como la afectación de su nivel educativo o la deformación de su idioma. Tales argumentos parecen obedecer a la idea de que existe sólo una cultura dentro de la nación, sin reconocer que la cultura es dinámica y, por ende, va modificándose de acuerdo con las influencias que recibe tanto sociales, culturales, religiosas e idiomáticas.

Siguiendo una corriente que ha tomado fuerza en Europa en relación al estudio de los efectos del multiculturalismo, reproduciremos la opinión de la revista Prisma Social referido al contexto de la ciudad de Londres y sus minorías étnicas *“En el presente, aunque hay desacuerdos sobre qué viene tras el multiculturalismo, parece haber cierto consenso entre académicos, periodistas y políticos de que nos encontramos en un mundo pos-multicultural, en el que se evita la referencia al multiculturalismo, haciendo referencia a “diversidad”, como la celebración de la diversidad o variedad cultural, animando a los ciudadanos a aceptar la variedad de costumbres ,tradiciones ,comidas ,músicas ,ropas ,etc. que existen en la sociedad diversa o multiétnica. Unas celebraciones que evitan lo que puede ser conflictivo de las etnias a las que se refiere, y*

que pueden ser disfrutadas por la sociedad en general, y sin ninguna responsabilidad social o política por parte de los gobiernos.”³⁷

En la misma línea argumentativa se encuentran las palabras de Harms “En Europa, el sistema multicultural al parecer ha terminado. Aquellos Estados que habían hecho de las políticas multiculturales el instrumento para favorecer la igualdad de oportunidades van haciendo balance de lo logrado. Empiezan a considerar que este fin solo puede lograrse mediante una estricta igualdad ante la ley, indiferente a las particularidades culturales de los ciudadanos.”³⁸

Analizaremos cómo se ha suscitado esta tensión entre los derechos individuales que aseguran las Constituciones, sobre todo en países del “primer mundo”, y la inmigración que fracciona la unidad propia de cada país.

1.1 Alemania

La diversidad étnica y cultural alemana ha generado conflictos en cuanto al tratamiento que sus instituciones otorgan a los inmigrantes que llegan al país. En Alemania existen al menos 160 comunidades religiosas, lo que constituye una dificultad al momento de tener un tratamiento uniforme de todas ellas.

Constitucionalmente cuenta con varios artículos que consagran libertades y prohibiciones de discriminación dentro de su territorio:

“Artículo 2 [Libertad de acción y de la persona]: Toda persona tiene el derecho al libre desarrollo de su personalidad siempre que no viole los derechos de otros ni atente contra el orden constitucional o la ley moral.

³⁷BLAY, R., ANTON-CARRILLO, E., “Londres como ciudad multicultural y sus políticas de apoyo a minorías étnicas: El caso de la comunidad iberoamericana”, <http://revistaprismasocial.es/article/view/1751>. [Se consultó el 25 de agosto de 2018]

³⁸ HARMS, Federico. “El fin del multiculturalismo en Europa: Los casos de los Países Bajos y el Reino Unido” <http://dspace.palermo.edu/dspace/bitstream/handle/10226/1170/Federico%20Harms.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. [Se consultó el 25 de agosto de 2018]

Artículo 3 [Igualdad ante la ley]: Todas las personas son iguales ante la ley. El hombre y la mujer gozan de los mismos derechos. El Estado promoverá la realización efectiva de la igualdad de derechos de las mujeres y los hombres e impulsará la eliminación de las desventajas existentes.

Nadie podrá ser perjudicado ni favorecido a causa de su sexo, su ascendencia, su raza, su idioma, su patria y su origen, sus creencias y sus concepciones religiosas o políticas.

Nadie podrá ser perjudicado a causa de un impedimento físico o psíquico.

Artículo 4 [Libertad de creencia, de conciencia y de confesión]: La libertad de creencia y de conciencia y la libertad de confesión religiosa e ideológica son inviolables.

*Se garantiza el libre ejercicio del culto”.*⁴⁰

Sin embargo, existe un caso paradigmático en el año 1998 que pone en jaque sus políticas respecto al respeto de las manifestaciones de otra cultura.

A Fereshta Ludin, profesora alemana de origen afgano, se le denegó la integración al cuerpo de docentes de una escuela pese a cumplir con todos los requisitos y contar con altas calificaciones. La justificación de este rechazo fue que Fereshta respaldaba una religión determinada por usar velo, lo cual no concordaba con las políticas neutrales religiosas alemanas.

La demandante argumentó que el uso de su velo no tenía ninguna connotación política, sino que más bien correspondía a un elemento básico de su religión. Finalmente, y tras 5 años, el Tribunal Constitucional de Karlsruhe falló a favor de la profesora asumiendo que no existe ninguna disposición que le impidiera usar su velo.

No obstante, el rechazo a esta decisión no se hizo esperar y en el año 2004, el Parlamento regional de Baden-Württemberg, aprobó una ley que prohibía el uso de

⁴⁰ *Ley Fundamental de la República Federal de Alemania.* <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>_[Se consulto el 28 de junio de 2018]

pañuelo musulmán en las escuelas, pero no prohibía los símbolos judíos y cristianos, ya que se consideró que estas religiones si comulgan con los valores alemanes y principios constitucionales.

Ahora bien, el panorama actual alemán del sur del país nos muestra que se prohíbe taxativamente el uso del velo islámico en las escuelas pero se busca cualquier resquicio legal que permita la utilización y presencia de cruces en las aulas.

En otras latitudes del país el panorama es distinto, existiendo estados como Berlín, en donde se prohíben todos los signos religiosos en las escuelas, sin excepción, al igual que el Estado de Schleswig-Holstein.

Este fallo y sus repercusiones posteriores dan un atisbo de cómo concibe la sociedad alemana el multiculturalismo del que es parte el país, la misma diversidad de opiniones respecto a un tema que originó que cada Estado terminará teniendo que legislar respecto al uso y manifestación de un credo en un espacio público.

Sin embargo, en este caso destaca el ejercicio del pluralismo jurídico en cuanto cada zona tiene la autonomía para decidir cómo abordar esta situación. Es así como no existe una imposición vertical de la norma prohibitiva, sino que se permite que finalmente sea cada comunidad la que decida cómo legislar en cuanto al tema, lo que sin duda obedece a las influencias y características propias de cada comunidad.

Dentro del panorama alemán, son los municipios quienes tienen contacto directo con la masa migrante que llega al país, pero, sin embargo, dada su limitada influencia a nivel nacional, sus políticas carecen de peso para ser adoptadas a en todo el territorio.

En un comienzo, frente a la ausencia de políticas migratorias, los extranjeros fueron considerados netamente como mano de obra transitoria, y luego su llegada masiva hizo necesaria la implementación de políticas regulatorias. Con el paso de los años, la llegada de población migrante cambió de connotación y se transformó en un problema para la sociedad alemana: *“Segregación y discriminación, las disparidades sociales y los problemas estructurales de sustento en la totalidad de las facetas de la vida y de socialización de los extranjeros son factores que nadie puede negar en la sociedad alemana. La precaria situación económica de los municipios y los*

consiguientes planes de ahorro, juntamente con el estado xenofóbico extendido en el país, solamente sirven para desviar la realidad de los extranjeros en el país, los cuales siguen siendo vistos como una masa económica y que, en el mejor de los casos, son tratados en igualdad dentro de un contexto de minimización de los costos sociales” ⁴¹

Reafirmando lo anterior, existe por parte de las autoridades alemanas un evidente rechazo al fenómeno migratorio que experimenta su nación: *“La política alemana de inmigración está siendo debatida hoy más que nunca y podríamos pensar que mira de reojo al modelo francés, con declaraciones como las del ex canciller Gerhard Schroeder, que, tras los atentados de Londres, instó a los musulmanes a aprender alemán y a reconocer las leyes y principios democráticos del país. Otros socialdemócratas han expresado su preocupación sobre sociedades paralelas. La canciller Angela Merkel, y el ex canciller socialdemócrata Helmut Schmidt han declarado que la sociedad multicultural ha fracasado.”*⁴²

1.2 Bélgica

El Estado belga está organizado políticamente bajo un modelo federal compuesto por regiones y comunidades. Su ordenamiento jurídico es plural, existiendo diferentes fuentes de derecho y varias autoridades con competencia para promulgar normas legales. Las principales dificultades que ha enfrentado la Constitución belga debido a la diversidad de comunidades que conviven dentro de su territorio, cada una con su propia lengua, costumbres y normatividad, han sido conciliar pacíficamente sus intereses. Por un lado, encontramos la comunidad neerlandófono (flamenca), la comunidad francófono (Valona) y la comunidad germanófono. ⁴³

⁴¹ *“Políticas municipales de extranjería y multiculturalidad”* . <https://ddd.uab.cat/record/52564>. [Se consulto el 28 de junio de 2018]

⁴² *“Inmigración y Modelos de Integración”*. <http://www.ruct.uva.es/pdf/Revista%207/7106.pdf> . [Se consulto el 28 de junio de 2018]

⁴³ La Constitución belga señala: “Artículo 2: Bélgica comprende tres comunidades: la Comunidad francesa, la Comunidad flamenca y la Comunidad de habla alemana.

A modo ilustrativo nos remitimos al primer caso de la justicia belga en donde queda en evidencia la dificultad de la convivencia dentro del mismo territorio nacional de diversas comunidades, inspirando todas las reformas posteriores en materia idiomática, tema de vital importancia en un país donde conviven varios dialectos.

Este caso data de 1873 y trata de un error judicial cometido por un tribunal de Valonia, el cual sentencia a pena de muerte a dos ciudadanos flamencos acusados de homicidio, los cuales fueron juzgados y condenados en un idioma que no entendían y sin un intérprete. Tanto este caso, como algunos posteriores y de similares características, dan cuenta de la problemática que tuvo que enfrentar el Estado Belga al contar con instituciones que estuvieran orientadas a la satisfacción de las necesidades de sólo una parte de la población, la cual compartía el mismo idioma y también privilegios de clase educacionales y políticos.

Cabe destacar, sin embargo, que con el paso de los años la Constitución de este país fue modificada, caracterizándose por albergar en su seno a cuatro regiones lingüísticas: la región de lengua francesa, la región de lengua holandesa, la región bilingüe de Bruselas-Capital y la región de lengua alemana.⁴⁵

Esto evidencia que la mirada belga ha sido inclusiva con la diversidad cultural que compone su país, ya sea reconociendo como oficiales diversos idiomas, como otorgando autonomía a las comunidades para que estas mismas puedan ejercer su poder normativo dentro de sus territorios, siempre respetando el margen general que otorga su Constitución.

Artículo 3: Bélgica comprende tres regiones: la Región valona, la Región flamenca y la Región de Bruselas.

Artículo 4: Bélgica comprende cuatro regiones lingüísticas: la región de lengua francesa, la región de lengua holandesa, la región bilingüe de Bruselas - Capital y la región de lengua alemana.

⁴⁵ Artículo N° 4. 66. *La nueva Constitución belga.*
<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1057149.pdf>. [Se consulto el 28 de junio de 2018]

1.3 España

En el caso español, nuestro análisis estará enfocado en la populosa cantidad de inmigrantes que han llegado al país de diversas nacionalidades y culturas. Este hecho ha generado dificultades, complejizando el sistema jurídico e inevitablemente creando una especie de pluralismo jurídico en la comunidad.

La situación anterior impulsó a España a ratificar numerosos Convenios Internacionales, tales como la Convención Internacional sobre la “Eliminación de todas las formas de discriminación racial”, el “Convenio Marco para la protección de la Minorías Nacionales”, la Convención sobre la “Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”, entre otros.

Para objeto de nuestro análisis reproduciremos algunos preceptos constitucionales a continuación:

“Artículo 10 [Derechos de la persona]: La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

Artículo 13 [Derechos de los Extranjeros]: Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley.

Artículo 16 [Libertad ideológica y religiosa]: Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación,

*en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.*⁴⁷

Uno de los casos que plantea mayor controversia respecto al choque entre el respeto a los derechos humanos fundamentales y el reconocimiento a las costumbres propias de las comunidades asentadas en su territorio, es la práctica de la mutilación genital femenina, la cual constituye una costumbre vigente en más de 20 países en todo el mundo y ha sido enormemente cuestionada por la comunidad internacional.

En España ha cobrado tal importancia este tema, que incluso ha llevado a la consideración de esta práctica como un delito autónomo dentro de su código penal, además de impulsar a los tribunales a extender su competencia para conocer de tales mutilaciones de manera extraterritorial. El caso más connotado al respecto es uno en el cual se condena a una mujer inmigrante de Senegal por autoría del delito de mutilación genital que sufrió su hija en su país de origen.⁴⁸ La defensa de los padres en este caso es que se trataba de una práctica propia de su cultura y tradición, por lo que la madre recibió una pena rebajada en dos años de prisión, amparada en un error vencible de prohibición. El criterio de los tribunales españoles al respecto es el respeto inflexible de los tratados de derechos humanos vigentes, sin aceptar como justificaciones válidas la profesión de creencias religiosas o la procedencia de culturas distintas.

Sin embargo, es un claro ejemplo de un pluralismo jurídico que podemos denominar “social”, en donde la migración ha provocado una mezcla de culturas. A pesar de que a nivel constitucional español se prohíban dichas prácticas, siguen existiendo estas asimetrías culturales, en donde los derechos individuales colisionan con los comunitarios, ya que bajo su cultura no se está realizando ningún delito, sino un acto necesario en relación con su estatus o condición dentro de su comunidad.

⁴⁷ *Constitución Española*, 1978. http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/constitucion.html. [Se consultó el 28 de junio de 2018]

⁴⁸ Caso radicado en la Audiencia Nacional el 4 de abril de 2013 (Sala de lo penal, sección 4º) (roj: san 1323/2013) en línea [<http://www.prontuario.org/stfls/poderjudicial/jurisprudencia/fichero/20130404%20an%20penal%20rec%2013.2011.pdf>]

La doctrina española frente al multiculturalismo manifiesta: *“Una sociedad totalmente homogénea o unívoca en clave identitaria o cultural es seguramente incompatible con la idea de democracia y con el respeto a los derechos fundamentales de sus integrantes.”*⁵⁰ El mismo autor, contextualiza el panorama europeo respecto a su concepción de derechos humanos en relación con la construcción de la identidad europea y los movimientos de población: *“Este proceso histórico ha estado acompañado de lo que podemos denominar la “nacionalización” de los derechos humanos. Éstos han sido incorporados y protegidos a través de cada ordenamiento jurídico nacional-estatal y ello quiere decir que han sido “filtrados” a través de las identidades o elementos culturales dominantes o mayoritarias en el seno de cada comunidad política. Por ello, el mayor reto de la Política hoy en día en sociedades democráticas es precisamente el de la gestión de la diversidad, dada su íntima relación con el efectivo respeto a los derechos que sirven de base de legitimación a cualquier sistema democrático. Los Estados y sus ordenamientos deben pluralizarse de manera que los derechos humanos puedan ser disfrutados por todos sus ciudadanos a través de las propias identidades de éstos y no a pesar de ellas, aunque estén en posición minoritaria. El reconocimiento y disfrute de los derechos humanos no puede ser ciego a las diferencias que las personas llevan consigo y por ello campos como el derecho antidiscriminatorio o el derecho de las minorías están alumbrando avances considerables en los últimos tiempos. En definitiva, el Derecho, al igual que el Estado, debe experimentar un proceso de desidentificación y abrirse al servicio de sociedades cada vez más plurales y cambiantes en sus pertenencias.”*⁵¹ El punto central de este tema es que para la construcción de sociedades más armónicas es profundamente necesario que los ordenamientos jurídicos cobijen al mayor número de identidades

⁵⁰ España y el Convenio Marco para la Protección de las Minorías.

https://www.researchgate.net/publication/270888655_Espana_y_el_Convenio_Marco_para_la_Proteccion_de_las_Minorias_Nacionales_una_reflexion_critica. [Se consultó el 27 de junio de 2018]

⁵¹ RUIZ, Eduardo, “España y el Convenio Marco para la protección de las minorías nacionales: una reflexión crítica”. <http://www.revista-redi.es/es/articulos/espana-y-el-convenio-marco-para-la-proteccion-de-las-minorias-nacionales-una-reflexion-critica/>. [Se consultó el 23 de mayo de 2018]

considerando que los movimientos migratorios generan nuevos problemas y necesidades dentro de la sociedad.

En cuanto al fenómeno de la migración la doctrina española enuncia “*la calidad de una democracia se mide por la consideración que ésta tenga de sus minorías. Es decir, por su capacidad de gestionar democráticamente su diversidad interna en el respeto de la pluralidad de religiones y creencias de toda su ciudadanía*”.⁵²

1.4 Holanda

La Constitución holandesa⁵³ no hace referencia a la consagración del multiculturalismo dentro de sus preceptos y no reconoce otras formas de administrar justicia más que las que establecen sus leyes, sin perjuicio de que contemplan un modo organizativo que otorga autonomía local a sus provincias y municipios.⁵⁴

Un caso de análisis en este país se da respecto a Alida Fränklin-Beentjes y Ceflu-Luz da Floresta (Holanda, de 6 de mayo de 2014), en donde Alida es una ciudadana holandesa que forma parte del equipo directivo de esta asociación religiosa. Dentro de las prácticas profesadas por esta comunidad, reconocida por el derecho holandés al contar con personalidad jurídica, se encontraban rituales practicados por un centro ecléctico en la Región del Amazonas de Brasil. La finalidad de esta asociación como

⁵² LINAN GARCIA, Ángeles, “*Aspectos Controvertidos De La Libertad Religiosa*” https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S071852002017000200331&lng=es&nrm=is o&tlng=es. [Se consultó el 27 de junio de 2018]

⁵³ “*Constitución del reino de los Países Bajos de 1983*”, <http://www.ces.es/TRESMED/docum/hol-cttn-esp.pdf>. [Se consultó el 23 de mayo de 2018]

⁵⁴ Así, su constitución señala:

“Artículo 1: Todos los que se encuentran en los Países Bajos serán, en casos iguales, tratados de igual manera. No se permitirá discriminación alguna por razón de religión, creencias, ideología, convicción política, raza, sexo o cualquier otra consideración.

Artículo 6: Todos tienen derecho a profesar libremente su religión, creencias o ideología, individualmente o en comunidad con otros, salvo la responsabilidad de cada uno conforme a la ley.

Para el ejercicio de este derecho fuera de edificios y lugares cerrados, la ley podrá establecer normas en protección de la salud, en el interés de la circulación o para combatir o prevenir desórdenes.

Artículo 9: Se reconoce el derecho de reunión y de manifestación, salvo la responsabilidad de cada uno conforme a la ley.

La ley podrá establecer normas en protección de la salud, en el interés de la circulación y para combatir o prevenir desórdenes.”

rezan sus estatutos era “la investigación, el estudio y la práctica de enseñanzas del Santo Daime e incitar con sus trabajos y rituales su chispa divina en vista a su integración con lo divino”. Para llevar a cabo estos objetivos, realizaban rituales que consistían en tomar un té o una infusión durante los servicios religiosos, los cuales contenían ayahuasca y que eran elaborados también en base a rituales con plantas únicas en el Amazonas.

La composición de la ayahuasca contiene DMT (dimetiltripamina), la cual provoca efectos alucinógenos. La policía en un registro de la casa de Alida le confiscó bidones con ayahuasca y se le condenó por posesión de drogas ilegales. La mujer argumentó que la ayahuasca era el sacramento mayor de su iglesia, tal como puede ser considerado el vino en otras religiones.

La resolución del caso implicó que la sustancia no fuera devuelta a la señora Alida como ella solicitaba; obtuvo respuestas negativas en el ordenamiento interno de su país basándose en argumentos de protección a la salud pública por el consumo de esta infusión. Sin embargo, en este punto, la jurisprudencia holandesa no ha sido uniforme en casos de las mismas características, pues al menos existen tres ocasiones previas en las que se ha reconocido que debe prevalecer el consumo ritual de esta sustancia por sobre la aplicación de la ley de drogas, ya que no se trata de una situación que sea una amenaza para la salud pública pues tampoco cuenta dentro de sus objetivos el ser distribuida de manera libre e indiscriminada.

Esta situación lleva a las demandantes, una vez agotada la vía interna a acudir ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), el cual confirma los criterios de los tribunales holandeses y añade que el control de drogas es un reflejo de las normas internacionales y, por lo tanto, el consumo de este brebaje y su posesión sólo debe ser reservado a instancias científicas.

Este caso es una manifestación de la imposición de una cultura dominante por sobre otra, es una muestra de cómo el Estado tiene el monopolio para decidir cuáles prácticas son ajustadas a derecho basándose en los estándares establecidos por el Derecho Internacionales interesante de analizar, pues constituye una clara manifestación del monismo jurídico en su dimensión normativa, ya que se restringe una práctica por

ser considerada incompatible con los valores imperantes dentro de la comunidad. Además, jurídicamente se está utilizando una norma de carácter legal para justificar la afectación a la libertad religiosa, la cual constituye un derecho fundamental.

Desde otra perspectiva, el multiculturalismo en Holanda también ha sido cuestionado en relación a los conflictos que se han producido debido a la inmigración. Un hecho histórico que marcó un antes y un después, fue el asesinato de Theo Van Gogh, en noviembre del año 2004, quien era un cineasta conocido por ser un férreo crítico del Islam. Este suceso desencadenó aún más enemistad de la ya existente entre ciudadanos holandeses y extranjeros, detonando incluso quemas a iglesias y mezquitas. Finalmente el gobierno optó por prohibir el uso del burka en espacios públicos en Noviembre del año 2006, lo que finalmente fue modificado y endurecido, prohibiendo el burka en todos los espacios abiertos y de libre acceso, tales como el transporte público y las escuelas.

Harms comenta la situación actual de Holanda en los siguientes términos: “En último lugar, se puede decir que el fin del multiculturalismo puede entenderse de dos formas: por un lado, que fracasó por culpa de aquellas minorías inmigrantes que no aceptaron integrarse. Por el otro lado, se plantea que tal vez el multiculturalismo, sin quererlo, ha alentado una profunda segregación social y el aislamiento de los musulmanes”⁵⁶

Lo anterior constituye una radiografía al panorama general actual europeo, en donde se habla del fracaso del modelo multicultural fundado en las dificultades que plantea el reconocer e integrar a ciudadanos que abrazan una cultura y tradiciones distintas. Los esfuerzos por construir sociedades inclusivas han generado discursos de odio y xenofobia extremos, los cuales se terminan plasmando en modelos legislativos cada vez menos flexibles ante la diversidad.

⁵⁶ HARMS, Federico, op. cit, p. 32.

1.5 Reino Unido

Pese a la ausencia de una Constitución que consagra explícitamente los derechos de sus ciudadanos, Reino Unido cuenta con la aprobación de la Human Rights Act, la cual incorpora el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

En el ámbito educativo un caso reciente que pone sobre la mesa el tema del multiculturalismo en este país se da en el año 2005 cuando a la estudiante Lydia Playfoot, miembro del Movimiento-Evangélico-americano “Silver Ring Thing”, es separada del resto de sus compañeros por considerar que el uso de su anillo como símbolo de su castidad prematrimonial no se ajusta a las normas de vestimenta de la escuela, mientras que ella considera que es un elemento propio de su religión.

A este caso lo preceden varios en la misma línea, por citar un ejemplo, en el año 2002 Shabina Begum, es una estudiante musulmana expulsada de su escuela por asistir a clases con velo, quien agota todas las instancias judiciales internas hasta llegar a la cámara de los Lores, la cual finalmente dictamina que no fueron afectados sus Derechos Fundamentales.

Las múltiples controversias respecto a las manifestaciones culturales en los espacios públicos y especialmente en las escuelas determinaron que el Gobierno tomara cartas en el asunto para dar potestades a las escuelas para que cada una pueda decidir sobre el uso del velo.

En una nación que se caracteriza por la alta presencia migrante, resulta de vital importancia que existan mecanismos adecuados para abordar el multiculturalismo que plantea la diversidad de creencias y costumbres que finalmente comparten el mismo territorio. La respuesta de la institucionalidad es la siguiente *“Se presume que los integrantes de cada comunidad etnocultural quieren mantener su identidad cultural y religiosa, lo que se incentiva fundando escuelas (a las que se permite dictar sus propias normas sobre el vestido, la comida, etc.), iglesias, asociaciones y grupos de interés, para relacionarse socialmente con personas de su mismo grupo. El estado no establece normas y dogmas cerrados acerca de cómo debe hacerse la integración de los*

*inmigrantes, sino que se limita a establecer un marco mínimo de derechos y obligaciones de éstos, para que puedan participar en el modo de vida británico, y a mediar en los conflictos entre los colectivos migrantes entre sí o con los autóctonos británicos”*⁵⁷. De este modo, la integración de los migrantes en el contexto británico es un fenómeno que se ha “privatizado”, pues finalmente no existe un modelo universal de igualdad que sea abordado como política pública, quedando a disposición de cada entidad cuál será la postura que adoptarán.

2. La regulación del pluralismo jurídico en el Derecho Iberoamericano

América destaca por el masivo reconocimiento del pluralismo jurídico por parte de Bolivia, Perú, Ecuador, Colombia y México, quienes se acogen al convenio 169 de la OIT y modifican sus legislaciones para dar cabida y reconocimiento, muchas veces de rango Constitucional a las formas de administrar justicia de sus comunidades indígenas. Del mismo modo, todos estos países anteriormente enunciados coinciden en que el límite a tales costumbres son los Derechos Humanos contenidos en instrumentos internacionales y sus legislaciones internas.

La positivización de los derechos de los pueblos indígenas es una tendencia que ha avanzado principalmente entre los países andinos, destacando los ejemplos boliviano, peruano y ecuatoriano, tomando fuerza debido a la gran presencia de población que se reconoce partícipe o descendiente de alguna etnia originaria. Es una ardua lucha por la sobrevivencia de sus raíces que se ha librado desde la llegada de los españoles y que recién desde este siglo ha encontrado eco en las nuevas Constituciones que buscan su reivindicación.

Para evitar confusiones y delimitar el rango de lo que, para objeto de nuestro análisis, será considerado como pueblo indígena, seguiremos las directrices que nos entrega el Convenio 169 de la OIT, considerando como tal a aquel que comparta un

⁵⁷ *Inmigración y Modelos de Integración*. <http://www.ruct.uva.es/pdf/Revista%207/7106.pdf> . [Se consultó el 28 de junio de 2018]

elemento histórico, cultural y de diferenciación psicosocial⁵⁸. Siguiendo a Wray “*Se ha observado con anterioridad que, en esta elaboración conceptual, lo puramente étnico ocupa un lugar secundario en la identificación, la cual se ha construido sobre factores relativos a las relaciones de convivencia social y a las muestras de identidad cultural. Lo que importa es la forma actual de vida. Si ésta se desarrolla en un entorno cuyas características pueden remontar sus raíces históricas a los pueblos que habitaban esas tierras antes de la conquista, entonces se está ante un pueblo indígena. Por contraposición, puede haber grupos humanos étnicamente idénticos a los anteriores, pero cuya forma actual de vida y cuyo entorno social y cultural no guarden relación alguna con aquella herencia histórica. Para efectos del reconocimiento de derechos colectivos, estos grupos humanos no serán considerados pueblos indígenas*”⁵⁹. Siguiendo este criterio, podemos vislumbrar que por consiguiente, el derecho indígena será de aplicación personal y de acuerdo a la calificación que se haga del sujeto como perteneciente o no de a pueblo indígena.

La doctrina americana es crítica en cuanto al tratamiento de la justicia comunitaria por parte de los Estados “*el problema del derecho en nuestro entorno no es sólo que desconozca la estructura de valores y la normatividad cultural propia de nuestra diversidad. Más allá de eso, es que es un sistema normativo que funciona acomodado con una cultura excluyente, discriminatoria y agresiva que predomina en la mayor parte del territorio americano. La ciudadanía que el Estado pregona para todos, cuando se trata de un indígena o un negro o un pobre, se desconoce en las prácticas sociales aún por los funcionarios oficiales también portadores de esa cultura. Los*

⁵⁸ Convenio 169 OIT, artículo 1:

1. El presente convenio se aplica: (...) b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. 2. La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.

⁵⁹ WRAY, Alberto. “*Justicia indígena: Sus límites constitucionales*”.

<http://revistas.usfq.edu.ec/index.php/iurisdiccion/article/view/579/893>. [Se consultó el 15 de octubre de 2018]

*derechos establecidos en la constitución se desvanecen ante los privilegios de clase y de etnia, fruto de una cultura dominante que hace aparecer como natural que haya gente con derecho y gente sin derecho.*⁶⁰ Las principales recriminaciones apuntan a que existen problemas de aplicación y reconocimiento de la diversidad cultural, partiendo incluso desde el primer contacto con la institucionalidad, por parte de los funcionarios del Estado en el trato discriminatorio que reciben aquellos que acuden a la justicia oficial. Esta es la inquietud fundamental de quienes abogan porque los derechos tengan un correlato material y no sólo en papel.

Es así como resulta imperioso remitirnos brevemente a nuestro contexto nacional, y al contraste de legislaciones con nuestras naciones vecinas. Chile, actualmente es el único país “andino”⁶¹, que aún no realiza una reforma importante en materia constitucional para incorporar el ratificado Convenio 169 de la OIT.

2.1 Argentina

Nuestro vecino trasandino a nivel constitucional recoge el principio de identidad cultural en su artículo 75, señalando:

Corresponde al Congreso:

*“Artículo 75 inc. 17: Reconocer la **preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos.***

Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano;

⁶⁰ “*Justicia Comunitaria Y Sociedad Nacional*”

<https://www.cejamericas.org/Documentos/DocumentosIDRC/135justiciacomunitariaysociedadnacional.pdf>
f. [Se consultó el 13 de junio de 2018]

⁶¹ Entendiendo por andino a aquellos países que comparten la Cordillera de los Andes.

ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos.

Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones.

Si bien no existen en la Carta Constitucional argentina remisiones expresas a la existencia de sistemas normativos ajenos al oficial, si reconocen la presencia de pueblos indígenas y su diversidad cultural.

Dado el sistema federal argentino, sus 23 provincias gozan de autonomía para dictar sus propias constituciones y leyes, sobre diversos temas, los que incluyen también los relativos a su población indígena. Evidentemente sean cual sean las políticas adoptadas por las provincias, éstas siempre deben estar supeditadas al marco jurídico que otorga la Constitución Federal.

Algunas provincias que se destacan por su reconocimiento, en instrumentos legislativos, de su población indígena son: Chaco⁶², Chubut⁶³, Formosa⁶⁴, Jujuy⁶⁵, Río Negro⁶⁶ y Salta.⁶⁷ Las principales remisiones de estas constituciones apuntan a inquietudes como el reconocimiento de su identidad y personalidad jurídica, la educación bilingüe, el reconocimiento de la propiedad sobre sus territorios y el uso de sus recursos naturales.

Un caso paradigmático para objeto de nuestro análisis es uno resuelto por el Superior Tribunal de la provincia de Salta⁶⁸, en el cual destaca principalmente el voto disidente. Se trata de la violación de una niña de nueve años, hija de la concubina de un integrante de la comunidad “Misión Wichí”.

⁶² Constitución Provincia del Chaco. Artículo 37.

⁶³ Constitución Provincia de Chubut. Artículo 34.

⁶⁴ Constitución Provincia de Formosa. Artículo 79.

⁶⁵ Constitución Provincia de Jujuy. Artículo 50.

⁶⁶ Constitución Provincia de Río Negro. Artículo 42.

⁶⁷ Constitución Provincia de Salta. Artículo 15.

⁶⁸ Superior Tribunal de la provincia de Salta, Sentencia de 29/09/2006, Expte. CJS 28.526/06-RUIZ. (Tomo 109:389/430). <http://www.justiciasalta.gov.ar/jurisprudencia-salta.php>. [Consultado el 18 de septiembre de 2018]

El tribunal opta por considerar la identidad cultural del imputado al momento de analizar la tipificación del delito, pues reconoce como costumbre indígena el iniciar relaciones sexuales tempranas. El voto disidente de la causa se basa en que los derechos derivados de la condición de indígena no son derechos constitucionales absolutos y por lo tanto no pueden pasar por sobre los derechos individuales. En palabras textuales la Dra. Garros Martínez argumentó: *“La atención debida a la diversidad cultural constituye un requisito esencial para asegurar la eficacia de las normas de protección de los derechos humanos, en los planos nacional e internacional, sin embargo, la invocación de las manifestaciones culturales no puede atentar contra los estándares universalmente reconocidos de observancia y respeto a los derechos fundamentales de la persona humana. Si bien es importante la diversidad cultural, inclusive para el reconocimiento de la universalidad de los derechos humanos, debe rechazarse con firmeza las distorsiones del llamado “Relativismo Cultural”.*⁷⁰ La autora es crítica al considerar que la no aplicación del Código Penal en este caso resulta contraproducente y discriminatoria, además de que considera que no procede la inimputabilidad, pues el victimario tiene conocimiento y contacto con la cultura occidental.

Este es un claro ejemplo de cómo un tribunal interpreta erróneamente y de manera discriminatoria lo que implica pertenecer a un pueblo indígena y cuáles son los márgenes de derechos humanos que no pueden ser vulnerados bajo ninguna justificación. El voto disidente opta por considerar que, pese a que ambas partes pertenecen a la comunidad wichí, los derechos humanos y los tratados que consagran sus garantías deben aplicarse a todos los habitantes de la nación, sin excepciones.

Otro caso paradigmático surgió en torno a un niño perteneciente a la etnia Toba, quien padecía hepatoblastoma de alto riesgo, razón por la que los médicos que lo trataban ordenaron su derivación desde la Provincia de Salta hasta la Capital Federal, donde en vista de su gravedad se decidió que fuera sometido a un trasplante. La familia se opuso argumentando que esta intervención iba en contra de las creencias de la etnia a la cual

⁷⁰ Ídem. Voto disidente Dra Garros Martínez. Causa R.J.F. 29/09/2006. Corte de Justicia de Salta. Expediente CJS 28.526/06-RUIZ. (Tomo 109:389/430).

pertenecen. ⁷¹La Corte de Justicia de Salta, a su vez, argumentó amparándose en el derecho a la vida, la salud, y el bienestar del niño, concluyendo finalmente que “las creencias del grupo étnico al que pertenecen quedan desvirtuadas por la urgencia requerida en la toma de decisiones fundamentales respecto de las posibilidades de vida del menor que no encuentran alternativas”.

En relación a este caso Rabbi.Baldí critica ciertos argumentos de la Corte en cuanto no adoptaron una visión acorde con el multiculturalismo y el respeto por las creencias étnicas a las cuales pertenece el grupo familiar “A su turno, como se vio, la Corte salteña repara que la autonomía del menor se haya condicionada, entre otras razones, por “el escaso grado de información científica del que disponen los mayores a su cargo”, lo cual, si bien podría ser cierto, en rigor, no da en el blanco, pues el motivo medular por el que los padres de aquel requieren que no se lleven a cabo las medidas curativas obedece a los criterios culturales acerca del sentido de la vida y de la muerte por ellos asumidos. De ahí que tampoco parece acertado desvirtuar tales creencias por la “urgencia” en adoptar medidas curativas en favor del menor, pues ello simplemente entraña preterir una cosmovisión por la particular perspectiva de quienes deciden el caso.”⁷²

2.2 Bolivia

La Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia se reconoce desde sus albores como una Constitución pluralista, en su dimensión política, económica, jurídica, cultural y lingüística, que acoge y reivindica la diversidad en su composición nacional. Trata en su Capítulo Cuarto la Jurisdicción Indígena Originaria Campesina, destacando tres artículos que reproduciremos a continuación:

⁷¹ ⁷¹ CJ SALTA, “*Arias, Marcos. J.*”. Sentencia del 13/07/2011, Expte.34.642/11.

http://www.sajj.gob.ar/docs-f/ediciones/libros/XXVII_jornadas_argentinas_filosofia_juridica_social.pdf. [Se consultó 15 noviembre de 2018]

⁷² RABBI-BALDI, Renato, “*Reflexiones desde la jurisprudencia sobre comunidades indígenas*” https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002015000100013. [Se consultó el 13 de mayo de 2018]

“Artículo 190: Las naciones y pueblos indígena originario campesinos ejercerán sus funciones jurisdiccionales y de competencia a través de sus autoridades, y aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios. La jurisdicción indígena originaria campesina respeta el derecho a la vida, el derecho a la defensa y demás derechos y garantías establecidos en la presente Constitución.”

“Artículo 191: La jurisdicción indígena originario campesina se fundamenta en un vínculo particular de las personas que son miembros de la respectiva nación o pueblo indígena originario campesino.

La jurisdicción indígena originario campesina se ejerce en los siguientes ámbitos de vigencia personal, material y territorial:

- 1. Están sujetos a esta jurisdicción los miembros de la nación o pueblo indígena originario campesino, sea que actúen como actores o demandado, denunciante o querellante, denunciado o imputado, recurrente o recurrido.*
- 2. Esta jurisdicción conoce los asuntos indígenas originario campesinos de conformidad a lo establecido en una Ley de Deslinde Jurisdiccional.*
- 3. Esta jurisdicción se aplica a las relaciones y hechos jurídicos que se realizan o cuyos efectos se producen dentro de la jurisdicción de un pueblo indígena originario campesino.*

Artículo 192: Toda autoridad o persona acatará las decisiones de la jurisdicción indígena originaria campesina.

Para el cumplimiento de las decisiones de la jurisdicción indígena originaria campesina, sus autoridades podrán solicitar el apoyo de los órganos competentes del Estado.

El Estado promoverá y fortalecerá la justicia indígena originaria campesina. La Ley de Deslinde Jurisdiccional, determinará los mecanismos de coordinación y

*cooperación entre la jurisdicción indígena originaria campesina con la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción agroambiental y todas las jurisdicciones constitucionalmente reconocidas.*⁷³

En los tres artículos citados, la Constitución boliviana reconoce la justicia indígena, permitiendo su aplicación sobre la base de sus principios y valores propios, estableciendo a su vez que éstos deben ejercerse respetando los derechos y garantías establecidos por la misma Constitución. Bolivia otorga a la justicia comunitaria la categoría de jurisdicción especial y no de justicia paralela, ya que cuenta con normas propias para la solución de sus conflictos.

Delimita además el ámbito de aplicación de esta justicia indígena y realiza un posterior reenvío a una ley especial inspirada en la cooperación y armonización entre sus jurisdicciones. Dicha ley es conocida como la “Ley de Deslinde Jurisdiccional” del año 2010, la cual establece los ámbitos de vigencia y armonización entre las distintas jurisdicciones presentes en el país.

El Código de Procedimiento Penal Boliviano también trata la justicia comunitaria:

*“Artículo 28: Se extinguirá la acción penal cuando el delito o la falta se cometa dentro de una comunidad indígena y campesina por uno de sus miembros en contra de otro y sus autoridades naturales hayan resuelto el conflicto conforme a su Derecho Consuetudinario Indígena, siempre que dicha resolución no sea contraria a los derechos fundamentales y garantías de las personas establecidos por la Constitución Política del Estado. La Ley compatibilizará la aplicación del Derecho Consuetudinario Indígena.”*⁷⁴

⁷³ Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia.
https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf. [Se consultó el 14 de junio de 2018]

⁷⁴ Código de Procedimiento Penal de Bolivia. <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/bo/bo033es.pdf>. [Se consultó el 14 de junio de 2018]

Este artículo establece la prohibición de juzgar por la justicia estatal aquellas conductas que ya hayan sido sancionadas por la justicia comunitaria, con la salvedad de que nuevamente el límite al actuar de las comunidades son los derechos fundamentales y las garantías constitucionales.

Un caso radicado en el Tribunal Constitucional de Bolivia en el año 2003⁷⁵, da cuenta de un recurso de amparo constitucional interpuesto por un matrimonio indígena al que la comunidad a la que pertenecen le impuso la sanción de expulsión y amenaza de corte de suministros de energía y agua. El matrimonio argumenta que estas sanciones vulneran sus derechos al trabajo, al libre tránsito, a la propiedad privada y a recibir remuneración por su trabajo. El tribunal si bien determina que el matrimonio violó las normas de su comunidad por incumplir las normas de trabajos comunitarios y el pago de cuotas, entre otras normas, reconoce como límite a la aplicación de la justicia indígena la Constitución y los derechos humanos, para finalmente ordenar a la comunidad que permita la permanencia del matrimonio en ella.

La importancia del fallo radica en que reconoce la aplicación de la justicia indígena y sus sanciones, con la salvedad de que se establece como parámetro el respeto a la Constitución y los derechos humanos, sin embargo, la solución que adopta la Corte es conciliadora, en el sentido de que supedita la permanencia del matrimonio en la comunidad al cumplimiento sus normas de trabajo. La principal crítica a tal determinación es que, pese a que la legislación del país reconoce en variados instrumentos la justicia comunitaria, de igual manera interfiere en sus decisiones y les resta legitimidad, haciendo cuestionable su verdadera inspiración pluralista.

Respecto a las desventajas de la justicia comunitaria en Bolivia hay opiniones encontradas. Se sostiene que *“la experiencia enseña que, a partir del reconocimiento constitucional de la justicia comunitaria, la tendencia a ejecutar la ley por mano propia en las comunidades campesinas e incluso en sectores periurbanos, ha aumentado considerablemente. Son ajusticiamientos crueles, en los que el pacto de silencio y*

⁷⁵ Sentencia Constitucional 0295/2003-R, Expediente 2002-04940-10-RAC. <http://sur.conectas.org/es/apuentes-sobre-la-aplicacion-del-convenio-169-de-la-oit-sobre-pueblos-indigenas-por-los-tribunales-de-america-latina/>. [Se consultó el 28 de junio de 2018]

*atemorización para comprometer a la colectividad, destruyen el principio penal de que el delito es instinto personal”.*⁷⁶

2.3 Colombia

La Constitución de Colombia⁷⁷ se autodenomina como pluralista desde su primer artículo, para luego en su artículo 7 otorgar reconocimiento y protección a su diversidad étnica y cultural, junto con consagrar en su artículo 10 el idioma castellano como el oficial, pero respetando las lenguas y dialectos de los grupos étnicos dentro de su territorio.

El capítulo 5 de la Constitución colombiana está dedicado a las jurisdicciones especiales:

“Artículo 246: Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional”.

La constitución colombiana otorga validez a las decisiones adoptadas en el marco de la justicia comunitaria, junto con eficacia de cosa juzgada y mérito ejecutivo.

Un caso radicado en la su Corte Constitucional⁷⁸, resuelve un conflicto suscitado entre ambas jurisdicciones. Se trata de una acción de tutela interpuesta por un miembro de una comunidad indígena (El Tambo), que se encontraba acusado de varios delitos y es sometido por su comunidad a destierro y confiscación de sus tierras. Este hombre

⁷⁶ *Justicia Comunitaria.* <http://www.dui.uagrmedu.bo/Informacion/Expociencia2014/1102.pdf>. [Se consultó el 28 de junio de 2018]

⁷⁷ *"Constitución Política de Colombia"* <http://www.corteconstitucional.gov.co/?bTy>. [Se consultó el 20 mayo de 2018]

⁷⁸ Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-254/94 de 1994. . Proceso T-30116

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-254-94.htm>. [Se consultó el 20 mayo de 2018]

alega que fue condenado sin ninguna atención a un debido proceso. La Corte en este caso, considera que las decisiones adoptadas dentro de una comunidad son jurisdiccionales, estatus que se desprende del artículo constitucional anteriormente citado. Sin embargo, también reconoce que como toda función jurisdiccional debe ajustarse al respeto de los derechos fundamentales. Finalmente, la Corte concluye que las sanciones comunitarias son desproporcionadas y colisionan con la prohibición de destierro y confiscación de bienes que emanan también del mismo texto constitucional. Se revoca la sanción impuesta y se remite el caso a la comunidad para que sea ésta nuevamente quien aplique justicia, pero tomando en cuenta las consideraciones hechas por el tribunal.

Es particular la decisión adoptada por el tribunal, pues opta porque sea finalmente la misma comunidad quien resuelva el conflicto, la Corte Constitucional de Colombia define un núcleo básico de derechos humanos, lo que constituye una buena medida para propender a la realización de un diálogo intercultural y para tener claridad sobre los límites de la justicia comunitaria.

Además, la legislación colombiana tiene la particularidad de que su artículo 247 consagra la Jurisdicción Especial de Paz:

“Artículo 247: La ley podrá crear jueces de paz encargados de resolver en equidad conflictos individuales y comunitarios. También podrá ordenar que se elijan por votación popular.”

Junto con la figura de los Conciliadores en Equidad:

“Artículo 116: ...Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley...”

Ambas instituciones están facultadas para decidir sobre controversias cuando exista consenso entre las partes o cuando ello sea ordenado por la justicia, basándose para la resolución de casos en lo que la comunidad considera justo. Nuevamente, como señala la doctrina colombiana *“El marco de decisión no es la ley sino lo que conoce como el “justo comunitario” que tiene como límite el respeto a los derechos fundamentales, según lo ha expresado la Corte Constitucional.”*⁷⁹ Estas innovadoras soluciones permiten mayor acceso a la justicia por medio de los municipios, adoptar soluciones concordantes con los valores comunitarios, junto con contribuir al descongestionamiento del sistema judicial.

La doctrina colombiana se muestra a favor de la jurisprudencia de sus tribunales en materia de derechos humanos y aplicación de justicia comunitaria gracias a los mecanismos que posibilitan la interacción cultural entre el sistema judicial y el comunitario *“La existencia del recurso de amparo o tutela constitucional de los derechos lleva a que todos los actos de administración de justicia cuenten con la perspectiva de los derechos humanos. Cada comunidad se pregunta a sí misma sobre el sentido, la pertinencia y la particularidad de los derechos humanos en ella.”*⁸⁰ Estos mecanismos abarcan distintos ámbitos; *“La labor académica de investigación, de formación de nuevos profesionales y de incidencia en los procesos sociales que se hace desde la universidad, se orienta a precisar las similitudes y lo común que hay entre diferentes culturas. En la actualidad colombiana tenemos un proceso cada vez más visible de autorreconocimiento en las comunidades indígenas en la producción y la reproducción de conocimientos que hacen Escuelas de Derecho Propio con las que cuentan ya tres de las más importantes etnias del país. Correlativamente, indígenas y miembros de otras identidades ingresan de manera sistemática y representativa a varias universidades del país, generando una interacción del nuevo profesional con integrantes de diferentes universos de sentido. Adicionalmente, se ofrecen cursos de carácter*

⁷⁹ “Justicia Comunitaria y Sociedad Nacional”

<https://www.cejamericas.org/Documentos/DocumentosIDRC/135justiciacomunitariaysociedadnacional.pdf>
f. [Se consultó el 13 de junio de 2018]

⁸⁰ Ídem.

intercultural como Multiculturalismo y Pluralismo Jurídico, Justicia Comunitaria, Administración de Justicia en la Universidad Nacional de Colombia.”⁸¹. En el ámbito político, Colombia destaca por la presencia indigenista en sus partidos y organizaciones sociales, junto con participación en las instituciones del Estado.

La Corte Constitucional de Colombia tiene la particularidad de que ha maximizado la autonomía indígena mediante un proceso interpretador de las garantías de las personas, siempre respetando ciertas restricciones: la prohibición de la tortura, el asesinato y la esclavitud. Estos tres límites, coinciden con los principales valores inspiradores de los derechos humanos, como son la dignidad, la libertad y la igualdad. El criterio colombiano es importantísimo pues constituye un claro ejemplo de un consenso y punto de comunión entre ambas jurisdicciones, delimitando claramente el campo de acción de cada una de ellas.

Sin embargo, existe una crítica al comportamiento de los tribunales, quienes de alguna manera se encuentran atados de manos frente a las herramientas legislativas con las que cuentan al momento de decidir controversias en donde se ve involucrado del derecho indígena : “*En Colombia no existe un principio constitucional de igualdad entre culturas y esto no deja de pesar en una jurisprudencia que también tiende a primar intereses de la defensa o de la economía que entiende nacionales por encima de cualesquier derechos indígenas*”⁸².

2.4 Ecuador

La Constitución del Ecuador⁸³ reconoce expresamente desde su preámbulo la existencia de distintos pueblos y de sus raíces ancestrales como nación. En su artículo

⁸¹ Ídem.

⁸² CALAVERO, Bartolomé. “*Derechos indígenas y constituciones latinoamericanas*”. <https://idus.us.es/xmlui/bitstream/handle/11441/69267/Derechos%20Ind%C3%ADgenas%20y%20Constituciones%20Latinoamericanas.PDF?sequence=1&isAllowed=y>, p. 334. [Se consultó el día 30 de junio de 2018]

⁸³ “*Constitución De La República Del Ecuador*” https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic5_ecu_ane_cons.pdf. [Se consultó el 20 mayo de 2018]

primero se reconoce como un Estado plurinacional, así como también dedica una sección exclusivamente la justicia indígena, expresando:

“Artículo 171: Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.”⁸⁴.

Ecuador reconoce textualmente la libre determinación jurídica de las comunidades indígenas, por lo que podemos concluir que son un Estado que contempla el pluralismo jurídico. Sin embargo, de igual forma se limita tal ejercicio al respeto del mismo texto y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales.

Resulta inevitable hacer mención de cierta cualidad de la Constitución ecuatoriana que la eleva por sobre las demás de la región en sus esfuerzos por integrar a sus comunidades indígenas; *“La Constitución del Ecuador, tiene además el gesto de ser la primera y la única de la historia constitucional de toda América que no sólo se refiere a lengua indígena, a lengua no procedente de Europa, sino que la utiliza”⁸⁵*. Tal afirmación hace referencia a la expresión en quechua *“ama killa, ama llulla, ama shwa”⁸⁶*, que se encuentra mencionada en el capítulo noveno de su carta constitucional, dentro de los deberes y responsabilidades de los ciudadanos ecuatorianos.

⁸⁴ Ídem.

⁸⁵ CALAVERO, op. cit., p.328.

⁸⁶ *No ser ocioso, no mentir, no robar*. Artículo 83 n° 2 de la Constitución ecuatoriana.

En la práctica, podemos analizar ese pluralismo en el “Caso La Cocha”. Aquel resulta ser el más connotado en cuanto al conflicto que se produce entre la legislación ordinaria del Ecuador y la justicia indígena. A grandes rasgos el caso trata del asesinato de un joven, quien aparece colgado de un poste en la plaza central de Zumbahua, ahorcado con su propio cinturón, luego de haber asistido a un baile comunitario. Días después el presunto asesino es detenido por los dirigentes indígenas del sector y condenado a morir en la misma forma que su presunta víctima. Sin embargo, el caso tomó un vuelco por el reproche de la opinión pública ante tal sanción y los dirigentes indígenas finalmente castigaron al autor material y sus cómplices de acuerdo con la justicia indígena (castigos físicos tales como agua helada, látigo y ortiga). Frente a esta situación el Gobierno reaccionó cuestionando tales prácticas por considerar que la sanción adecuada era la cárcel. Posteriormente se presentaron variados recursos judiciales, llegando a pronunciarse la Corte Constitucional, quien determinó que la justicia indígena sólo se aplicará a conflictos comunitarios internos (de lesiones jurídicas de menor intensidad), mientras que los delitos en contra de la vida deberán ser conocidos por la justicia ordinaria.

La importancia de este caso radica en que, a pesar de existir un reconocimiento expreso en la Constitución de las formas comunitarias de administrar justicia, se limita su aplicación estableciendo un margen de lo disponible. Pese a que la Corte Constitucional ecuatoriana siempre se mostró propensa a la preservación de las manifestaciones culturales de sus pueblos originarios, de igual manera terminó estableciendo prohibiciones respecto a derechos cuya violación se considera inadmisibles. Es así como se prohíben, por ejemplo, la esclavitud y la pena de muerte.

2.5 México

La Constitución Mexicana consagra desde su artículo segundo las garantías y derechos de sus pueblos indígenas y se reconoce como pluricultural. Dada la extensión

del precepto, reproduciremos a continuación sólo aquellos numerales útiles a nuestro análisis:

“Artículo 2: La Nación Mexicana es única e indivisible.

La Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

La conciencia de su identidad indígena deberá ser criterio fundamental para determinar a quiénes se aplican las disposiciones sobre pueblos indígenas.

Son comunidades integrantes de un pueblo indígena, aquellas que formen una unidad social, económica y cultural, asentadas en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres.

El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación se ejercerá en un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional. El reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas se hará en las constituciones y leyes de las entidades federativas, las que deberán tomar en cuenta, además de los principios generales establecidos en los párrafos anteriores de este artículo, criterios etnolingüísticos y de asentamiento físico.

A. Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para:

- I. Decidir sus formas internas de convivencia y organización social, económica, política y cultural.*
- II. Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres.*

La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes.

- III. Elegir de acuerdo con sus normas, procedimientos y prácticas tradicionales, a las autoridades o representantes para el ejercicio de sus formas propias de gobierno interno, garantizando que las mujeres y los hombres indígenas disfrutarán y ejercerán su derecho de votar y ser votados en condiciones de igualdad; así como a acceder y desempeñar los cargos públicos y de elección popular para los que hayan sido electos o designados, en un marco que respete el pacto federal, la soberanía de los Estados y la autonomía de la Ciudad de México. En ningún caso las prácticas comunitarias podrán limitar los derechos político-electorales de los y las ciudadanas en la elección de sus autoridades municipales.
- IV. Acceder plenamente a la jurisdicción del Estado. Para garantizar ese derecho, en todos los juicios y procedimientos en que sean parte, individual o colectivamente, se deberán tomar en cuenta sus costumbres y especificidades culturales respetando los preceptos de esta Constitución. Los indígenas tienen en todo tiempo el derecho a ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura.
- V. Propiciar la incorporación de las mujeres indígenas al desarrollo, mediante el apoyo a los proyectos productivos, la protección de su salud, el otorgamiento de estímulos para favorecer su educación y su participación en la toma de decisiones relacionadas con la vida comunitaria."⁸⁷

Este artículo tiene la particularidad de ser tremendamente garantista con los derechos de su población indígena, lo que es necesario considerando que México cuenta con una población indígena de más de 7 millones de personas.

⁸⁷ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_150917.pdf. [Se consultó el 12 de junio de 2018]

La Constitución es en este caso la que define quiénes son considerados parte de la comunidad indígena, otorgándoles autonomía y libre determinación sobre las materias que los afecten directamente. Sin embargo, al igual que las demás Constituciones de la región que reconocen el pluralismo jurídico, la Carta Magna mexicana también establece como límites la propia Constitución y los Derechos Humanos, con la salvedad de que hace una mención especial al respeto de la dignidad e integridad de las mujeres.

Otra particularidad de la Constitución mexicana es su reconocimiento al derecho de las poblaciones indígenas para elegir sus propias autoridades bajo las normas que ellos mismo determinen. Un panorama general de esta situación lo extraemos de un texto emanado de COLEM (Colectivo de Encuentro entre Mujeres) *“En muchas comunidades indígenas de Chiapas, al igual que en otras del país, coexiste la estructura política federal con el sistema de usos y costumbres. Es decir, además de las instituciones y autoridades propias del Estado-nación, hay también gobiernos tradicionales, regidos por un sistema de cargos (figuras de autoridad o de poder, jerarquías, normas, funciones, y mecanismos de decisión sobre asuntos colectivos) asociado a la organización del ciclo festivo-religioso de la comunidad. En el caso de las comunidades indígenas se combinan las estructuras de poder del gobierno tradicional, con otras estructuras intermedias propias de zonas rurales (como las “juntas ejidales”), con las municipales, estatales y nacionales. En cada etnia y región existen diferencias en torno a la manera en que se entrecruzan estas diversas formas político-organizativas, y a los conflictos que pueden derivarse de tan compleja situación.”*⁸⁸

Un caso que merece análisis respecto al multiculturalismo es el de una joven mexicana tzeltal, la cual es acusada por parte de una mujer desconocida, miembro de un asentamiento de chamulas evangélicos, de “andar con su marido”. Aunque María rechazó tal acusación y alegó su inocencia, no fue escuchada y fue llevada a la “cárcel” y alejada de sus hijos. Esta “cárcel” era una casa utilizada por los líderes de la colonia

⁸⁸ ELIZALDE, G. y FIGUEROA, M., *“Los fundamentalismos religiosos en contextos indígenas de Chiapas”*

https://www.awid.org/sites/default/files/atoms/files/cf_casestudy_chiapas_sp.pdf. [Se consultó el 25 de junio de 2018]

para castigar a quienes ellos mismos consideraban que infrinjan sus reglas. No la dejaron en libertad hasta que se confesara culpable y una vez que lo hizo fue expulsada de su comunidad, despojada de su casa y de sus bienes y estigmatizada como una “pecadora”⁸⁹.

Este es un claro ejemplo de los conflictos que se producen en las comunidades mexicanas, las cuales se ven enfrentadas a grupos fundamentalistas religiosos que comparten territorio. Son comunes las disputas entre caciques y miembros de comunidades evangélicas las que frecuentemente terminan en actos de violencia. Frente al caso de María y frente a muchos otros, pese a contar con un amplio reconocimiento constitucional de sus derechos, las mujeres indígenas siguen siendo víctimas de prácticas lesivas de su dignidad. Esta mujer acudió a los medios institucionales para poder recuperar sus cosas, pero la respuesta fue negativa pues incluso las fuerzas policiales son atacadas por estas comunidades fundamentalistas. *“Esta es una situación en donde grupos opuestos (caciques de Chamula pertenecientes a la iglesia de San Pascualito, y caciques evangélicos en sus zonas de influencia) imponen la defensa de un sistema de creencias y prácticas tanto culturales como religiosas, en este caso, por medio de distintas sanciones que pueden incluir violencia física extrema. Las mujeres son violentadas si su comportamiento, altamente regulado, no se ajusta a las prácticas e ideas religioso-morales, pero también son violentadas por ser hijas, esposas o parientes de algún hombre con quien se ha entrado en conflicto político- religioso”*⁹⁰. El caso en cuestión no constituye propiamente jurisprudencia pues, pese a que se interpuso una queja ante la Comisión de Derechos Humanos de Chiapas, se tuvo que desistir de ella por lo largo del procedimiento y por los resultados negativos obtenidos. Nos resulta imperioso traer a colación este tipo de relatos, pese a no estar considerados como parte de una jurisprudencia oficial, pues las dificultades que rodean el acceso a la justicia estatal por parte de la población indígena son un claro reflejo del déficit de ésta para satisfacer adecuadamente sus necesidades. La extensión de los litigios, el desgaste de

⁸⁹ Ídem.

⁹⁰ Ídem.

intervenir en ellos, la poca credibilidad y confianza en las instituciones finalmente terminan desgastando y desincentivando a quienes acuden a ella en busca de amparo y constituyen, finalmente, cifras invisibles para las estadísticas gubernamentales que miden éxitos o fracasos según cifras judiciales, omitiendo todos aquellos casos en que por su propia negligencia la justicia no está al alcance de todos.

En este sentido Sierra nos dice que *“en el caso mexicano, como otras casos en América Latina, las reformas que se han implementado para reconocer la justicia indígena y en general derechos indígenas, se han desarrollado dentro de la concepción de un pluralismo jurídico aditivo que no ofrece alternativas reales para la práctica de una justicia indígena plena que permita el ejercicio de derechos de jurisdicción”*.⁹¹ Nuevamente la crítica apunta a que los mecanismos de reconocimiento de justicia indígena no tienen correlato con la realidad material en que se encuentran estos grupos, pues finalmente queda a arbitrio de los estados la efectividad y el alcance que tendrá la justicia comunitaria.

Lo anterior se justifica en parte por un sentimiento paternalista por parte de la clase política basada en la idea de que las costumbres indígenas son arcaicas ; *“A diferencia de lo que se ha realizado en otros países, como sucede en Colombia, y se intenta en Ecuador, en el caso mexicano prevalece la tendencia de reducir y controlar los alcances de la justicia indígena, reproduciendo una visión colonialista que considera como “peligroso” el que dichas competencias puedan ampliarse ante el temor que se justifiquen con ello violaciones a los derechos humanos.”*⁹²

México, pese a que legislativamente consagra ampliamente la protección a su población indígena, no cuenta con la implementación institucional adecuada para satisfacer las necesidades de su población indígena, quienes simplemente se ven obligados a acceder a esta justicia como única alternativa frente a la ordinaria, que se perfila lejana, burocrática y costosa. El mayor riesgo que corren al aceptar esta solución es someterse a esta jurisdicción que ofrece casi nulas garantías de sus derechos, sumado

⁹¹ *“Derecho indígena y acceso a la justicia en México”*. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R08062-11.pdf>. [Se consultó el 28 de junio de 2018]

⁹² Ídem.

a que, debido a las dificultades geográficas del territorio mexicano, existen nuevos actores que se adjudican la administración de justicia como los “caciques” y las organizaciones religiosas.

2.6 Perú

La Constitución Política del Perú consagra constitucionalmente el pluralismo jurídico al reconocer las manifestaciones de justicia de sus comunidades:

“Artículo 149: Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial.”

El límite al ejercicio de la justicia está supeditado al respeto de los derechos fundamentales de la persona. Además, Perú se encuentra adscrito al convenio 169 de la OIT, el cual entró en vigor en el año 1995.

Dentro de este contexto resulta imperioso hacer mención a la institución de los jueces de paz, consagrados también dentro de su constitución:

“Artículo 152: Los Jueces de Paz provienen de elección popular. Dicha elección, sus requisitos, el desempeño jurisdiccional, la capacitación y la duración en sus cargos son normados por ley”⁹³

⁹³ Constitución Política del Perú. https://www.oas.org/juridico/spanish/per_res17.pdf. [Se consultó el 15 de junio de 2018]

Estos jueces son elegidos de manera directa y popular, no requieren título de abogado pues sus decisiones se ajustan al sentido común y la equidad para mantener la paz social. En caso de que el juez no logre la conciliación entre las partes, puede emitir una sentencia abarcando tanto materias civiles como penales con algunas restricciones.⁹⁴

Hablando de justicia comunitaria es inevitable hacer mención a las rondas campesinas, la cuales surgen en el norte de Perú durante la década de los 70 con el objetivo de evitar robos de ganado. Estas agrupaciones surgen en parte frente a la imposibilidad del Estado de estar presente en regiones remotas del territorio como también frente a su incapacidad de dar solución efectiva a los robos, sin embargo, su importancia ha sido tan grande dentro del mundo rural peruano que con el transcurso de los años se han transformado en verdaderos administradores de justicia.

Actualmente es la ley 27908 la que regula las rondas campesinas, estableciendo que deben estar debidamente inscritas en un registro público, junto con normas relativas a la cooperación y coordinación entre el ámbito comunal y estatal:

“Artículo 1: Personalidad jurídica. Reconócese personalidad jurídica a las Rondas Campesinas, como forma autónoma y democrática de organización comunal, pueden establecer interlocución con el Estado, apoyan el ejercicio de funciones jurisdiccionales de las Comunidades Campesinas y Nativas, colaboran en la solución de conflictos y realizan funciones de conciliación extrajudicial conforme a la Constitución y a la Ley, así como funciones relativas a la seguridad y a la paz comunal dentro de su ámbito territorial. Los derechos reconocidos a los pueblos indígenas y comunidades campesinas y nativas se aplican a las Rondas Campesinas en lo que les corresponda y favorezca.”⁹⁵

⁹⁴ En materia civil no puede fallar en temas de vínculo matrimonial, nulidad de actos jurídicos y contratos, declaratoria de herederos, derechos de sucesión, testamentos y derechos constitucionales.

⁹⁵ Ley de rondas campesinas. http://www.onagi.gob.pe/portal/Uploads/normatividad/17_normativa.pdf. [Se consultó el 18 de junio de 2018]

Existe otro artículo dentro de la misma ley que se refiere a las actividades en beneficio de la paz comunal, disposición que es importante pues delimita el ámbito de aplicación de la justicia comunitaria:

“Artículo 7: Las Rondas Campesinas en uso de sus costumbres pueden intervenir en la solución pacífica de conflictos suscitados entre los miembros de la comunidad u organizaciones de su jurisdicción y otros externos siempre y cuando la controversia tenga su origen en hechos ocurridos dentro de su jurisdicción comunal.”

Un análisis de su evolución histórica nos indica lo siguiente: *“La razón principal de la permanencia de las rondas campesinas es que, poco a poco, fueron desarrollando otras funciones sumadas a las de vigilancia. La organización reveló su carácter verdaderamente multifuncional”*.⁹⁶ Esta afirmación indica que la justificación principal de su permanencia en el tiempo es la gran capacidad de adaptabilidad que han demostrado estas asociaciones, ajustando sus prácticas a las necesidades de la comunidad. Si bien en un principio surgen con el objetivo de proteger la propiedad, con el transcurso de los años se han transformado en administradores de justicia, organizadores de trabajos comunales (faenas) e incluso intermediarios y representantes de sus miembros frente al Estado y empresas.

Es particular esta legislación, pues pese a la existencia de este sistema comunitario de administración de justicia extraoficial *“la organización no pone realmente en tela de juicio el poder político del Estado peruano ni de las estructuras estatales de justicia, sino que convive con ellas.”*⁹⁷ En este escenario, finalmente son las personas quienes deciden a qué sistema acudir para la resolución de sus conflictos, siempre teniendo en cuenta que la justicia comunitaria se presenta para los campesinos como la vía más rápida, accesible y gratuita.

⁹⁶ *“El pluralismo jurídico y político en Perú”*. <http://www.redalyc.org/pdf/509/50903103.pdf>. [Se consultó el 15 de junio de 2018]

⁹⁷ Ídem.

Es así como ambos sistemas coexisten sin pretender anularse mutuamente, sin embargo, inevitablemente se han suscitado casos en los que ambas legislaciones entran en conflicto como el caso que analizaremos a continuación.

El 11 de febrero de 2004, la sala penal de Moyobamba, sentenció a 11 campesinos condenándolos por secuestro. Esto se debió a que dos años antes esta ronda campesina había capturado a cuatro asaltantes y violadores, los condenaron al calabozo y a la “cadena ronderil” lo que implicó que debían incorporarse a las rondas campesinas, ya que para ellos estas medidas propenderían a la rehabilitación de los condenados. Posteriormente y luego de pasar unos meses en prisión, los campesinos fueron liberados por la Corte Suprema⁹⁸ bajo criterios que son dignos de análisis, entre ellos que la conducta de los campesinos no fue dolosa y que actuaron dentro de las funciones jurisdiccionales que les reconoce la propia Constitución.

Respecto a este tema la principal discusión gira en torno a los castigos corporales, los que para las rondas constituyen la mejor forma de aplicar justicia, sin embargo, el artículo quinto de la Declaración de los Derechos Humanos afirma: *“Nadie será sometido a torturas ni a pena o tratos crueles, inhumanos o degradantes”*⁹⁹, sumado a lo que manifiesta la Comisión de Derechos Humanos de la ONU : *“Los castigos físicos son incompatibles con la prohibición de la tortura y de otros tratamientos inhumanos o degradantes”*.¹⁰⁰ La raíz del problema es que *“Aunque se reconozcan las rondas campesinas como formas alternativas de administración de justicia, se las pretende someter al marco legal peruano y de los tratados internacionales. Pero, en la situación actual, los castigos físicos representan el modo de actuación más efectivo de la justicia campesina, lo que le permite tener un poder coercitivo real. Las rondas están entonces en una doble contradicción: se reconoce su existencia, su función de administrar justicia, pero no los métodos utilizados para hacerlo. Así, entonces, se les reconoce un estatus mientras se les niega la posibilidad de*

⁹⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Transitoria, RN N°975-04.

https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2006_20.pdf. [Se consulto el 10 de diciembre de 2018]

⁹⁹ Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 5.

¹⁰⁰ Comisión de Derechos Humanos, párrafo 6.

obrar en conformidad con él".¹⁰¹ Finalmente, es la Comisión quien termina prohibiendo cualquier tipo de castigo físico.

V. CONSTITUCIÓN CHILENA Y LA RECEPCIÓN DEL CONVENIO 169 DE LA OIT

Una de las funciones principales de las Constituciones modernas es garantizar los derechos humanos, y dentro de los mismos se ha fomentado el reconocimiento indígena. Las Naciones Unidas han ocupado un lugar central en aquel proceso mediante órganos como el Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas. El Estado de Chile se ha comprometido ante el sistema internacional de derechos humanos a proveer su desarrollo económico, social y cultural y disponer de sus riquezas u recursos naturales (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).¹⁰² Asimismo, se ha señalado que los derechos humanos son universales y que ningún Estado o poder político puede desconocerlos.

A pesar de lo anterior, cada país debe preguntarse, ¿la incorporación de prácticas o costumbres indígenas, que son difícilmente compatibles con los derechos individuales contenidos en los principios incorporados en los ordenamientos jurídicos domésticos- pueden de alguna manera legitimarse en base a una interpretación culturalmente sensible bajo los instrumentos internacionales? El movimiento indígena en los últimos años ha establecido como objetivo la reivindicación del derecho a los pueblos indígenas a ser reconocidos como tales. Esto quiere decir que se ha buscado lo que se denomina las "tres erres": representación, reconocimiento, recursos y derechos¹⁰³. Éstas demandas han

¹⁰¹ "El pluralismo jurídico y político en Perú". <http://www.redalyc.org/html/509/50903103/>. [Se consultó el 18 de junio de 2018]

¹⁰² ZEGERS, Mariana, "Derechos humanos y Constitución", diario Universidad de Chile, Chile, 2017. <http://radio.uchile.cl/2017/04/05/derechos-humanos-y-constitucion>. [Se consultó el 25 de junio de 2018]

¹⁰³ JULIO-ESTRADA A., RIVERA J., TORBISCO, N., & YRIGOYEN, R., "Simposio: *Pluralismo Jurídico y Derechos Humanos*". Anuario de Derechos Humanos, 2013, p. 62-85.

sido fuertemente acogidas por el derecho internacional de los derechos humanos, y en las Constituciones de los países latinoamericanos, asignado una especial significación a la cultura indígenas y otorgando derechos colectivos diferenciados.

Chile, en el contexto sudamericano, es uno de los pocos países (junto a Uruguay y Surinam) que no ha realizado un reconocimiento explícito de los pueblos originarios en su Constitución¹⁰⁴. El debate constitucional sobre el multiculturalismo ha sido débil, sosteniendo por una parte que la incorporación del mismo requeriría de cambios significativos en la Constitución, y por otra que estaría implícito en la autonomía otorgada a los grupos intermedios, pero pareciera ser deficiente ante los instrumentos internacionales¹⁰⁵.

Así, el contraste entre los avances jurídicos verificados en relación a los pueblos indígenas en otros Estados de la región, el Banco Interamericano de Desarrollo ha señalado que la calidad de la legislación indígena al año 2004, Chile figuraba en el número 14 de 20 sobre esta materia. Aquello se expresa en la ausencia de un reconocimiento de los pueblos indígenas y sus derechos en la Constitución Política de la República, así como el déficit en el país del tratamiento legislativo.¹⁰⁶

Sin embargo, sea cual sea la respuesta que intenta otorgar la doctrina, el reconocimiento es insuficiente. Esto debido a que la propia Constitución impone limitaciones a los derechos que se asocian a dicho reconocimiento. Según el autor Silva Bascuñán, la autonomía indígena en Chile estaría descartada según la interpretación “*originalista*” de la Constitución. El autor señala que en concordancia al artículo 5° inciso primero del texto constitucional, “*la soberanía reside esencialmente en la*

<https://anuariodch.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/27030>. [Se consultó el 15 septiembre de 2018]

¹⁰⁴ MEZA-LOPEHANDÍA, Matías. “*Pueblos indígenas y Constitución*”, Biblioteca del Congreso Nacional, Chile, p.1

¹⁰⁵ Ídem, p. 5.

¹⁰⁶ AYLWIN, J., MEZA-LOPEHANDIA, M., & YAÑEZ N., “*Los Pueblos indígenas y el derecho*”. https://www.iwgia.org/images/publications//0636_IntroChileIPsderecho13.pdf. [Se consultó 25 septiembre de 2018]

La mayor parte de los países que cuentan con una población indígena similar o superior a la de Chile se encuentran en posiciones superiores. Los inferiores a Chile son los países con menor tasa de población indígena como lo es Uruguay y El Salvador. Índice de Calidad Legislativa Indígena, http://iabd.org/snd/ind/site_3152_s.html. [Consultado el 8 de octubre de 2018]

Nación” y “*Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio*”¹⁰⁷. Debido a dicha interpretación los pueblos indígenas están impedidos de convertirse en un “ente colectivo autónomo, que pretenda fijar sus particulares caracteres y objetivos y conformar una dirección propia que lo conduzca con entera libertad a su realización”¹⁰⁸.

Por lo tanto, la concepción internacional que pretende dar reconocimiento a los pueblos indígenas, como entes colectivos dotados de atribuciones públicas, quedaría excluida del ordenamiento chileno.

1. Multiculturalismo en la Constitución chilena

Si comenzamos a analizar el multiculturalismo, aquel se presenta en dos vertientes. La primera es la coexistencia en un Estado de más de una nación o pueblo. Se presenta un Estado formado por una nación y que posee pueblos indígenas en su interior. Chile posee esta vertiente en vista de la coexistencia de los distintos grupos étnicos como lo son el pueblo rapa nui, mapuches, aymaras, entre otros. La segunda vertiente es la inmigración. Chile no ha estado exenta de aquella, ingresando a un camino de multiculturalidad por esta vía; ha existido en los últimos años un aumento progresivo de su población migrante en donde de 1% en el año 2011 ha aumentado a 2,7% en el año 2015, según la encuesta Casen¹⁰⁹. Chile sobresale en la escena sudamericana en donde el promedio migrante según los datos de la ONU, es de 1,4%.¹¹⁰

Aun así, el país no ha adoptado cambios constitucionales como lo han realizado otros países de la región para reconocer dicha diversidad cultural. Esto se explica en base a la tradición positivista que posee el país; un sistema normativo monista en cuanto al Estado y que según la Constitución es sólo uno, una nación, una cultura, una religión predominante y un sistema jurídico único.

¹⁰⁷ MEZA-LOPEHANDÍA, op. cit., p. 3.

¹⁰⁸ JULIO-ESTRADA A., RIVERA J., TORBISCO, N., & YRIGOYEN, R., op cit., p. 100.

¹⁰⁹ “*La transformación a un país multicultural*” <https://www.latercera.com/aniversario/noticia/la-transformacion-pais-multicultural/14832/#>. [Se consultó el 24 de septiembre de 2018]

¹¹⁰ Ídem.

Podemos señalar que el ideal constitucional clásico adopta una visión de asimilacionista, en donde se espera que los inmigrantes o pueblos indígenas asuman las normas culturales existentes, para poseer una nación uniforme en donde se volvieran indistinguibles por su habla, vestimenta, etc. Alan Touraine señala que aquella sería una sociedad “integrada”, la cual excluye la diferencia, pero también la igualdad, puesto que favorece a quienes se encuentren más cercanos al modelo social y cultural central.¹¹¹ Por tanto, aquella ha sido criticada en vista a la negación de identidad y menosprecio de la cultura inmigrante, además de la tensión entre asimilación e igualdad.

Debemos complementar, para poder comprender un poco mejor la evolución en el tema, el contexto en que se dictó nuestra Constitución; un gobierno militar con una política que tendió a un modelo liberal de mercado, otorgando al Estado, un rol meramente subsidiario dentro de la economía. Además de poseer un modelo político que busca la armonización del pueblo, y que el Doctor en Derecho, Jaime Gajardo, señala que “destruyó la comunidad indígena”.¹¹² Aquel basa su razonamiento en la aplicación del Decreto Ley N° 2568 de 1979, cuyo objetivo, entre otros, destaca el intento de asimilación total de los pueblos indígenas a la sociedad chilena, y su política agresiva para erradicar la “pobreza” de las comunidades mapuches y otros pueblos indígenas.¹¹³

No obstante, la legislación sobre pueblos indígenas ha atenuado lo estricta de la Constitución y los impactos de ésta sobre estas comunidades. El mayor ejemplo es la Ley N°19.253 (Ley indígena), que contribuye al reconocimiento cultural, protección, incipientes derechos de sobrevivencia cultural y una aplicación mínima del derecho consuetudinario indígena.

¹¹¹ TOURAINE, Alan. *Igualdad y diversidad. Las nuevas tareas de la democracia*, 2°ed., Fondo de Cultura Económica, México, 2000, p. 82.

¹¹² GAJARDO, Jaime, *Multiculturalismo y el debate constitucional chileno*.

<https://revistas.uchile.cl/index.php/RDEP/article/view/36009>. [Se consultó el 25 septiembre de 2018]

¹¹³ *Ibidem*, p. 215.

2. Ley N° 19.253 o Ley Indígena en Chile

La ley indígena, es uno de los primeros cuerpos normativos que protege y reconoce jurídicamente a los pueblos originarios en Chile. En consecuencia, a través de sus indicaciones la ley asume la existencia de diversidad cultural y étnica.¹¹⁴ Así, su texto señala:

“Artículo 1: El Estado reconoce que los indígenas de Chile son los descendientes de las agrupaciones humanas que existen en el territorio nacional desde tiempos precolombinos, que conservan manifestaciones étnicas y culturales propias siendo para ellos la tierra el fundamento principal de su existencia y su cultura”

*“Es deber de la sociedad en general y del Estado en particular, a través de sus instituciones **respetar, promover** el desarrollo de los indígenas, sus culturas, familias y comunidades, adoptando las medidas adecuadas para tales fines y **proteger** las tierras indígenas, velar por su adecuada explotación y por su equilibrio ecológico y propender a su ampliación”.*¹¹⁵

Contar con un cuerpo legal específico para los pueblos indígenas era una de las demandas y promesas que habían quedado plasmadas en el Acuerdo de Nueva Imperial durante el gobierno del ex Presidente Patricio Aylwin, pues se entendía que con ello podrían mejorarse la situación de desventaja histórica y legal de los pueblos indígenas¹¹⁶. En dicho acuerdo, el gobierno de la época se comprometía, entre otras

¹¹⁴ BECERRA, Abril. “Ley Indígena: Un instrumento al borde del fracaso”. <http://radio.uchile.cl/2017/02/09/ley-indigena-un-instrumento-al-borde-del-fracaso/>. [Se consultó el 25 de junio de 2018]

¹¹⁵ Ley indígena. <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30620>. [Se consultó el 23 de junio de 2018]

¹¹⁶ CAVALLARO, J., RODRIGUEZ, C., SANHUEZA, C. & SABER, D. “No nos toman en cuenta: Pueblos indígenas y consulta previa en las pisciculturas de la Araucanía”. Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, 2013, p. 27.

cosas, al “reconocimiento constitucional de los Pueblos Indígenas y de sus derechos económicos, sociales y culturales fundamentales.”¹¹⁷

El Presidente Aylwin, en 1990 dio paso a la formación de la Comisión Especial de Pueblos Indígenas, CEPI, entidad que buscó establecer los puentes necesarios entre el Gobierno, Parlamento y Comunidades indígenas. Tiempo después, el Congreso Nacional deroga el Decreto Ley 2.568¹¹⁸ que fue dictado en dictadura y aprueba la Ley Indígena actual.¹¹⁹

Sin embargo, dicha legislación es cuestionada por las comunidades, quienes no ven una real protección jurídica. Las demandas de los pueblos indígenas estaban dirigidas al reconocimiento de la diversidad de la cultura y lenguas propias, junto a la protección de sus tierras. Además, eran parte de sus peticiones, el reconocimiento de sus instituciones propias, y en particular de su autonomía, incluyendo el reconocimiento del derecho propio o derecho consuetudinario indígena.¹²⁰

En el proceso, los parlamentarios de oposición rechazaban la utilización de la expresión “pueblos”, ya que entendía que aquella solo podía reservarse al pueblo chileno, proponiendo la utilización de términos como “poblaciones indígenas” o “etnias”. Sin embargo, los representantes de las comunidades indígenas no estaban conformes con dicho término; para ellos la denominación “pueblo” es clave, ya que supone el reconocimiento de los derechos colectivos, no solo individual; por ejemplo, no se reconocería al pueblo mapuche como un pueblo-nación con derechos al territorio sino

¹¹⁷ Acuerdo de Nueva Imperial 1989. http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/biblioteca/doc_details/21-acuerdo-de-nueva-imperial-1989.html. [Se consultó el 25 de septiembre de 2018]

¹¹⁸ El Decreto Ley N° 2.568 que tenía por objetivos:

- 1) Promover el pleno acceso a la propiedad individual, mediante la entrega de títulos de propiedad a los mapuches y otros pueblos indígenas;
- 2) Lograr la asimilación total de los pueblos indígenas a la sociedad chilena.
- 3) Desarrollar una política agresiva para erradicar la “pobreza” de las comunidades mapuches y otros pueblos indígenas.

¹¹⁹ “A 13 años de la ley indigna en Chile”. <http://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2006/10/06/a-13-anos-de-la-ley-indigena-en-chile/>. [Se consultó el 20 de septiembre de 2018]

¹²⁰ AYLWIN, J., MEZA-LOPEHANDIA, M., & YAÑEZ N., “*Los Pueblos indígenas y el derecho*”. https://www.iwgia.org/images/publications//0636_IntroChileIPsderecho13.pdf. [Se consultó 25 septiembre de 2018]

solo el ámbito folclórico de la cultura, no siendo el avance esperado por dicha comunidad.¹²¹

A pesar de lo anterior, hay que resaltar que Chile al momento de aprobar la Ley Indígena, aún no había ratificado el Convenio N° 169, por lo que aquella determinó que la colectividad que tendría reconocimiento serían las “etnias”.

La ley formuló un procedimiento para que los indígenas se constituyeran legalmente en comunidades, señalando en su artículo 10: “La constitución de las Comunidades Indígenas será acordada en asamblea que se celebrará con la presencia del correspondiente notario oficial del Registro Civil o Secretario Municipal”, otorgándole personalidad jurídica con el depósito del acta constitutiva. Aquello fue pensado para que las comunidades pudieran acceder a beneficios económicos y prestacionales. También estableció protecciones a las tierras indígenas, sobre todo con respecto a su venta, y se creó la Corporación de Desarrollo Indígena (CONADI), organismo que se ha encargado de implementar la política pública indígena en Chile.¹²²

Con respecto a la participación indígena aquella está consagrada en el artículo 34, señalando: “Los servicios de la administración del Estado y las organizaciones de carácter territorial, cuando traten materias que tengan injerencia o relación con cuestiones indígenas, deberán escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas que reconoce esta ley”. Sin embargo, aquella solo se concretó en el año 2009 junto con la aprobación del Convenio N° 169 y sus normas de consulta, ya que anteriormente fue considerado solo una “mera proclamación”.

En materia de justicia, la ley reconoce la existencia y validez de la costumbre, o derecho consuetudinario de los pueblos indígenas, pero solo cuando aquella no sea contraria al derecho positivo interno. Por ejemplo, en el artículo 54 de la ley, señala expresamente: “La costumbre hecha valer en juicio entre indígenas pertenecientes a una misma etnia, constituirá derecho, siempre que no sea incompatible con la Constitución”. Por lo que la ley solo se dirigió a limitar la costumbre de las comunidades indígenas, lo

¹²¹ BECERRA, op. cit., p. 4.

¹²² CAVALLARO, J., RODRIGUEZ, C., SANHUEZA, C. & SABER, D., op. cit., p. 27.

cual es importante en vista a que nuestro Código Civil señala en su artículo 2 que “la costumbre no constituye derecho, salvo en los casos que la ley se dirija a ella”.

La Ley Indígena aprobada, tampoco reconoce la figura de jueces de paz indígenas; aquellos tendrían un campo de operación autónomo cuando se requiriera solucionar conflictos de menor cuantía a nivel comunitario, cuyas fuentes serían la costumbre y el derecho de las comunidades, a pesar de haber sido planteado en el Proyecto de Ley relativo a los Pueblos Indígenas enviado al Congreso, que regularía la materia dentro de sus artículos 90 a 94.¹²³

Las disposiciones de la ley son un avance comparadas con la ausencia de reglamentación que existía en la época, acompañado a la política de dictadura de dividir a las comunidades. Sin embargo, aquella ley por sí sola no alcanzan a cumplir con las expectativas que las propias comunidades indígenas poseían, como eran las demandas en materia de derechos políticos, por medio de la “participación” en las decisiones que les afecten, que solo se afianzo con la introducción del Convenio N° 169 en Chile, y que hoy sigue siendo discutido. Tampoco existe un real avance con respecto al reconocimiento de sus normas e instituciones jurídicas unido al derecho consuetudinario, que a pesar de que se encuentra reconocido de manera limitado en la ley, parte importante de aquello solo se quedó en el Proyecto de Ley enviado al Congreso.¹²⁴

3. Adopción del Convenio N° 169 OIT en Chile

Para poder analizar el pluralismo jurídico debemos comenzar por cómo se insertó el Convenio N° 169 en Chile. Así, Matías Meza-Lopehandía señala que el Convenio 169 OIT es un instrumento internacional que reconoce derechos humanos y que debe ser incluido en la legislación nacional chilena como autoejecutable y sin necesidad de una norma interpretativa o complementaria.¹²⁵ Por otro lado, Valdivia señala que los tratados

¹²³ AYLWIN, J., MEZA-LOPEHANDIA, M., & YAÑEZ N, op,cit, p. 186.

¹²⁴ Comisión Técnica de Pueblos Indígenas de Chile, 1989 (Aylwin 2000); Congreso Nacional de Pueblos Indígenas, 1991 (CEPI 1991).

¹²⁵ MEZA- LOPEHANDÍA,., op. cit., p. 33.

internacionales son parte de un soft law, por lo que sus principios son simplemente orientadores de la acción política y están desprovistos de efectos normativos directos¹²⁶.

Sea la interpretación que se considere, es un hecho que el Convenio 169 ha influenciado grandes cambios sociales, políticos y jurídicos tanto en América Latina como en Chile. Establece derechos propios que deben ser respetados por todos los Estados que ratifican el convenio, incluido nuestro país. Como señala Neus Torbisco, “separó radical y definitivamente el tema indígena de la cuestión de las minorías”¹²⁷. Esto en base a un cambio de visión, en donde se percató que para acomodar la diversidad cultural no bastaba con la protección de los derechos humanos por la vía individual.

La ratificación en Chile no estuvo exenta de controversias: la presentación fue realizada por el presidente Patricio Aylwin al Congreso en el año 1991. Pero no fue hasta el año 2008 en que fue ratificado, para entrar a regir en el año 2009. En aquel se aceptan semánticas como “pueblos indígenas”, que al momento de presentarse produjo mucho rechazo. Sin embargo, con dicha ratificación el Estado chileno se obliga a informar a instituciones supranacionales, como la OIT, sobre su cumplimiento.

Las objeciones de los legisladores para aprobarlo se centran en al menos tres puntos que han sido resumidos por Minda Bustamante¹²⁸:

1. El Convenio 169 al consagrar derechos colectivos a favor de los pueblos indígenas modificaron la estructura del Estado. El convenio transferiría a cada pueblo indígena atribuciones propias de los poderes del Estado, y lo facultaría para restringir derechos y libertades de sus integrantes.

¹²⁶ VALDIVIA, J.M., “*Alcances Jurídicos del Convenio 169*”.

https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160304/asocfile/20160304095445/rev121_JMValdivia.pdf. [Se consultó el 10 de diciembre de 2018]

¹²⁷ TORBISCO, Neus, “*Derechos indígenas: reconocimiento y desafíos para la democracia constitucional y para los derechos humanos*”, en: *Autonomía individual frente a autonomía colectiva. Derecho en conflicto*, Madrid: Parcial Pons, 2014, p 82-127.

¹²⁸ BUSTAMANTE, Minda, “*Pluralismo jurídico en Chile, la relación entre regímenes jurídicos: internacional y nacional desde la entrada en vigencia del convenio 169 de la OIT*”.

<http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/140211>. [Se consultó el 10 diciembre de 2018]

2. El Convenio perturbaría el principio de igualdad ante la ley y prohibición de discriminaciones arbitrarias.
3. El tratado en sí mismo, luego de su ratificación, genera obligaciones internacionales para imponer derechos que contrasta la unidad de la nación y que deben ser cumplidos por el Estado de Chile.

Esta discusión, fue zanjada en el Tribunal Constitucional declarando el tratado como constitucional, pero estableciendo limitaciones propias que más adelante pasaremos a analizar.

Con la ratificación, los pueblos indígenas obtienen un derecho a su favor que está amparado internacionalmente y debe ser cumplido por Chile. Y a pesar de que no exista un reconocimiento constitucional explícito del mismo, analizaremos más adelante que si otorga una especie de pluralismo jurídico pero aplicado por otra institución: los tribunales de justicia.

4. Algunos principios constitucionales relevantes

Nuestra Constitución no establece de manera explícita una regulación o reconocimiento del derecho indígena, y con ello una posible formación de pluralismo jurídico en Chile, como ha sido reconocido en otras Constituciones de la región. El reconocimiento constitucional de la diversidad cultural, sin embargo, no ha estado totalmente exento de discusión. Se ha propuesto por parte del Ejecutivo en algunas oportunidades, y en otras por parte de los mismos legisladores dentro del Congreso Nacional. No obstante, ninguna de dichas actualizaciones ha prosperado, teniendo solo dilatación y rechazo.¹²⁹.

¹²⁹ Boletín 513-07, ingresó al Congreso el 7 de enero de 1991 y fue conocido por una Comisión Especial de la Cámara de Diputados. Un día después, ingresó el Proyecto de Acuerdo relativo al Convenio 169. El 15 de octubre de 1991, se presentó un proyecto de ley que establecía normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y que proponía crear la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, el que sería promulgado y publicado como Ley N°19.253 en 1993 (hoy conocido como 'Ley Indígena'). En el 2000, un grupo de parlamentarios presentó un nuevo proyecto de reforma constitucional para reconocer la existencia de los pueblos indígenas y otorgarles participación política, cuya tramitación tampoco prosperó (Boletín 2360-07).

La discusión sobre el reconocimiento multicultural ha trasladado el problema en como una Constitución sin reformar podría tener cabida. Sin embargo, es importante recordar que un Estado debe asegurar el respeto a los derechos fundamentales de cada persona, pero estos se pueden relativizar si nos desligamos de la concepción de una cultura única. En atención a ello, puede haber interpretaciones culturales variantes que repercuten en la visión de los mismos principios constitucionales como veremos a continuación.

4.1 Reconocimiento constitucional de los tratados internacionales

Con respecto a la relación existente entre el Derecho Nacional y Derecho Internacional Público, podemos afirmar que existen dos teorías;

1) La teoría *dualista* o *pluralista*, que señala que ambos ordenamientos son distintos, tanto en las materias reguladas, destinatarios e incluso generadores de normas. Por lo tanto, para que una rama externa tenga validez dependerá de la fuerza que cada ordenamiento le imprima. El juez solo podrá aplicar normas internacionales, una vez que han sido incorporadas o reproducidas por las autoridades nacionales o exista una disposición de su propio orden jurídico que la autorice¹³⁰.

2) La teoría *monista* por su parte plantea que tanto el Derecho Internacional Público como el Derecho Interno no son más que dos sectores dentro de un solo sistema jurídico universal, dependiendo su validez de un precepto jurídico de su concordancia con la norma hipotética fundamental, una norma básica primaria, independiente de todas las que le presidieron.¹³¹

En el caso chileno se ha inclinado por la primera teoría; el Tribunal Constitucional ha manifestado en forma unánime que los tratados internacionales que

¹³⁰ RIBERA, Teodoro, “*Los tratados internaciones y su control a posteriori por el Tribunal Constitucional*”. <https://www.redalyc.org/html/820/82050105/>. [Consultado el 18 de diciembre de 2018]

¹³¹ KELSEN, Hans, “*Teoría pura del Derecho*”, Dirección General de Publicaciones, Universidad Autónoma de México, 1982, pp. 201 y siguientes.

recaen sobre materias de ley deben ser incorporados al Derecho Interno de acuerdo a los tramites que establece la Carta Magna y que a la vez detentan un carácter infraconstitucional. Esta postura es apoyada por la doctrina nacional mayoritaria, en donde se enerva la Constitución ante los tratados internacionales.

El profesor Humberto Nogueira argumenta en contrario, quien sostiene que los tratados internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por Chile y vigentes, tienen preeminencia, incluso sobre la propia Constitución,¹³² basado en el artículo N°5 inciso 2 de nuestra Constitución que señala:

“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.*”

Así, el profesor argumenta señalando que el enunciado “la validez del tratado deriva de la legitimidad otorgada por la Constitución y es en ese marco y respetando a aquella que el tratado internacional puede tener vigencia interna”, incurre en un error conceptual, señalado que “la Constitución chilena no determina la validez de un tratado internacional, sólo posibilita su incorporación al derecho interno sin dejar de ser dicho tratado norma de derecho internacional, posibilitando su *aplicabilidad preferente frente a las normas jurídicas de derecho interno* una vez válidamente incorporado al ordenamiento jurídico nacional.”¹³³

Continúa señalando que “la *validez de un tratado* está determinada por su gestación de acuerdo al procedimiento determinado por el derecho internacional y no por la Constitución de un Estado, afirmar la validez de un tratado en virtud de lo que

¹³² NOGUEIRA, Humberto, “Los Tratados Internacionales en el Ordenamiento Jurídico Chileno”, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca, Revista Ius et Praxis, Constitución y Tratados Internacionales, Año 2 N°2, Talca Chile, 1997, Editorial Universidad de Talca, p.9.

¹³³ NOGUEIRA, Humberto, “Consideraciones jurídicas sobre la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre Tratados Internacionales y Derechos Esenciales contenidos en Tratados Internacionales, después de la reforma constitucional de 2005” https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002013000200004. [Se consultó el 17 de diciembre de 2018]

determina la Constitución de un Estado parte no tiene sustento jurídico en el derecho constitucional chileno ni en el derecho internacional, sin perjuicio de que dicha práctica constituye una clara vulneración de los artículos 26, 31.1. y 27 de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados, como asimismo de los principios imperativos del derecho internacional”.¹³⁴

Sin embargo, el profesor y doctor en derecho Teodoro Ribera contraargumenta señalando que: “no existe tratado alguno aprobado de acuerdo al artículo 54, N°1 de la Constitución que pueda cuestionar la supremacía constitucional. Que la parte final de dicho artículo no convierte a los tratados sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes en “Constitución material”, ni hace que la Carta Magna se modifique tácitamente o que pasen estos a formar parte de lo que se denomina “bloque de constitucionalidad”.

Posteriormente agrega “rechazamos terminantemente aquella pretensión que busca elevar a un carácter constitucional o supraconstitucional los tratados que recaen sobre derechos humanos, fundado en el artículo 5° de la Constitución. Si las constituciones de otros Estados han tenido que ir señalando expresamente que confieren primacía al Derecho comunitario...es porque, a contrario sensu, la regla general es que prima en el plano interno la Carta Fundamental.¹³⁵

Por otro lado, con respecto a la problemática indígena, autores como Meza-Lopehandía señalan que sería posible defender los derechos de los pueblos indígenas en base al artículo 5 inciso 2 de nuestra Constitución: en virtud de los tratados internacionales que versan sobre los derechos humanos, se permitirá incorporar dichos derechos a la Constitución¹³⁶. Sin embargo, bajo el panorama chileno y como se ha llevado la doctrina, aquello sería un error.

En este sentido, la adopción y ratificación del convenio 169 OIT en Chile sería tremendamente relevante y junto con él, el pluralismo jurídico. El tomar esta interpretación permitiría que uno de los objetivos principales del mismo, como lo es la

¹³⁴ Ídem.

¹³⁵ RIBERA, op. cit., p. 99.

¹³⁶ MEZA-LOPEHANDÍA, op. cit., p. 124-128.

“libre determinación y solución de conflictos”, pueda y deba llegar a ser aplicable en el ordenamiento jurídico chileno.

Sin embargo, Jaime Gajardo difiere y señala que “los derechos de los pueblos indígenas incorporados en los tratados internacionales colisionan permanentemente con el modelo político e ideológico creado en la Constitución del año 1980”¹³⁷, por lo que el artículo no alcanzaría a superar dicho parámetro, para que sea imponible.

En consecuencia, según la postura adoptada por nuestro ordenamiento jurídico nacional, agregado a la doctrina mayoritaria que señala los tratados internacionales que recaen sobre materias de ley son preceptos legales que gozan de una especial protección constitucional, pero no por eso adquieren una jerarquía supralegal,¹³⁸ los derechos indígenas incorporados en los tratados sólo podrán desarrollar y ampliar los derechos fundamentales que la propia Constitución establece¹³⁹. Así, excluiría un sistema de solución propio de conflictos, por ejemplo.

4.2 El principio de “igualdad ante la ley”

El artículo N° 19 numeral 2 establece:

“La Constitución asegura a todas las personas:

2°.- La igualdad ante la ley. En Chile *no hay persona ni grupo privilegiados*. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley.

Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”

Este principio puede ser usado para ambas partes de la argumentación, ya sea para incluir o no el reconocimiento indígena en nuestra Constitución. Una parte de la

¹³⁷ GAJARDO FALCÓN, J. “*Multiculturalismo y el debate constitucional chileno*”. Revista de Derecho. Escuela de Postgrado, Chile, 2015, p.226.

¹³⁸ RIBERA, op. cit., p. 103.

¹³⁹ RUIZ-TAGLE, Pablo. “*Presentación: Constitucionalidad de los tratados internacionales en Chile*”, Los tratados internacionales en la jurisprudencia constitucional, Fundación Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2001, Santiago, pp 5-15.

discusión ha usado el artículo para justificar por qué no someter a estos grupos a una jurisdicción propia.

Esta postura fue adoptada por 31 legisladores al momento de aprobar el convenio 169 de la OIT, en la discusión del Congreso. Así se señaló que “el Convenio perturbaría uno de los principios fundantes de la República, cuál es, la igualdad ante la ley y la prohibición de discriminaciones por razones étnicas o raciales, atentando contra la unidad de la nación chilena”¹⁴⁰.

Sin embargo, el concepto de igualdad, al menos como lo entendieron esa parte de los legisladores, es relativo en esta materia; así el profesor Nash señala que en caso de grupos intermedios el contexto está dado por una condición de vulnerabilidad y un factor cultural preponderante. Esto obliga al momento de interpretar una ley, por ejemplo, a aplicar el ejercicio de los derechos en condiciones de igualdad, lo que implica revisar la manera tradicional en que se han ejercido dichos derechos¹⁴¹.

Lo que intenta decir el autor, es que la neutralidad de la aplicación de la ley generaría en sí misma una discriminación a estos grupos minoritarios. Se deben considerar las características culturales propias de cada pueblo, a fin de que ellos accedan a los mismos derechos en igualdad. Por lo que surge la paradoja de la igualdad; si no se realizan diferencias a un grupo distinto, provoca una discriminación. Por lo que no hay que confundirlo con un privilegio, sino que es la “concreción del respeto del principio de la igualdad de trato a aquellos que se encuentran en situaciones diferentes”¹⁴².

Por lo que, si seguimos nuestro tema de análisis, el pluralismo jurídico bajo esta visión no sería privilegiar a un grupo, ni ser discriminador con la otra parte de la población, sino que vendría a ser el mecanismo para asegurar el derecho de igualdad ante la ley.

¹⁴⁰ BUSTAMANTE, *op.cit.*, p. 37.

¹⁴¹ NASH, Claudio. “*La interpretación culturalmente sensible de los derechos humanos*”, en: *Derechos Humanos y pueblos indígenas en Chile*, Chile: Centro de Derechos Humanos, p. 64.

<http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/142688/derechos-humanos-y-pueblos-indigenas-en-chile%20pdf.pdf?sequence=1> [Se consultó 16 diciembre de 2018]

¹⁴² Ídem, p. 65.

Ahora bien, se debe tener precaución en no caer en la denominada “*paradoja de la vulnerabilidad cultural*” que señala que la promoción de igualdad entre los grupos (pluriculturales) puede terminar reforzando o incluso agravando las desigualdades existentes del grupo, empeorando la posición de las denominadas “minorías dentro de las minorías” Esto es lo que ocurre, por ejemplo, en muchos grupos étnicos que niegan educación a las niñas de las tribus en nombre de la integridad cultural o sus matrimonios forzados.¹⁴³

Sea la posición que se adopte, se debe mirar a el respeto, resguardo e incluso armonización de los derechos fundamentales, aun cuando aquellos aparezcan en conflicto.

4.3 Pueblos indígenas como grupos intermedios

Otra visión con respecto al reconocimiento indígena está dada por el artículo primero de nuestra constitución, que señala:

“Art. 1: Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos. *El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos.* El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a *todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible*, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece. Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, *promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.*”

¹⁴³ TORBISCO, op,cit., p. 127.

En base a lo anterior, autores como Lucas Sierra, han planteado que, bajo la lógica de la Constitución, manifestada en el artículo anterior, los pueblos indígenas serían reconocidos como grupos intermedios¹⁴⁴. Así mismo, parte de la doctrina constitucional ha asimilado a los pueblos indígenas a la categoría constitucional de “grupos intermedios”, esto es, entidades colectivas con cierta permanencia, que actúan en el seno del Estado, y que éste reconoce y ampara. Según dicha teoría, formarán parte como estructura organizativa de la sociedad, cuya autonomía para el cumplimiento de sus fines específicos está garantizada por el Estado.¹⁴⁵

Prado, siguiendo la teoría anterior, afirma que los principios básicos del orden constitucional y en particular los deberes de amparar y garantizar la autonomía de los grupos intermedios, asegurar la igualdad de oportunidades, y promover los derechos humanos internacionalmente reconocidos, implica una obligación estatal de promoción del reconocimiento de los pueblos indígenas a nivel institucional, “con independencia de la intención original de los redactores de la Constitución”.¹⁴⁶

En base a lo anterior, se excluye el pluralismo jurídico en la Constitución chilena, al menos bajo esta interpretación. Toda especie de libre determinación, que pudiera otorgar un margen de solución propio de los conflictos a los pueblos indígenas, no sería suficiente bajo la concepción de grupos intermedios, ya que el mismo texto lo limita.

Si los pueblos indígenas son solo “grupos intermedios”, entonces no puede ejercer derechos colectivos respecto de sus integrantes que exigen derechos individuales. Existiría entonces, una tensión entre los derechos colectivos e individuales de cada comunidad.

¹⁴⁴ SIERRA, Lucas, “*La Constitución y los indígenas en Chile: Reconocimiento individual y no colectivo*”, Centro de Estudios Públicos, Revista N° 92, 2003, pp.19–27.

¹⁴⁵ Tribunal Constitucional de Chile, sentencia Rol N° 309, 4 de agosto de 2000, a citarse en adelante como STC 309.

¹⁴⁶ PRADO, Maximiliano. “*La cuestión indígena y las exigencias del reconocimiento*”, Colección de Investigaciones Jurídicas, Escuela de Derecho, Universidad Alberto Hurtado, Santiago, 2003, p. 75.

VI. JURISPRUDENCIA NACIONAL SOBRE LA RECEPCIÓN Y APLICACIÓN DEL CONVENIO 169 OIT

El pluralismo jurídico, entendido como esta convivencia de diferentes sistemas jurídicos dentro de un mismo territorio, no tendría cabida en Chile. Lo anterior justificado en la concepción unitaria e imparcial que ha tratado de mantener el Estado chileno en su normativa constitucional. Sin embargo, como analizaremos a continuación, el choque de derechos fundamentales individuales en contraposición a los derechos sociales de cierta etnia no ha tenido excepción en nuestro país.

Así, a pesar de que formalmente el pluralismo jurídico en relación a la solución de controversias, en donde cada comunidad pueda decidir en base a reglas propias o “derecho propio”, no debiese existir, es interesante analizar cómo se ha adaptado la jurisprudencia, sobre todo después de la ratificación del Convenio N° 169. Cabe adelantar que los tribunales en Chile, a pesar de que han tenido dificultades de conciliar derechos humanos individuales y Derechos Colectivos, han llegado a un nivel de armonización que puede ser más o menos cuestionable.

1. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional jugó un papel muy importante al momento de la aprobación del Convenio 169 en Chile. La discusión, que hasta el momento estaba centrada en el Congreso Nacional, se tornó un tema de constitucionalidad rápidamente. Se sostenía que el mismo contravenía directamente la unidad del estado chileno y su Constitución, por lo que dicho órgano jurisdiccional tuvo que establecer si dicho convenio estaba o no conforme a derecho.

El profesor y doctor en derecho Teodoro Ribera, resume el proceso de discusión ante el Tribunal Constitucional, y señala: En el año 2000 el Presidente de la República, don Ricardo Lagos, sostuvo ante el Tribunal Constitucional que la expresión pueblos

indígenas “está tomada como un conjunto de personas de un lugar o país que no están dotadas de potestades públicas y que gozan de determinados derechos que se encuadran dentro de la Carta Fundamental”. El mismo Jefe de Estado indicó que “dentro de un país existen distintos pueblos, distintos grupos de personas con identificaciones propias, pero no por ello cada uno conforma una ‘nación’. [...] Ninguna de las disposiciones del Convenio objetado implica o autoriza a los ‘pueblos indígenas’ a ejercer potestades públicas, elemento propio del ejercicio de la soberanía”. Considerando lo anterior, el Tribunal Constitucional alcanzó “la íntima convicción” de que los pueblos indígenas “no se encuentran dotadas de potestades públicas. [...] Ellos no constituyen un ente colectivo autónomo entre los individuos y el Estado”.¹⁴⁸

En base a lo anterior, el Tribunal en su sentencia¹⁴⁹ con relación a la constitucionalidad de este, señaló:

- a) Los pueblos indígenas no constituyen un ente colectivo autónomo entre los individuos y el Estado. La expresión “pueblos” del convenio no refiere a titular de soberanía. La expresión se considera dentro del tratado como un conjunto de personas o grupo de personas que poseen en común características culturales propias. No se encuentran dotadas de potestades públicas y tienen derecho a participar y ser consultadas¹⁵⁰.

Con dicho considerando de su decisión, corta las alas a lo principal del tratado que busca el reconocimiento y autodeterminación de los pueblos. La decisión restringe el ámbito de aplicación del tratado, desde la semántica de pueblos, su autonomía como ente cultural propio y les establece derechos leves, como sería el derecho a participar y ser consultados. Los últimos dos no entregan garantías reales, ya que no señala que se respetará sus decisiones, sino que solo habrá una consideración por parte del estado.

- b) Los pueblos indígenas, quedarán sometidos al ordenamiento constitucional vigente.

¹⁴⁸ MEZA-LOPEHANDÍA, M., SIERRA, L., RIBERA, T., & SALAZAR, F., “Desafíos y alcances de la implementación del Convenio N° 169 de la OIT en Chile”, Anuario de Derechos Humanos, 2006, p. 55.

¹⁴⁹ STC 309.

¹⁵⁰ Punto resumido por Minda Bustamante, anteriormente citada.

El pluralismo jurídico en las comunidades indígenas, entendido como el reconocimiento estatal para que ellos mismos puedan resolver sus conflictos conforme a derecho, el Tribunal Constitucional fue enfático en señalar que sería “*absoluta y nítidamente incompatible con el sistema procesal nacional*”, en medida que en los artículos 73 y 19 n°3 del texto constitucional excluirían 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”.

Luego de las múltiples delimitaciones y alcances con respecto a lo entendido en el texto que señaló el Tribunal Constitucional al proyecto original, declara que se sujeta al derecho, y que cumple con el sistema jurídico chileno, otorgando la calidad de “cuerpos intermedios” para salvar el Convenio N° 169 de la inconstitucionalidad. Su objetivo entonces era “*hacer todos los esfuerzos dentro de lo permitido por la Ley Suprema, para encontrar una interpretación conciliatoria entre las normas de un tratado y los preceptos de la Constitución*”¹⁵². En consecuencia, la discusión volvió al Congreso, y el convenio fue ratificado 8 años después (septiembre del 2008) en el primer gobierno de la Presidenta Bachelet.

2. Jurisprudencia del Poder Judicial

Tal como se ha señalado anteriormente, a pesar de que en la teoría es imposible concebir un pluralismo jurídico en Chile, que limite los derechos fundamentales individuales de las personas y los derechos sociales, los tribunales tras la entrada en vigor del Convenio 169 han cambiado su visión y forma de fallar, sobre todo en zonas con poblaciones indígenas, como sería el norte y sur de nuestro país.

La forma de configurar el aseguramiento de los derechos individuales que están reconocidos para todos los chilenos, y los derechos colectivos que en Chile no tienen un reconocimiento constitucional es una tarea de máxima complejidad que han adoptado estos organismos. Ante una contraposición de derechos, los tribunales han flexibilizados

¹⁵² STC 309/3.

el derecho, como en las sentencias que analizaremos a continuación, para poder respetar el instrumento internacional que Chile ha suscrito y dar una mayor relevancia al derecho propio indígena.

2.1 Jurisprudencia de tribunales en materia penal

La entrada en vigor del Convenio N° 169 de la OIT, les devuelve la mirada a los derechos colectivos de las comunidades y a la vez introduce una nueva forma de análisis en los tribunales y sus sentencias.

La única ley promulgada dentro de nuestro ordenamiento, que da una mirada a los aspectos consuetudinario de los pueblos indígenas, es la Ley N° 19.253 o “Ley Indígena”, la cual en su artículo 54 que señala “la costumbre hecha valer en juicio entre indígenas pertenecientes a una misma etnia, constituirá derecho, siempre que no sea incompatible con la Constitución”. Sin embargo, no les reconoce una jurisdicción especial, sino que se mantiene ligándola al ordenamiento jurídico nacional, estableciendo límites, y debe ser probada ante tribunales.

El Convenio 169, tal como hemos analizado, le otorga a las comunidades derechos como vivir y desarrollar su cultura y el ejercicio de derechos colectivos mediante formas propias de resolución de conflictos o “derecho propio”. Así el artículo 9 de dicho convenio, en sus numerales 1 y 2 señala:

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 materia¹⁵³.

¹⁵³ El Tribunal Constitucional en STC 309/54, señaló que dicho numeral del convenio sería inconstitucional, en base a que atentaría contra el principio de igualdad ante la ley, ya que “*incorpora una*

Para poder aplicar correctamente el derecho, en concordancia con el Convenio, y su armonía, los tribunales han flexibilizados una figura jurídica penal: “*Acuerdo Reparatorio*”. El anterior podemos definirlo como “un acuerdo entre la víctima y el imputado, en que el segundo se obliga a reparar los daños que pudo causarle a la víctima”¹⁵⁴. El último procede en delitos que afecten bienes jurídicos de carácter patrimonial, lesiones menos graves y delitos culposos.

2.1.1 Primer caso: Tráfico de estupefacientes¹⁵⁵

Dos mujeres de la etnia Aymara, a quienes se le imputó el delito de tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, pues portaban hojas de coca seca con motivo de festividad religiosa en la ciudad de Calama, fueron absueltas por el Tribunal de Juicio Oral en la Penal de Calama señalando en su considerando cuarto que “no obstante a realizar una conducta reprochable, lo hicieron siguiendo las formas y simbolismos propios de su cultura, lo que, en su consciencia y fuero interno, no tuvieron la intención de traficar hojas de coca, sino que de entregárselas a una persona que las iba a utilizar en una festividad religiosa”. Cabe precisar, que entre las aymaras es corriente que en las festividades se consuma y se utilice hojas de coca, por lo tanto, no podría ser atentado de derecho si en su consciencia era una práctica habitual.

La sentencia de primera instancia fue impugnada por medio de recurso de nulidad deducido por el Ministerio Público, en base a que en el fallo habría una errónea aplicación del derecho, al estimar no constitutivo de delito conductas expresamente previstas en la Ley 20.000. Mediante el recurso deducido se da cuenta del panorama de la costumbres indígenas, las cuales no están asumidas ni protegidas por todos los órganos del estado, sino que son materia de razonamiento de los tribunales.

discriminación arbitraria en razón del origen étnico del delincuente”. Sólo accede a ser un instrumento de consideración del juez al momento de resolver en la sentencia definitiva.

¹⁵⁴ “¿*Qué son los acuerdos reparatorios?*” <https://www.misabogados.com/blog/es/que-son-los-acuerdos-reparatorios>. [Se consultó el 16 mayo de 2018]

¹⁵⁵ BUSTAMANTE, op.cit., Corte de Apelaciones de Antofagasta, sentencia 05 de noviembre de 2007, Causa Rol N° 250-2007.

El Tribunal Oral en lo Penal de Calama su sentencia señaló en su considerando cuarto que “las acusadas, no obstante realizar una conducta reprochable lo hicieron siguiendo las formas y simbolismos propios de su cultura, lo que significa que ellas, en su consciencia y fuero interno, no tuvieron la intención de traficar las hojas de coca, sino de entregárselas a una persona que las iba a utilizar en una festividad religiosa”, continua agregando “las acusadas creyeron equivocadamente que estaban apuradas por la causal de justificación del artículo 10 N°10¹⁵⁶ del Código Penal por el ejercicio legítimo de un derecho, lo que obsta a la existencia de la conciencia de la ilicitud de la conducta”.

Es en esta primera instancia en que se empieza a hablar de materias de “formas y simbolismos de su cultura” y “dentro de una festividad religiosa” que hace referencia a las costumbres propias de la comunidad Aymara, lo cual constituye un primer abismo de protección a su diferencia. Lo anterior a la vez respalda con elementos de derecho como es la conciencia y fuero interno de las imputadas, que mantuvo incólume la presunción de inocencia.

La Corte de Apelaciones de Antofagasta, al momento de analizar la sentencia del tribunal inferior concordó con el razonamiento, además agregó: “En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros del grupo, a tener *su propia vida cultural o profesar y practicar su propia religión*”.

La justificación de la Corte expresa la problemática como un conflicto de minorías más que una problemática indígena en sí, por lo que utiliza la adhesión del Estado de Chile al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y no el Convenio N° 169 de la OIT para llevar a cabo su argumentación. Así, justifica su resolución señalando:

¹⁵⁶ El artículo 10 N° 10 del Código Penal señala:

“Están exentos de responsabilidad criminal: 10° El que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho.”

“El artículo 27,¹⁵⁷ se inspira en la igualdad ante la ley, requiriendo una acción positiva del Estado en resguardo de los grupos minoritarios que existan y que de hecho existen en él. Fundamentalmente se traduce en la obligación del respectivo Estado de permitir a las personas de pertenecientes a dichos grupos manifestar diferencias de cultura e idioma. Ello es un derecho humano digno de total respeto y observancia en cualquier comunidad jurídicamente establecida.”

Así, señaló que la validez “proviene de un Tratado Internacional, al cual ha adherido soberanamente nuestro país produciéndose lo que el Derecho Internacional Público denomina la “auto ejecutividad de tales convenciones” por lo que del precepto invocado se deriva un derecho o interés legítimo e irrenunciable a favor de todo individuo nacional o extranjero y que es lo suficientemente específico para ser aplicado directamente por los llamados a hacer cumplidera la ley en su cabal sentido y alcance”.

Es de notable interés que la Corte en su sentencia hace referencia al principio de primacía de la realidad, para justificar la costumbre de dicha comunidad señalando en su considerando octavo:

“Que, no es superfluo acotar que, en la comunidad residente en Calama y todo su entorno inmediato al altiplano de la hermana República de Bolivia, un indesmentible principio de primacía de la realidad determina el respeto y cultivo de tradiciones propias e intransferibles de su propia cultura y modo de amar y sentir la vida diaria.”

Por lo que inevitablemente vemos interpretación culturalmente sensible del caso, en el cual no se aplicó la norma directamente incluso cuando incurría en los supuestos que ella misma sanciona, destacando el deber del Estado de permitir la manifestación de las diferencias de cultura e idioma de las comunidades indígenas.

¹⁵⁷ “En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.”

A pesar de que la Corte mantuvo la sentencia absolutoria, y puso énfasis en que las costumbres de aquellas mujeres no permitirían justificar el dolo de su acción, señaló textualmente en su considerando decimo que solo es fuente del derecho Penal una ley propiamente tal, como prescribe el artículo 10 N°3 incisos 7° y 8° de la Constitución Política y artículo 1 del Código Penal.

Por lo tanto, cierra la ventana que pudo haber abierto con sus consideraciones anteriores. Pero, aun así, considera la costumbre propia de dicha etnia, más que como atenuante de responsabilidad, como eximente, en donde a pesar de que la acción podía llegar a ser ilícita, se debe un respeto a la cultura y tradiciones propias de cada etnia, en consideración a los instrumentos internacionales que Chile ha suscrito, concluyendo en su considerando undécimo “La Corte entiende que semejante conclusión absolutoria, engrandece y prestigia la seriedad del sistema judicial chileno”.

2.1.2 Segundo caso: Tentativa de robo en lugar habitado¹⁵⁸

El caso trata de dos integrantes de una comunidad mapuche, que entran en conflicto. Uno de ellos acusa al otro de haber intentado entrar a su casa para robar. El conflicto es llevado ante los tribunales de garantía, y es señalado como un “caso indígena” en vista de sus integrantes. Esta sentencia es importante, en vista a que introduce la semántica de “derecho propio” y visibiliza el pluralismo jurídico.

En los hechos, se discutió la procedencia de los acuerdos reparatorios en el caso, como salida alternativa al conflicto. Así, el artículo 241 de nuestro Código de Procedimiento Penal establece: “Procedencia de acuerdos reparatorios. El imputado y la víctima podrán convenir acuerdos reparatorios, los que el juez de garantía aprobará, si se verificase que los concurrentes hubieren prestado consentimiento en forma libre y con pleno conocimiento de sus derechos”, y luego en su inciso segundo agrega, “Los acuerdos reparatorios solo podrán referirse a hechos investigados que afectaren bienes

¹⁵⁸ BUSTAMANTE, op. cit. Juzgado de Garantía de Temuco, Causa RIT 206-2011.

jurídicos disponibles de carácter patrimonial, consistieren en lesiones menos graves o constituyeren delitos culposos”.

Así, los argumentos de la defensa se centraron en la consideración de la Corte de Apelaciones con respecto al Convenio 169 de la OIT, esto es, que es una ley vigente y ratificada por Chile, de carácter superior por ser un tratado internacional de los derechos humanos. La defensa cita el artículo 9 del mismo, y señala que mientras no contravenga el sistema jurídico nacional, debe respetarse el “derecho propio”, proponiendo como solución a la controversia un acuerdo reparatorio.

La fiscalía, por otro lado, sostiene que dicha salida sería improcedente, ya que la aplicación del Convenio posee dos requisitos:

1) Que se pruebe la costumbre, que en el caso no existiría, en vista a que “no hay costumbre clara que se haya esgrimido y que aparezca acreditada o que al menos sea de conocimiento del tribunal o de los intervinientes de forma fehaciente” y, además;

2) Que dicha costumbre no atente contra el sistema jurídico nacional. Así lo señaló diciendo “el sistema jurídico nacional y en tal sentido, aquel establece claramente cuáles son los bienes jurídicos respecto de los cuales se puede aplicar el acuerdo reparatorio y, por lo tanto, entender lo contrario significaría o iría en contraposición a lo establecido en el sistema jurídico mencionado en el artículo 241”.¹⁵⁹

La sentencia acoge el acuerdo reparatorio en los términos propuestos por la defensa. La justificación dada por el tribunal es que ambas partes seguirán viviendo en el mismo lugar y seguirán siendo parte de la misma comunidad, por lo que si se aplica una medida más firme *quebraría el equilibrio comunitario*. Por lo tanto, en aquella resolución se demuestra que son los propios jueces en sus sentencias los que incipientemente empiezan a reconocer e incorporar el Convenio 169. Aquello en vista de buscar una salida alternativa, como lo es un acuerdo reparatorio, en conflictos cometidos por dos sujetos pertenecientes a una misma etnia, en base al reconocimiento de su

¹⁵⁹ RAMIREZ, Silvina, “Nuevos paradigmas estatales para el fortalecimiento del pluralismo jurídico”, Convenio 169 OIT; Los desafíos de su implementación en América Latina a 25 años de su aprobación. <https://www.issuu.com/indigenouspeoples/docs/convenio169oit2014/162>. [Se consultó el 18 de diciembre de 2018]

derecho propio, y al respeto de las formas de solución de conflictos dentro de su propia comunidad, con el fin de no afectar el equilibrio jurídico al interior de aquella.

Por lo que con esta resolución queda en manifiesto que los tribunales han dado preferencia a los métodos alternativos de solución de conflictos, respetando la manera propia y alternativa que poseen los pueblos originarios. Así la Defensoría Penal Pública señala: “El acuerdo se produce en una instancia diversa a la judicial. El acuerdo reparatorio viene a otorgar la “legalidad” requerida por una resolución que pone término al conflicto, pero lo cierto es que el *verdadero acuerdo no sucede en la audiencia, sino que, de manera posterior, frente a otras autoridades y/o frente a la comunidad*. De esta manera, se cumple con lo ordenado por el Convenio 169 de la OIT en especial sus artículos 8.2 y 9.1.”¹⁶⁰

En conclusión, dentro de la sentencia podemos tener una aproximación al razonamiento actual de los tribunales, es decir, el imperar por mantener una armonía en la vida de la comunidad. Lo anterior es realizado a través de la consideración del Convenio 169 junto a la normativa penal, que permite la coexistencia de dos regímenes jurídicos (étnico o indígena presentado a través del ordenamiento internacional versus el nacional). Por lo tanto, sin duda produce una irritación del sistema jurídico, pero es necesaria ante la vista de la interpretación culturalmente sensible de los derechos fundamentales.

2.1.3 Tercer caso: Violencia intrafamiliar dentro de la comunidad mapuche

El contexto del caso radica dentro de la comunidad mapuche, en especial entre los miembros de dicha familia. En los hechos, uno de los integrantes del grupo familiar intenta agredir a su hermana, siendo repelido por su madre y hermanos. Producto del hecho, los últimos resultan con lesiones leves y Carabineros de Chile detiene al autor.

¹⁶⁰ “2° Informe de Jurisprudencia sobre Defensa Penal de Imputados Indígenas”, Defensoría Penal Pública.
<http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataBank/7615.pdf>. [Se consultó el 18 de diciembre de 2012]

La Fiscalía basa su pretensión en que el hecho constituye un delito de violencia intrafamiliar según la Ley N° 20.066, por lo cual solicita las medidas de protección que dicha ley establece, y además una pena de presidio y una multa.

La defensa al igual que el caso anterior, solicita al tribunal tener en consideración el Convenio N° 169 de la OIT con relación a la solución de problemas dentro de la misma comunidad, y solicita un acuerdo reparatorio.

El tribunal acoge el acuerdo reparatorio, cuya sentencia es bastante enriquecedora, ya que dentro de los considerandos de su sentencia, lo justifica señalando:

*“3.- 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.”*

Lo anterior ha sido una constante entre los tribunales de garantía,¹⁶¹ sobre todo en la región de Araucanía, contraviniendo lo que señala expresamente el artículo 19 de la Ley 20.066, que señala: *“Improcedencia de acuerdos reparatorios. En los procesos por delitos constitutivos de violencia intrafamiliar no tendrá aplicación el artículo 241 del Código Procesal Penal.”*

¹⁶¹ BUSTAMANTE, op. cit., Las siguientes sentencias poseen el mismo razonamiento expuesto, demostrando una clara postura argumentativa adoptada por dicha Corte. Así:

- Corte de Apelaciones de Temuco ROL N° 635-2012
- Corte de Apelaciones de Temuco ROL N° 388-2012
- Corte de Apelaciones de Temuco ROL N° 499-2012
- Corte de Apelaciones de Temuco ROL N° 1192-2011
- Corte de Apelaciones de Temuco ROL N° 18-2012
- Corte de Apelaciones de Temuco ROL N° 43-2012

En consecuencia, algunos tribunales han sentenciado privilegiando dichos acuerdos entre las partes, dando preferencia a la aplicación directa del Convenio N° 169 de la OIT, aún sobre la expresa prohibición en la materia sobre la celebración de estos.

Lo anterior representaría una forma de pluralismo jurídico, en donde los tribunales han optado por dar la posibilidad de que personas pertenecientes a pueblos originarios resuelvan sus conflictos en base a su cultura jurídica aun sobre lo expreso de la ley nacional.

El razonamiento de la Corte de Apelaciones no parece errado ni contradictorio al sistema jurídico nacional, en donde las disculpas a la comunidad son predominantes a las penas efectivas, si consideramos la siguiente parte de su resolución:

*“4° Actuar de otra manera, impidiendo el término del conflicto de la forma que se ha producido, implicaría desintegrar a una familia que ha podido recomponerse mediante una solución que les parece justa, lo que estaría en **contradicción con el Convenio ya referido que obliga a fortalecer la integración de los pueblos**, más aún cuando de esta manera se contribuye a cumplir con el interés superior de fortalecer la familia de acuerdo con lo que establece la Constitución Política de la República.”*

El razonamiento de la Corte ha sido semejante en el caso de dos mujeres mapuches en contexto de violencia intrafamiliar,¹⁶² en donde señaló:

*“3.- 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.”*

¹⁶² Corte de Apelaciones de Temuco ROL N° 581-2012.

Es claro entonces, que nuestros tribunales de justicia ante estos casos tienen que ponderar tres regímenes jurídicos: El internacional (Convenio 169 de la OIT), el Nacional (Ley 20.066 y Código Procesal Penal, en especial su Artículo 241) y el derecho propio mapuche (Azapa o costumbre indígena). En los autos han resuelto lo más acorde a la armonización de los tres regímenes, es decir, los conflictos son llevados a tribunales nacionales, pero a pesar de prohibiciones expresas, los tribunales han respetado los convenios internacionales que le aportan una mayor significación a la cultura jurídica propia de cada comunidad. Se ha avanzado así en un pluralismo jurídico “a la chilena”.

Sin embargo, al ser un tema jurídicamente sensible (al ser una norma ponderada con otra), no ha estado exenta de críticas de los propios ministros de las Cortes de Apelaciones, en donde, por ejemplo, en un caso similar a los mencionados, se acogió el acuerdo reparatorio¹⁶³, pero fue acordada con un voto en contra que argumenta en base al mismo Convenio N°169 de la OIT, señalando:

*“La referida regla si bien dispone que deberán respetarse los métodos tradicionales de los pueblos indígenas (cuyo es el caso de autos), dispone también que debe hacerse “en la medida que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional...”, cuestión que no ocurre en la presente causa, pues, tratándose de un delito cometido en el **contexto de violencia intrafamiliar**, **resultan improcedentes los acuerdos reparatorios**”.*¹⁶⁴

La Corte de Apelaciones termina agregando:

“En consecuencia, al negar la aprobación de los acuerdos reparatorios en estas materias, no se infringe el mencionado artículo 9° del Convenio 169 ya referido,

¹⁶³BUSTAMANTE, op.cit. Sentencia Rol N° 635-2012.

¹⁶⁴ BUSTAMANTE, op.cit. Corte de Apelaciones de Temuco. Rol N° 635-2012, considerando número dos.

*sino que, al contrario, se le da aplicación en forma armónica con nuestra legislación”.*¹⁶⁵

Otro voto en contra que cabe destacar es del ministro Alejandro Vera, esta vez en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco¹⁶⁶, en donde los hechos del caso varían en que la violencia intrafamiliar se produce entre una pareja de etnia mapuche. Lo que hace el sentenciador es invocar otros convenios internacionales como lo es la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. Así:

“La multiculturalidad y el respeto de las costumbres de los pueblos indígenas debe reconocer como límite la cosificación y degradación de la mujer, lo que obliga a revocar un sobreseimiento definitivo originado en el acuerdo reparatorio entre una mujer supuestamente agredida por su cónyuge o conviviente, por razones de derechos fundamentales y no simplemente en la perspectiva ilusoria de la igualdad en la capacidad de negociación amparada en aspectos culturales.”

Lo que hace el ministro es una brillante argumentación con respecto a la visión contraria. Limita el pluralismo jurídico a los derechos fundamentales, aún más allá de la ley nacional y de los otros tratados. A diferencia de los votos de mayoría, que intentan armonizar los diferentes sistemas jurídicos y mantener la vida en comunidad, los votos de minoría tienen un énfasis más particular a los derechos individuales del sujeto, que lo intentan rescatar de las desigualdades propias de las minorías dentro de las minorías, resguardando sus derechos conforme a la Constitución.

¹⁶⁵ BUSTAMANTE, op.cit. Corte de Apelaciones de Temuco. Rol N° 635-2012, considerando número tres.

¹⁶⁶ BUSTAMANTE, op.cit. Corte de Apelaciones de Temuco. Rol N° 388-2012.

Alguna de las sentencias analizadas han sido objeto de recurso de queja,¹⁶⁷ viendo en ellas una “grave falta o abuso” por parte de los sentenciadores. Es así como la Corte Suprema ha debido dar la última palabra con respecto a la postura de la Corte de Apelaciones, y lo ha hecho aceptando este “derecho propio” y pluralismo jurídico implícito que conlleva, argumentando: “Que, en mérito de los autos, aparece que los sentenciadores al dictar la resolución cuestionada, han interpretado, dentro de sus facultades privativas, las disposiciones legales que atañen la materia sometida a su conocimiento, consignando *adecuados razonamientos*, de tal modo que *no se ha demostrado falta o abuso grave susceptible de ser enmendado por esta vía*”, optando por el rechazo del recurso y avalando la tendencia de razonamiento de la Corte de Apelaciones en problemáticas indígenas.

2.1.4 Cuarto caso: Delitos sexuales en Rapa Nui

En 1888, cuando Chile anexa a su territorio la isla de Rapa Nui, se intentaron adaptar las leyes continentales a la idiosincrasia de la isla, ya que se entendía que en dichos años presentaba necesidades, requerimientos y vivencias especiales. Se optó por una aplicación legislativa distinta a la ley nacional, creándose para estos efectos la Ley 16.441, publicada el día 1 de marzo de 1966, también conocida como la Ley Pascua.

El contexto se basa en un levantamiento nativo en 1964, denunciando los abusos cometidos por los gobernadores marítimos, y las precarias condiciones económicas, sociales y culturales en que se encontraban los nativos de la época. El presidente Eduardo Frei Montalva, aceptó parte de las demandas de los isleños, y les otorgó la ciudadanía chilena a los rapa nui, incorporándolos de manera efectiva al Estado chileno. Además, integró la isla a la organización territorial chilena, fijando normas para la

¹⁶⁷ “2° Informe de Jurisprudencia sobre Defensa Penal de Imputados Indígenas”, Defensoría Penal Pública.

<http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataBank/7615.pdf>. [Se consultó el 18 de diciembre de 2012]

- Corte Suprema, de fecha 25 de enero de 2012, rol de ingreso N° 592-2012.
- Corte Suprema, de fecha 19 de enero de 2012, rol de ingreso N° 11.616-2012.
- Corte Suprema, de fecha 04 de enero de 2012, rol de ingreso N° 10.635-2011.

organización y funcionamiento de los diversos servicios públicos y ampliando la presencia del Estado en la isla, creándose el departamento de Isla de Pascua al pronunciamiento de la Ley.¹⁷²

Aquella ley contempla una serie de articulados, que básicamente permite que los autores de diversos delitos, como violación y abuso sexual, puedan tener penas rebajadas y aumentar sus beneficios carcelarios. Así, el artículo 13 y 14 de dicha ley señala:

“Artículo 13° En los delitos contemplados en los Títulos VII y IX del Libro Segundo del Código Penal, cometidos por naturales de la Isla y en el territorio de ella, se impondrá la pena inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley para el delito de que sean responsables.

*Artículo 14° En aquellos casos en que el Tribunal deba aplicar penas de presidio, reclusión o prisión podrá disponer que hasta dos tercios de ellas puedan cumplirse fuera del establecimiento carcelario, fijando en la sentencia las condiciones de trabajo y residencia que deba llevar el condenado y el tiempo por el cual se concede este beneficio”.*¹⁷³

Los artículos precedentes, buscaban adecuar las normas legales a la cultura rapa nui, en base a que la apropiación sexual de una mujer era parte de los ritos,¹⁷⁴ estableciendo una serie de requisitos;

- 1) Cometidos por naturales de la isla. El primer enunciado, no hace referencia a que se aplicará solo a los de la etnia Rapa Nui, sino que al señalar que son “naturales de la isla” da un parámetro mucho más extenso que abarca a todos los nacidos en territorio insular, con independencia a si pertenecen a dicha comunidad. Además, deben ser delitos “cometidos” por lo que solo

¹⁷² ANDUEZA, Pablo, “*Mediación en una Sociedad Multicultural: El Modelo de Cogestión en Rapa Nui*”, Revista de Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso, Valparaíso, 2000, p. 114.

¹⁷³ "Ley N° 16.441 Ministerio del Interior." <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=28472>. [Se consultó el 18 mayo de 2018]

¹⁷⁴

resguarda la calidad de autores. Por lo que los delitos cometidos por isleños se rebajaran las penas en un grado.

- 2) Cometan el delito dentro del territorio. La ley se limita a delitos cometidos dentro del territorio insular, debiendo cumplirse ambos requisitos de manera copulativa.

Con respecto al cumplimiento de la pena del artículo 14 de la ley, el problema radica en que, dentro del sistema judicial chileno, cuando los delitos tienen una pena mínima de tres años y un día de cárcel, el condenado puede acceder a las llamadas medidas alternativas de privación de libertad, que son los beneficios de remisión condicional de la pena, reclusión nocturna y libertad vigilada. Por lo tanto, este mismo condenado por violación, al cual ya se le rebajó la pena en un grado, puede optar en forma inmediata a estos beneficios y además a la aplicación del artículo 14 de esta misma Ley 16.441.¹⁷⁵

La Ley Pascua, en sus artículos anteriores, ve un reconocimiento de la costumbre existente, aquella aplicada a naturales, es decir a quienes hayan nacido en la Isla, independiente de si son o no parte de la etnia y también en los casos donde el delito es cometido dentro del territorio, en donde los delitos contra el orden de las familias y la moralidad pública, y contra la propiedad, se aplicará la pena inferior en un grado al mínimo de los señalados en la ley. En relación con la integración del pueblo Rapa Nui, y la mantención de su cultura.¹⁷⁶

La situación anterior, ha provocado que dentro de la isla se hayan consultado sobre 600 casos policiales por agresiones a mujeres pascuenses registrados desde 2010, sobretudo en contexto de violencia intrafamiliar (según estadísticas del Centro de la Mujer Isla de Pascua, avalado por el Sernam¹⁷⁷). Por otro lado, según las cifras de la Subsecretaria de la Prevención del Delito, entre 2007 y 2015, un total de 52 personas

¹⁷⁵ ABARCA, Angelica, "Artículos 13 y 14 Ley Pascua: Beneficios para quienes delinquen en Rapa Nui". <http://www.elcorreodelmoai.com/?p=408>. [Se consultó el 16 de diciembre de 2018]

¹⁷⁶ AYLWIN, J., MEZA-LOPEHANDIA, M., & YAÑEZ N., op,cit, p. 186.

¹⁷⁷ "Rapa Nui y la polémica por los delitos sexuales", <http://www2.latercera.com/noticia/rapa-nui-y-la-polemica-por-los-delitos-sexuales/>. [Se consultó el 18 mayo de 2018]

condenadas se beneficiaron con el artículo 14, es decir, cumplieron con dos tercios de su pena en libertad.¹⁷⁸

Ahora bien, esta realidad se mantiene hasta hoy en día. A pesar de los esfuerzos de algunos legisladores, y proyectos de ley, el intento de modificación a dichos artículos no ha sido bien recibida en la Isla, a pesar de lo que la lógica nos llevaría a tender a creer debido a ser sus propias mujeres e hijas las víctimas de dichos delitos. Así por ejemplo, el presidente del Parlamento Rapa Nui -organización de familias originarias de la isla-, tras enterarse de la existencia de dos proyectos de ley¹⁷⁹, fue enfático en señalar que “*Esto sería un atentado al pueblo Rapa Nui*”, según lo señalado por el diario La Tercera.¹⁸⁰ Al igual que en los casos anteriores, existen dos clases de derechos que colisionan: por una parte, el derecho colectivo a la autodeterminación, y mantención de las culturas, que en los últimos años se ha potenciado a nivel internacional, como lo es con el Convenio N°169 de la OIT, y por otro lado la visión de los derechos fundamentales individuales de la persona, a mantener su integridad física y psíquica, como lo establecen demás tratados de derechos humanos universales.

En conclusión, existirían dos sistemas jurídicos latentes; por una parte, uno marcado por la cultura milenaria que tiene una comunidad indígena como la rapa nui, en donde, por ejemplo, el rapto de mujeres era un ritual para el casamiento, avalado por la toda la comunidad pascuense, representando a sus antepasados y el ser “merecedor de la mujer”. Por otro lado, nos encontramos con el sistema jurídico continental, marcado por las normas que derivan de nuestra Constitución, y que deben ser respetadas en todo el territorio chileno, que incluye el territorio insular pascuense. Es así como nuevamente

¹⁷⁸ Subsecretaría de Prevención del Delito. <http://www.seguridadpublica.gov.cl/>. [Se consultó el 18 mayo de 2018]

¹⁷⁹ El primero que modifica la ley N° 16.441, que crea el departamento de Isla de Pascua, en lo relativo al tratamiento penal de los delitos que indica. Boletín 11407-07, presentada el 23 de agosto de 2017, actualmente en primer trámite constitucional.

El segundo que deroga los artículos 13 y 14 de la ley N°16.441, que crea el departamento de Isla de Pascua, relativos a la penalidad especial de los delitos contemplados en los Títulos VII y IX del Libro II del Código Penal en esos territorios y al cumplimiento de ella. Boletín 10787-06, presentado el 5 de Julio de 2016. Actualmente en el primer trámite constitucional.

¹⁸⁰ “*Rapa Nui y la polémica por los delitos sexuales*”. <http://diario.latercera.com/edicionimpresa/rapa-nui-y-la-polemica-por-los-delitos-sexuales/>. [Se consultó el 30 junio de 2018]

podemos ver el pluralismo jurídico existente en Chile, ya sea en mayor o menos medida, que dificulta una concepción unitaria de cómo debe regirse la sociedad.

2.2 Resumen general del comportamiento jurisprudencial

Como podemos analizar con los casos analizados, el pluralismo jurídico ha encontrado manifestaciones dentro de los tribunales, en materia diversa. La consideración jurídica cultural de las comunidades, que viene a ser potenciada por el Convenio N°169 de la OIT, no ha sido del todo superada por la ley chilena, si bien ha sido “flexibilizada” para obtener métodos de solución más acorde a la consideración culturalmente sensible de los derechos humanos.

Analizando el pluralismo jurídico, y la aplicación directa o indirecta del Convenio N° 169 de la OIT, es notorio que ha existido una *desmonopolización* dentro del derecho penal. Aquello en la medida de la evolución que ha tenido la aplicación del Convenio dentro de nuestros tribunales, progresando desde una mirada cautelosa regida únicamente por la ley estatal, a una mirada inclusiva del ámbito internacional. Ello se produce en los casos un conflicto de normas, en donde la defensa argumenta a través del Convenio y la calidad de indígenas de los mismos, en contra de la fiscalía, que se basa en la aplicación estricta de la ley. Los tribunales deben resolver dichas contiendas, produciéndose una “paradoja del sistema de derecho”, esto es, decidiendo allí donde no pueden decidir, haciéndolo muchas veces fuera de los estándares aceptables de racionalidad.¹⁸²

El hecho de que sea correcto el comportamiento de los tribunales o no, es un tema que dependerá de la visión que cada uno le dé. Sin embargo, es un hecho que desde la vigencia del Convenio ha existido una evolución del sistema jurídico, en donde se ha tenido un mayor respeto, razonabilidad y resguardo a la hora de aplicar las normas, para no pasar a llevar a los pueblos originarios, produciéndose una desnacionalización del

¹⁸² LUHMANN, Niklas, “*El derecho como sistema social*”, en C. Gómez-Jara, Teoría de Sistemas y Derecho Penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación, Granada: Comares, 2005, p. 379.

derecho. Por lo que es posible sostener que, tras lo analizado, existiría la coexistencia de al menos dos regímenes jurídicos (nacional e indígena), generando un pluralismo jurídico en las sentencias analizadas.

Es importante el tener presente, que el resguardo de los derechos fundamentales que asegura nuestra Constitución, y el respeto a los tratados internacionales que Chile ha suscrito son el tema esencial de la controversia junto con el posible establecimiento de una jurisdicción paralela. Tal como analizamos, aquellos son en muchas ocasiones difíciles de compatibilizar, producto de tener la visión occidental y global, que nos impide obtener una cabal comprensión de las culturas originarias y con ello su derecho indígena es incluso preexistente al propio Estado.

VII. ASPECTOS DOCTRINALES

1. Pluralismo como resistencia a la posición dominante de los Estados

En el año 1976 nueve países firmaron la “Carta de México en Defensa del Patrimonio Cultural”, la cual afirma que *“frente a la tendencia homogeneizadora que amenaza con uniformar todos los pueblos de la Tierra, con la consecuente pérdida de las características distintivas que los singulariza y les permite expresarse a través de la creatividad propia, se hace necesario que todos los programas de desarrollo nacional y regional incorporen una preocupación activa por la defensa del patrimonio cultural*

representado tanto por las creencias heredadas del pasado, como por el legado de talentos y capacidades creativas de las poblaciones vivientes”.¹⁸³ Esta manifestación de resistencia coincide con que precisamente fue la década del 70 donde se produce el cambio de enfoque en los estudios sobre el pluralismo jurídico.¹⁸⁴

Existe la creencia de que los Estados son reacios al reconocimiento del multiculturalismo y del pluralismo jurídico, por considerar que tales circunstancias llevan aparejada una disminución o al menos una amenaza a sus soberanías. Sin embargo, son los mismos Estados quienes otorgan grados de autonomía a las comunidades para que ejerzan su justicia, subordinado tales prácticas siempre a la propia Constitución y a los derechos fundamentales. En casos en que ambas justicias tengan criterios distintos en la aplicación de sanciones, hemos constatado empíricamente que siempre ha sido el orden institucional el que ha prevalecido por sobre el comunitario.

Sousa Santos, en relación con el reconocimiento de las prácticas judiciales indígenas se manifiesta: *“El principio de soberanía es hoy cuestionado por múltiples factores y la justicia indígena no es, ciertamente, el más serio. Este principio establece que el Estado tiene el monopolio de la producción y aplicación del derecho. Los procesos de integración regional y la transferencia de soberanía que a menudo implican, las condicionalidades impuestas por las agencias multilaterales (Banco Mundial (BM), Fondo Monetario Internacional (FMI), Organización Mundial del Comercio (OMC)), los contratos económicos internacionales de las empresas multinacionales que operan en los países y las cláusulas generales que llevan aparejadas- lo que se conoce como nueva lexmercatoria-, son algunas de las actuales restricciones y limitaciones jurídicas que condicionan el monopolio del Estado sobre el derecho.”*¹⁸⁵ Este autor aboga por que las principales amenazas a la soberanía de los

¹⁸³ Carta de México en defensa del patrimonio cultural. <http://ipce.mecd.gob.es/dam/jcr:ac2be1f7-0204-4153-a77a-19d4e580bac9/1976-carta-mexico.pdf>. [Se consultó el 13 de junio de 2018]

¹⁸⁴ Fue en esta década cuando países como Panamá en 1972, Ecuador en 1978, Perú en 1979 y optaron por reconocer a sus comunidades indígenas como objeto de protección en sus Constituciones.

¹⁸⁵ DE SOUSA SANTOS, Boaventura, *“Cuando los excluidos tienen derecho: Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad”*. http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Justicia_Indigena_Ecuador.pdf . [Se consultó el 10 de diciembre de 2018]

estados derivan del juego económico en el que se encuentran inmersos y no de un eventual reconocimiento del pluralismo jurídico al otorgar autonomía a los modelos de justicia no institucionales.

Del mismo modo, resulta también necesario hacer hincapié en que, pese a la resistencia de los Estados al multiculturalismo, este fenómeno es una realidad evidente, pues, aunque la institucionalización se presenta como la respuesta mayoritaria frente a los conflictos entre particulares, existen también las prácticas comunitarias, las que se mantienen vigentes sin importar el paso del tiempo y la fuerte pretensión de los Estados de contar con el monopolio en el ejercicio de la justicia.

El problema radica en que, frente a nuestros ojos, tales costumbres pueden parecer bárbaras o a lo menos violentas, consideraciones deben ser cuidadosas, pues es imperioso tener siempre en cuenta que ellas obedecen a los valores que son apreciados como máximas ancestrales dentro de sus comunidades y que responden a la búsqueda de la realización de sus propios principios y objetivos. En otras palabras, ciertas conductas sancionatorias como los latigazos o las amonestaciones públicas son impuestas con la convicción de que se sanciona a los infractores como personas que mediante sus actos dañan a la comunidad entera y por lo tanto se busca su arrepentimiento o que repare el daño ocasionado. Es así como, bajo otro prisma, por ejemplo, las sanciones privativas de libertad carecerían de sentido.

Complementando la idea anterior, Villegas sostiene que *“los objetivos de la sanción son, de un lado, reestablecer el equilibrio comunitario procurando devolver la armonía quebrantada, y de otro lado, devolver al individuo a la comunidad, de que comprenda que su acto ha atentado contra las fuerzas comunitarias, y por ende, atenta también contra sí mismo. En pocas palabras, la pena persigue que el infractor comprenda el cómo su conducta ha afectado a todos y cada uno de los miembros del colectivo”*.¹⁸⁶ De este modo, todo su sistema está orientado en pos de la reinserción de los individuos y no en su castigo propiamente tal como único fin.

¹⁸⁶ VILLEGAS, Myma, *“Sistemas sancionatorios indígenas y Derecho penal”*
<https://scielo.conicyt.cl/pdf/politcrim/v9n17/art07.pdf>. [Se consulto el día 25 de septiembre de 2018]

Dentro de este contexto se han realizado comparaciones respecto de la noción de propiedad occidental versus la de la los pueblos originarios: *“Mientras que los pueblos indígenas tienen con la tierra una relación de naturaleza espiritual, con claros contenidos de religiosidad; una relación que no se limita o, más propiamente, trasciende a la esfera estrictamente patrimonial o económica; la concepción occidental de propiedad consiste en la existencia de un título que justifique dicha posesión.”*¹⁸⁷ Este ejemplo constituye una pequeña muestra de las diferencias culturales que nos separan, diferencias que son cada vez más profundas al acercarnos al ámbito comunitario como forma de vida.

Desde un punto de vista antropológico, Leopold Pospisil se destaca por ampliar el pluralismo jurídico a un concepto que no se restringe a lo estatal, postulando que cada sociedad se divide en subgrupos y cada uno de ellos tiene su propio sistema legal.¹⁸⁸ Los autores que analizan este fenómeno, reconocen que existen dentro de una sociedad diversas manifestaciones culturales ajenas a la dominante. John Griffiths es crítico del orden estatal centralizado, pues reconoce que el derecho es mucho más que normas jerarquizadas y afirma que todos estos estudios destinados a definir qué es el derecho, nos llevan a reflejar aquello que el derecho debe ser.¹⁸⁹

Resultan llamativos los motivos que justifican la resistencia de algunos Estados a reconocer constitucionalmente a sus pueblos indígenas, más aún cuando en nuestro contexto latinoamericano, en siglos pasados, constituyeron la población mayoritaria, junto con erigirse como quienes tenían el control mayoritario de los recursos y territorios.

En nuestro contexto respecto al reconocimiento de la jurisdicción indígena por parte de la legislación nacional, es que adherimos a la tesis de Villegas en cuanto a que: *“El primer obstáculo para la creación de una ley que reconozca jurisdicciones*

¹⁸⁷ VASQUEZ, Gabriela, *“La propiedad comunitaria de los pueblos indígenas argentinos”*. <http://untref.edu.ar/sitios/wp-content/uploads/sites/6/2015/05/libro-dossier-propiedad-comunitaria-indigena.pdf>. [se consultó el 23 de noviembre de 2018]

¹⁸⁸ POSPISIL, Leopold, *“Anthropology of Law: A Comparative Theory”*, New York, Harper & Row, 1971.

¹⁸⁹ GRIFFITHS, John, *“What is Legal Pluralism”*, *Journal of Legal Pluralism*, vol.24, 1984, p.17.

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

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

Más bien la pregunta que corresponde hacerse es si es necesaria una ley que cree tribunales indígenas, porque siendo el Convenio 169 una norma de rango supra legal, los tribunales tienen el deber de atender al derecho propio indígena, con independencia de su consagración en una ley, como sucede actualmente con la costumbre indígena (art. 54 ley 19.223)”¹⁹⁰. La profesora es enfática en señalar que el reconocimiento de la jurisdicción indígena es una realidad que puede materializarse con los instrumentos y mecanismos legislativos que ya se encuentran incorporados en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que su aplicación obedece netamente a una cuestión de voluntad de quien decida abogar por esta interpretación. Sin embargo, es riesgoso que el reconocimiento y los derechos de los pueblos indígenas no cuenten con un sustento normativo firme que les de garantía de que sus voces serán escuchadas indiscutiblemente y no quede al arbitrio de las autoridades de turno su ejercicio y tutela.

Todas las reflexiones anteriores nos llevan a pensar que la resistencia por parte de algunos Estados a reconocer sus pueblos indígenas y dotarlos de autonomía, no es más que un temor infundado pues finalmente las verdaderas amenazas a la soberanía estatal provienen de otros ámbitos. Además, es sumamente ingenuo asociar la idea de unidad estatal con la uniformidad de los individuos que la componen, pues como ha quedado en evidencia, las naciones se forjan y se enriquecen gracias a la diversidad de quienes forman parte de ellas.

¹⁹⁰VILLEGAS, op. cit., p. 237

2. El pluralismo jurídico en relación con los derechos humanos

El artículo 9 del Convenio 169 de la OIT nos presenta el marco jurídico bajo el cual debemos considerar las manifestaciones culturales de cada pueblo, y su numeral primero dicta:

“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.”

Este enunciado delimita la aplicación de la justicia indígena sólo a aquellas prácticas que se encuentren en concordancia con los derechos humanos de corte universal y con la legislación interna del país. Sin embargo, de su lectura surge la interrogante de cuáles son estos derechos “internacionalmente reconocidos” y cuál es su alcance. Del análisis de las legislaciones estudiadas podemos concluir que tales derechos infranqueables son la dignidad, libertad e igualdad. Derechos que fueron recogidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos desde el año 1948.

Del mismo modo, nos parece necesario analizar qué sucede con los derechos consagrados en el Pacto de San José de Costa Rica, la Convención sobre los Derechos del Niño y otros tratados multilaterales. Tomando como ejemplo esta última, en su artículo 30 encontramos una remisión expresa a los niños indígenas:

“En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, no se negará a un niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma”.

La declaración consagra derechos que contribuyen a asegurar la protección y el ejercicio de las características propias del pueblo indígena al que pertenezca el niño, sin embargo, a partir de la misma podemos extraer ciertos principios que en caso de colisión con derechos considerados fundamentales, han prevalecido sobre este artículo. Claro ejemplo de ello es su artículo 3 que consagra el principio del interés superior del niño:

“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”

Del mismo modo, resulta importante reproducir el artículo 6:

“Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y desarrollo del niño”.

Este último artículo ha sido aplicado en aquellos casos en que existe colisión de derechos entre aquellos que son considerados fundamentales e inherentes a la condición de ser humano, en concordancia con el principio del interés superior del niño. De este modo, el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica constituyen parámetros que prevalecen por sobre el derecho a la identidad cultural y sus manifestaciones.

Siguiendo este artículo y su restricción, resulta necesario tener en consideración que las manifestaciones culturales de cada pueblo nacen desde cosmovisiones y valores distintos de los impuestos por la sociedad occidental y, sin ir más lejos, en general, casi todos los pueblos indígenas orientan sus relaciones desde la perspectiva comunitaria, en contraposición a la individualista propia del mundo occidental.

Importante es la aseveración de Sousa al respecto, pues el autor menciona que *“es necesario desarrollar mecanismos de traducción intercultural que permitan interpretar la Constitución y el Derecho Internacional de los derechos humanos en*

términos interculturales. En otros términos, los propios derechos fundamentales deben ser sometidos a interpretación intercultural. Los valores plasmados en esos derechos deben ser respetados, pero las actuaciones concretas que los respetan o que los violan, no siendo éticamente neutras, pueden ser objeto de interpretaciones opuestas conforme a las normas culturales de que se parta”¹⁹².

Para esclarecer aún más este concepto, el autor ejemplifica varios casos en los que se debe realizar este análisis:

*“Otro posible ejemplo de traducción intercultural es el “debido proceso”. Desde una perspectiva intercultural es forzoso admitir que cada sistema de justicia tiene maneras distintas y propias de garantizar el valor constitucional del debido proceso. Para citar un caso, entre muchos, la Corte Constitucional de Colombia resolvió que el “debido proceso” debe entenderse interculturalmente: por ejemplo, la ausencia de un abogado que represente a las partes puede no ser una violación del debido proceso si las partes están acompañadas por los compadres, la familia, o sea, por personas que, al igual que el abogado, respaldan, ayudan y hablan en su nombre. Se requieren entonces formas de traducción intercultural para definir lo que es tortura, lo que significa igualdad entre hombre y mujer, lo que es debido proceso.*¹⁹³”.

Ambas referencias coinciden en que para abordar el sensible tema de las prácticas culturales que puedan ser consideradas contrarias a los derechos humanos, se debe ser cauteloso al condenar costumbres que obedecen a otros esquemas valóricos. Yrigoyen nos dice: *“La definición e interpretación de los derechos humanos no puede quedar en manos de una sola orientación cultural ni un solo aparato institucional, sin peligro de violentar el derecho a la diversidad. Los derechos humanos deben ser*

¹⁹²DE SOUSA, op. cit., p. 38.

¹⁹³ DE SOUSA, op.cit., p. 39.

definidos e interpretados en base al diálogo intercultural.”¹⁹⁴Al respecto Tubino sostiene que *“la interculturalidad no es un concepto, es una manera de comportarse”*¹⁹⁵, por lo cual esta especie de sensibilidad al analizar los comportamientos de los pueblos indígenas, debe ser más bien una actitud constante para poder llegar comprender libres de prejuicios al otro.

Desde otro punto de vista, en relación con los derechos humanos, existe una fuerte crítica respecto a las garantías que son vulneradas cuando se ejerce la justicia comunitaria: *“Con mayor frecuencia de lo que antes conocíamos, se cometen crímenes horrendos en aplicación de la llamada “justicia comunitaria”. Será porque antes no abundaban esas venganzas, o porque la prensa no se ocupaba del tema, el hecho es que en varias comunidades campesinas e incluso en barrios extremos de algunas ciudades, son azotados como bestias, ahorcados como reses del matadero o quemados vivos como antiguamente se hacía con los brujos, por decisión de la comunidad. La pena incluye, desde supuestos rateros, consumados ladrones, hasta presuntos violadores y homicidas. Un grupo auto constituido en tribunal popular decide tomarse la justicia por su mano y les aplica penas inhumanas y primitivas sin ninguna garantía de que la vindicta pública garantice un procedimiento legal”*¹⁹⁶ Es así como los principales derechos humanos que se ven en entredicho por el ejercicio de la justicia comunitaria son el debido proceso junto con la prohibición de la tortura y los castigos corporales.

En este ámbito es importante no perder de vista la delgada línea que separa el paso de víctima a victimario, considerando además que el ejercicio de la justicia comunitaria puede ser cuestionado a la luz de la imparcialidad que rodea a sus procesos y autoridades. Desde una mirada más doctrinal, podemos encontrar también un déficit en el modelo de justicia que nos ofrece, siendo ésta de tipo reactiva y no preventiva como

¹⁹⁴ YRIGOYEN, Raquel, *“Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos”* http://www.ilsa.org.co/biblioteca/ElOtroDerecho/Elotroderecho_30/El_otro_derecho_30.pdf . [Se consultó el 20 de junio de 2018]

¹⁹⁵ TUBINO, Fidel, *“Del interculturalismo funcional al interculturalismo crítico”*, en: SAMANIEGO, M. y GARBARINI, C. *Rostros y fronteras de la identidad*, Temuco, Universidad Católica de Temuco, 2004, pp. 151-164.

¹⁹⁶ *“Justicia Comunitaria”* . <http://www.dui.uagrm.edu.bo/Informacion/Expociencia2014/1102.pdf>. [Se consultó el 28 de junio de 2018]

acostumbramos a observar en los modelos estatales, los que orientan gran parte de sus esfuerzos y recursos en anticiparse a los conflictos.

Existe además otro aspecto a considerar, el cual corresponde a que con frecuencia estamos acostumbrados a dirigir nuestra conducta según normas previamente establecidas, mientras que la justicia indigenista generalmente aborda sus conflictos de forma casuística, muchas veces considerando de manera directa los intereses particulares de los afectados y de la comunidad entera. Esta circunstancia puede parecer razonable bajo una mirada preliminar, sin embargo, lleva aparejada la incertidumbre de que las conductas sancionadas adquieran diferente matiz y diferente sanción conforme se va desarrollando el proceso, dado que al ser generalmente de transmisión oral muchas veces no existe en una norma escriturada a la cual acudir, lo que ciertamente puede afectar los derechos de quien está sometido a juicio.

Respecto a la forma en que se aplica la justicia comunitaria para sancionar conductas reprochables, ésta cuenta con la particularidad de que incluso frente a delitos cometidos por un solo individuo, se sancione incluso a miembros de su núcleo familiar, lo que es una muestra más de la prevalencia de los valores colectivos por sobre los individuales, circunstancia que evidentemente colisiona con principios y garantías básicos del derecho.

3. Críticas al pluralismo jurídico

Es obligatorio hacer mención a que las aproximaciones que se realizan al pluralismo jurídico llevan implícita su propia definición de qué es lo que reconoce como derecho, al ser un concepto de múltiples interpretaciones, lo que ha llevado a que los márgenes del pluralismo jurídico también sean difusos y ampliamente discutidos en doctrina.

Es así como surgen autores que reconocen como uno de los principales problemas para abordar el pluralismo jurídico, el de una definición indiscutible de lo que se establece como derecho. Sin embargo, siguiendo a Tamahana, ha existido una especie

de consenso en la afirmación de que *“no todo el derecho es estatal. Si aceptamos esta proposición entonces los límites de lo jurídico empiezan a resquebrajarse hasta llegar al punto en que cualquier sistema normativo podrá ser denominado derecho”*.¹⁹⁷

Se ha cuestionado también al pluralismo jurídico desde la perspectiva de que su reconocimiento obedece a una actitud de dominación por parte de los Estados, otorgando competencias limitadas. En este sentido se manifiesta Ardila: *“El Estado regula los alcances de la capacidad de gestión que tiene la comunidad sobre sí misma. Por ejemplo, pone límites a la capacidad que tiene para actuar en el campo penal, y establece campos en los que la autorregulación de la comunidad se proscribe, reconociéndole una capacidad limitada y subordinada para hacerlo. Y en el terreno judicial se organizan las formas de administración de justicia de tal manera que las estructuras propias de la comunidad tienden a convertirse en prolongación de las estructuras de regulación estatal, en particular del aparato de justicia estatal”*.¹⁹⁸ El autor es crítico respecto a estas competencias que otorga el Estado a la comunidad, en el ámbito jurídico se refiere a la institución de los jueces de paz y cómo éstos constituyen también una expansión del poder del Estado quien se apropia de las estructuras comunitarias y las transforma bajo sus propios estándares. Sin embargo, el principal cuestionamiento al pluralismo jurídico se expresa en los siguientes términos: *“hay un sistema de administración de justicia al cual se da acceso a cierto sector de personas que se catalogan como “comunidad”, que en cierta medida no se le da ciudadanía plena. Para ellos entonces se ofrece una forma de administración de justicia que se reduce a la resolución de conflictos y, por tanto, se desprovee de garantías, no respeta los derechos humanos y no parece ocuparse de la igualación de las partes que formalmente se exige a la justicia ordinaria, que pareciera corresponder con un vínculo político más precario que el de ciudadanía. Sin embargo, lo que él ofrece, si bien es manejado por instancias ajenas al aparato estatal, procura mantenerlo subordinado al*

¹⁹⁷ TAMAHANA, Brian. “A non Essentialist Version of legal pluralism”, Journal of Law and Society, vol.27,núm.2,2000, p.299.

¹⁹⁸ ARDILA, Edgar, “Claves para el estudio de las políticas en justicia comunitaria” http://www.ilsa.org.co/biblioteca/ElOtroDerecho/Elotroderecho_30/El_otro_derecho_30.pdf. [Se consultó el 20 de junio de 2018]

sistema judicial al establecer medidas más o menos eficaces para el sometimiento de los mismos al derecho estatal."¹⁹⁹De esta manera, los mecanismos comunitarios de administración de justicia en que se materializa el pluralismo jurídico adolecen de graves deficiencias: por un lado son menos garantistas con los derechos de las partes involucradas, entran muchas veces en conflicto con los derechos humanos y, por otro lado, siguen siendo una materialización de la soberanía estatal.

En cuanto a la materialización del pluralismo jurídico en el reconocimiento, muchas veces constitucional de aquellas formas ancestrales de administración de justicia, se cuestiona la limitación de competencias por parte de los Estados, ya sea legislativa o jurisprudencialmente. Esta restricción puede ir en contra de la aplicación del Convenio 169 de la OIT y de las cartas magnas que recogen las jurisdicciones indígenas, lo que no es más que una manifestación de paternalismo estatal, el cual en ocasiones restringe la aplicación de esta justicia consuetudinaria a delitos menores y de escasa significación. En este sentido Yrigoyen es tajante al manifestar: *"La carencia de argumentos jurídicos para fundamentar una posición limitativa de las competencias jurisdiccionales de los pueblos indígenas refleja la pervivencia de la concepción colonial de que los indios sólo son competentes para conocer casos pequeños o marginales, sin afectar la ley."*²⁰⁰

En la misma línea de pensamiento destaca la profesora Myrna Villegas al cuestionar esta situación: *"En la base de esta "tolerancia represiva" hacia el indígena se encuentra la idea de que éste es un anormal, idea que se remonta a las raíces del positivismo criminológico imperante en la primera mitad del siglo XX, y que marcó profundamente el trato hacia el indígena latinoamericano."*²⁰¹Es así como finalmente llegamos a la conclusión de que gran parte del problema del respeto a la autonomía del indígena, proviene desde siglos pasados, pero que aún se encuentra profundamente arraigado en nuestro subconsciente, tanto así que incluso cientos de años después, no podemos desprendernos de esta idea preconcebida de que los las personas miembros de

¹⁹⁹ Ídem.

²⁰⁰ YRIGOYEN, op. cit., p. 32.

²⁰¹ VILLEGAS, op. cit., p. 215

comunidades indígenas se encuentran en una posición de inferioridad respecto del ciudadano común, y por ende se justifica que sus tradiciones y métodos de resolución de conflictos sean intervenidos por medio del aparataje Estatal e incluso sancionado.

En cuanto al estudio jurisprudencial y constitucional realizado previamente, nos sumamos a la preocupación de Calavero en el sentido de que *“La cuestión es entonces si responden a las exigencias y están a la altura de los principios. No debe tomarse como signo de progreso cualquier mención o cualesquier registros de la presencia indígena en los textos de las constituciones”*.²⁰² Sin duda resulta necesario que, para hablar de un verdadero multiculturalismo y pluralismo jurídico, sus mecanismos respondan adecuadamente a los requerimientos que esto implica y que sus postulados no sean meras declaraciones de buena voluntad en textos, sino que tengan sustento material y efectividad al momento de hacerlos valer.

Una de las principales críticas dentro del contexto indigenista que se realiza al pluralismo jurídico es que se pretende dar autonomía a formas de organización, tradiciones y administración de justicia a grupos que llevan generaciones enteras realizando las mismas prácticas, sin considerar el avance e intercambio que ha existido desde ese primer encuentro entre dos culturas distintas. Han transcurrido cinco siglos desde la llegada de los colonizadores al continente americano, sin antes haber tenido ningún contacto entre ambos grupos e ignorando mutuamente sus existencias. No obstante, hoy la situación ya no es la misma; indígenas y los que no lo son deben coexistir en la misma sociedad. Con el paso de los años ambas culturas se han enriquecido mutuamente, se han entremezclado y dado origen a nuevas formas de mestizaje.

Frente a este punto el Colectivo de Encuentro entre Mujeres (COLEM), sostiene respecto a casos de violencia entre comunidades: *“Los llamados “usos y costumbres “de los grupos indígenas no son en su totalidad sistemas de valores y normas heredados desde tiempos prehispánicos, sino que éstos han cambiado, e incluso se han transformado y utilizado de acuerdo a la conveniencia de grupos que luchan por el*

²⁰² CALAVERO, op. cit., p. 331.

poder, que usan los “usos y costumbres” como excusa para cometer abusos bajo el amparo de defender supuestas “tradiciones” o incluso “mandatos divinos.” ²⁰³

Por otro lado, los derechos humanos tampoco son un invento reciente (datan de 1948), ni caprichoso por tratar de subyugar y suprimir la diversidad. Se ha cuestionado además ese espíritu paternalista detrás de considerar que se debe juzgar de manera más benevolente a quienes realizan conductas inspirados en sus tradiciones.

Del mismo modo se levantan críticas respecto a cómo las prácticas fundamentadas en tradiciones han dificultado y entorpecido el disfrute de derechos en la población, desde las minorías sexuales hasta los derechos de las mujeres. Sin ir más lejos, en algunas comunidades indígenas mexicanas (la Montaña de Guerrero), las mujeres tienen casi nula participación política y religiosa, junto con que muchas veces se les prohíbe incluso heredar las tierras de sus padres y deben pagar dote para poder contraer matrimonio bordeando los 12 años.

Este mismo ejemplo citado es ilustrador para demostrar la permeabilidad que existe entre la cultura “occidental” y las costumbres originarias de estos pueblos, quienes originalmente pagaban dotes con especies y mediante sistema de trueque, para luego ser modificado por influencias externas para terminar siendo en dinero.

Desde el punto de vista del delito la doctrina enuncia :*“La existencia de dos tipos de justicia no ayuda a la unidad nacional, porque estaría ahondando las diferencias entre campo y ciudad, además de constituir una salvaguarda y un refugio para la delincuencia que aprovecha cualquier ventaja o resquicio en la legislación o en la administración de justicia para fortalecerse”*.²⁰⁸ Es preocupante tal aseveración pues las repercusiones del pluralismo jurídico pueden derivar en que éste termine transformándose en un medio para amparar la impunidad de conductas ilegales.

²⁰³ *“Los fundamentalismos religiosos en contextos indígenas AWID”*.

https://www.awid.org/sites/default/files/atoms/files/cf_casestudy_chiapas_sp.pdf. [Se consultó el 23 mayo de 2018]

²⁰⁸ *“Justicia Comunitaria”*. <http://www.dui.uagrm.edu.bo/Informacion/Expociencia2014/1102.pdf>. [Se consultó el 14 de junio de 2018]

4. Tratamiento diferenciado o teoría de la “doble exclusión”

Un punto no tratado con profundidad anteriormente es la doble exclusión que se produce al otorgar derechos especiales o un tratamiento diferenciado a quienes ostentan la calidad de miembros de una comunidad indígena, situación que puede llevar a que quienes no son parte de esta etnia consideren que esta circunstancia es discriminatoria y atenta contra la pretendida igualdad dentro de un Estado democrático. Sin embargo, es evidente que la igualdad formal entre todos los individuos de una misma nación no satisface el ideal de que todos seamos tratados de igual forma, ya que, como ha sido reconocido en varias oportunidades por la Corte Interamericana de Derechos Humanos los pueblos indígenas tienen “particulares necesidades de protección”.

Un texto elaborado por el Centro de Derechos Humanos de autoría del equipo académico compuesto por el Claudio Nash, Constanza Núñez y Minda Bustamante recoge estas inquietudes y las canaliza de la siguiente forma: *“Es necesario aclarar, sin embargo, que realizar una nueva lectura de los derechos humanos a partir de la situación especial de vulnerabilidad y el factor cultural preponderante en el caso de los pueblos indígenas, no implica una discriminación en detrimento de los demás titulares de derechos, por el contrario, aplicar en condiciones de igualdad, a partir de la realidad en la que se aplican las normas, trae como consecuencia una efectiva protección y un pleno goce de los derechos de los miembros de comunidades indígenas. Es decir, esto no debe ser confundido con la creación de espacios para situaciones de privilegio, sino que es la concreción del respeto del principio de igualdad de trato a aquellos que se encuentran en situaciones diferentes, en este caso una diferencia basada en la exclusión y marginación.”*²⁰⁹ Adherimos a esta postura pues consideramos que esta distinción en el trato, ya sea por aplicación de una legislación especial o por una interpretación de normas con la debida sensibilidad frente a las circunstancias

²⁰⁹ Derechos Humanos y pueblos indígenas en Chile. Análisis Jurisprudencial para procesos de consulta en el marco del Convenio 169 de la OIT. <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/142688/derechos-humanos-y-pueblos-indigenas-en-chile%20pdf.pdf?sequence=1>. [Se consultó el 16 de noviembre del año 2018]

particulares de cada individuo, no obedece a una pretensión de otorgar beneficios sin justificación, sino que más bien a tratar de compensar en parte las desigualdades inherentes a su condición. Por lo tanto, tal como señala el profesor y doctor en derecho Teodoro Ribera, es necesario plantear el desafío de repensar el concepto de nación con el objetivo de flexibilizarlo hasta el punto de llegar a cobijar una mayor diversidad cultural y al mismo tiempo lo suficiente resistente para prevenir la desunión tan temida por los diferentes gobiernos. Prosigue señalando, que el cobijo que brinda el Estado de Derecho, republicano y democrático, debe permitir la convivencia de los diferentes sectores, garantizando una real libertad e igualdad ante la ley de todos los chilenos y chilenas, sin distinciones arbitrarias en consideración a su origen racial o étnico. *“Esto implica reconocer y valorar las diversas manifestaciones culturales “en todo lo que no se oponga a la moral, a las buenas costumbres y al orden público”, valorando e impulsando igualmente aquellos elementos de identidad comunes, entendiendo que la existencia de un Estado nacional no es sinónimo de uniformidad entre sus diversos habitantes”*.²¹⁰

VIII. SISTEMAS DE SOLUCION PROPUESTOS A LA VISTA DEL CONVENIO N°169 DE LA OIT Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El Convenio N° 169 de la OIT, entró en vigor en Chile en el año 2009, tras un largo proceso de discusión entre los pueblos indígenas, la sociedad civil y las autoridades nacionales. Se ha analizado que Chile al momento de aceptar el tratado, se

²¹⁰ RIBERA, op. cit., p. 55.

comprometió a dar cumplimiento a las obligaciones propias del mismo, y esto se ha visto reflejado en la creciente aplicación por parte de los tribunales de justicia a la hora de resolver los conflictos relacionados con los pueblos indígenas, pese al alcance restrictivo que el Tribunal Constitucional le otorgó al convenio²¹². Se ha incorporado el contenido del Convenio N° 169 de la OIT en el razonamiento judicial, llegando incluso a los tribunales superiores de justicia, como lo es la Corte de Apelaciones y Corte Suprema.

Aquello ha generado un reconocimiento progresivo a los derechos de los pueblos indígenas, en donde el Estado, indirectamente, ha ido valorando esta cultura y costumbres propias de aquellos dentro de las resoluciones de conflictos al interior de nuestros tribunales. Convirtiéndose así en un instrumento y herramienta para exigir sus derechos frente a los tribunales de justicia.

Christian Courtis, comisionado de las Naciones Unidas, ha destacado dos formas de la aplicación del Convenio por parte de los tribunales de justicia: la primera son aquellos tribunales que aplican directamente las normas del Convenio, y segundo, aquellos en los que el Convenio se utilizado como un instrumento o estándar interpretativo de otras normas²¹³. Chile utiliza el segundo tipo, ya que dentro de su jurisprudencia el Convenio se destaca como un elemento normativo relevante en el razonamiento.

Sin embargo, utilizar la primera forma que señala el autor, en casos determinados, crearía una especie de pluralismo jurídico limitado por Estado, pero a la vez otorgaría una mayor igualdad en la aplicación de la justicia, fomentándose “la justicia de los desiguales”.

1. Sistema jurídico aplicable a un conflicto entre dos personas indígenas.

²¹²Ídem.

²¹³ COURTIS, Christian, “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, N° 10, 2009, p. 60.

El Convenio 169 de la OIT, ha otorgado a los pueblos indígenas diversas herramientas para garantizar en condiciones de igualdad, el pleno goce y ejercicio de sus derechos considerando su situación particular:

“Artículo 3: Los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación. Las disposiciones de este Convenio se aplicarán sin discriminación a los hombres y a las mujeres de esos pueblos.

No deberá emplearse ninguna forma de fuerza o de coerción que viole los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos interesados, incluidos los derechos contenidos en el presente Convenio.”

“Artículo 4: Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar a las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados.

Tales medidas especiales no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados.

El goce sin discriminación de los derechos generales de ciudadanía no deberá sufrir menoscabo alguno como consecuencia de tales medidas especiales”

“Artículo 8: Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.

Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes.”

“Artículo 9: En la medida que 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 delitos de sus miembros.

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: Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tener en cuenta sus características económicas, sociales y culturales.

Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.”

1.1. Materia Civil

En materia civil tiene plena aplicación el artículo 8 del Convenio en la medida que ordena que la aplicación de la legislación nacional a los pueblos indígenas debe ser sin perder de vista sus elementos culturales propios como sus costumbres o su derecho consuetudinario, disposición que además contempla que dichos pueblos tienen el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias. Para esclarecer aún más esta disposición podemos utilizar como ejemplo la forma de celebrar un acuerdo entre dos miembros de una comunidad indígena, en la que ambos entienden que bajo su cosmovisión un apretón de manos constituye tradicionalmente la forma de otorgar certeza jurídica a dicho acto. Dicha situación no resulta problemática pues se trata de un acuerdo entre privados, con la circunstancia además de que ambos se están obligando

bajo un sistema que les resulta familiar y son ellos quienes de manera voluntaria someten su voluntad a este método tradicional.

Sin embargo, resulta necesario plantear otro supuesto a fin de abordar todos los escenarios posibles. Cuando ambos miembros de una comunidad indígena celebran un contrato de manera consensual bajo sus propias normas, pero dicho acto ha de tener efectos sobre la propiedad de un inmueble, dado lo especial de este derecho.²¹⁴ Al respecto consideramos que frente a este supuesto, si bien el Convenio establece el respeto a las instituciones propiamente indígenas y sus costumbres, en este caso corresponde que tal situación sea considerada de manera armónica con el resto de la legislación nacional y que sus normas de orden público prevalezcan sobre las disposiciones del Convenio. Además, invocamos el artículo 8 de este último en su inciso final, en cuanto dice que su aplicación no deberá impedir a los miembros de los pueblos indígenas ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes. En este caso, para que nuestro contrato hipotético sobre la compraventa de un inmueble sea considerado válido, deberá sujetarse a las normas sobre su enajenación comprendidas en el ordenamiento nacional y en especial las de la Ley 19.253.

1.2. Materia Penal

El artículo 9 del Convenio 169 OIT indica que deberán respetarse los métodos a los que los pueblos recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros, sin embargo, de acuerdo a la redacción de este artículo la aplicación de estos métodos no son de manera alguna obligatorios. Es así como en primer lugar debe tratarse de delitos cometidos por alguno de sus miembros, en segundo lugar, la aplicación de tales métodos tradicionales de solución de conflictos está supeditada a la

²¹⁴ El caso planteado es meramente hipotético pues la propiedad de tierras indígenas está sujeta en su regulación a la Ley 19.253.

compatibilidad con el sistema jurídico nacional y finalmente también debe serlo con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

Por ende, existe la posibilidad de que delitos sean juzgados por los tribunales ordinarios de justicia, pero siempre tomando en consideración el inciso segundo del mismo artículo en el cual se establece el deber para las autoridades y tribunales de tomar en consideración las costumbres de dichos pueblos en la materia al momento de pronunciarse sobre cuestiones penales. Además, en este último caso, debe aplicarse el artículo 10, el cual obliga a los Estados a tener en cuenta las características económicas, sociales y culturales al momento de imponer sanciones penales previstas en la legislación general a miembros de estos pueblos. Esto último se explica porque desde el punto de vista del Convenio, desde el momento en que aplicamos la normativa nacional sin matices a las comunidades indígenas, estamos apagando su llama cultural, extinguiendo su conocimiento ancestral, y adecuándolos indirectamente al estándar de igualdad del Estado.

Tal como hemos señalado, el aplicar las leyes nacionales a todos por igual, existiendo diferencias culturales enormes dentro de aquello, crea una desigualdad aún mayor, mirando a los pueblos indígenas y a sus miembros bajo el prisma del paternalismo.

El monismo jurídico en este caso provocaría más daño que un pluralismo limitado, ya que, por tratar de mantener un estándar de justicia nacional, en un caso concreto, que poco o nada aportará en relación a los miles que se ven al día, se estaría afectando profundamente a una comunidad con una etnia, valores, historia y tradición distintos, al tratar de igualarla al común de la nación.

Del análisis de todas las jurisdicciones estudiadas encontramos algunos parámetros comunes a todas ellas en materia penal:

- a) *No debe tratarse de sanciones que afecten Derechos Humanos Fundamentales, en especial el derecho a la vida y a la libertad.* A pesar de que, dentro de una comunidad indígena aquellas sanciones son frecuentes, no pueden ser impuestas

por la propia comunidad. Consideramos que este debe ser el límite infranqueable de respeto de la dignidad humana que debe tenerse en mente cuando se analiza la costumbre indígena.

Al respecto consideramos acertada la postura adoptada por la Corte Constitucional colombiana al delimitar cuáles son los márgenes dentro de los cuales puede actuar el pluralismo jurídico, pues de esta manera se otorga la debida autonomía a las comunidades para solucionar sus conflictos y a la vez se mantienen protegidos ciertos parámetros básicos para la vida en sociedad. El fundamento de esta postura conciliadora se encuentra en que ambos conceptos, la vida y la libertad, son comunes a prácticamente toda cosmovisión existente, ya sea indígena o no, y por lo tanto su respeto irrestricto no obedece a una actitud arbitraria ni paternalista por parte del legislador, sino que más bien constituye un reconocimiento de aquellos derechos esenciales para una armónica convivencia.

El mismo Convenio N° 169 en sus artículos 8 y 9, señala que se aplicará su costumbre “*mientras no sean incompatibles con los derechos fundamentales*”, en especial aquellos referentes a la vida e integridad física y psíquica de la persona, junto con el artículo 3 d donde podemos extraer además que los pueblos indígenas y tribales deben gozar plenamente de los derechos y libertades fundamentales al igual que el resto de la población. A pesar de que puede ser un conflicto propio de personas indígenas, aquello no se adecuaría a los fines del tratado, y por lo tanto no podría ser materia de discusión. No porque queramos adecuar su cultura a parámetros internacionales, sino porque son aquellos catálogos de derechos no posibles de suspender. Si no existiera este límite a la vez, no habría una protección al desarrollo y mantención de dicha cultura, por lo que la solución a la vez sería la enfermedad.

- b) *Ambos sujetos deben estar conscientes de su calidad de indígena.* Nos ponemos en el caso de dos sujetos en un conflicto, en donde ambos son de la comunidad mapuche, pero solo uno de ellos ha sido criado y enseñado con la cultura propia

de dicha etnia, y el otro solo ostenta el apellido sin embargo desconoce las formas de solución ancestrales. En ese caso, la forma de solución paralela en base a la costumbre no debe ser utilizada, ya que es requisito de que ambos sepan los rituales o formas ancestrales de reparar dicho mal. Si no fuese el caso, estaríamos dentro de una discriminación arbitraria, que no buscamos, al tratar de resguardar la normativa consuetudinaria. El convenio 169 de la OIT esboza en su artículo primero aquello que es determinante para considerar a un individuo como miembro de un pueblo indígena y por lo tanto sujeto a su normas y costumbres, hablamos de la “la conciencia de su identidad indígena”.

- c) *Conflicto ente dos miembros de un pueblo indígena cuando uno de los involucrados desea que se aplique el régimen consuetudinario y el otro no.* Si dos personas de la misma etnia tienen un conflicto que puede ser resultado por medio de la costumbre y sólo uno de ellos quiere que ésta se aplique, tomando en consideración que ambos poseen las mismas características contextuales, entonces el sistema de solución alternativo indígena no aplica, dado que a partir de la redacción del artículo 9 este sistema no es de aplicación obligatoria general y está sujeto al cumplimiento de las condiciones enunciadas anteriormente. Del mismo modo debe tenerse en consideración lo establecido por el artículo 4 en cuanto establece el respeto a los deseos expresados por los pueblos al momento de adoptarse medidas especiales en su beneficio. Por otro lado, lo que busca el Convenio 169 OIT es resguardar la contribución de los pueblos indígenas y tribales, su diversidad cultural y la armonía social²¹⁵, y no ser un criterio de conveniencia para las personas involucradas.

Lo anterior admitiría una argumentación por parte de la persona que no quiere que sea aplicado, frente a su comunidad indígena o en subsidio frente a la

²¹⁵ Prólogo Convenio N° 169 OIT. <https://www.mop.cl/asuntosindigenas/Documents/convenio169.pdf>. [Se consulto el 16 de noviembre del año 2018]

jurisdicción nacional, en donde deberá señalar por qué la aplicación de dicho régimen sería perjudicial para él, para la comunidad o la sociedad en general.

2. Sistema jurídico aplicable a un conflicto entre una persona indígena y una persona no indígena.

2.1. Materia Civil

En caso de existir una controversia de carácter civil entre una persona perteneciente a un pueblo indígena y una persona que no ostenta tal calidad, la legislación que debe prevalecer es la legislación nacional. Dicha afirmación se sustenta en que es el ordenamiento jurídico ordinario quien puede otorgar satisfacción a requerimientos de orden civil pues no existe un equivalente sistematizado y orgánico en la legislación indígena que establezca normas codificadas, sino que por regla general sus actos y contratos se rigen por la oralidad y la consensualismo.

2.2. Materia Penal

En caso de conflicto entre una persona que pertenece a un pueblo indígena y una persona que no lo es, el sistema aplicable a dicha situación es la legislación nacional. Sin embargo, consideramos prudente distinguir:

a) Victimario es perteneciente a pueblo indígena. En este caso, la legislación aplicable es el derecho nacional pero tomando en consideración lo dispuesto en el artículo 10 respecto a la imposición de sanciones penales por la legislación nacional, es decir, tomar en cuenta sus características particulares y dar preferencia a sanciones no privativas de libertad. Al respecto consideramos atinente citar el artículo 8 en su inciso final, el cual señala claramente que la aplicación de la legislación nacional con matices culturales y la conservación de

las costumbres e instituciones propias de los pueblos indígenas no deben impedir a los miembros de estos pueblos “*asumir las obligaciones correspondientes*” con relación a los derechos reconocidos a todos los ciudadanos. Del mismo modo no existe en nuestra legislación penal precepto alguno que otorgue inmunidad o exclusión de responsabilidad a personas por el hecho de pertenecer a un pueblo indígena.

Víctima es perteneciente a pueblo indígena. En este caso igualmente la legislación aplicable es la legislación nacional pues quien comete el delito no puede ser juzgado por una legislación que le es ajena, la cual obedece a principios e instituciones propias, muchas veces sólo amparadas en la oralidad y cuyas garantías como el debido proceso, el derecho a la defensa, la presunción de inocencia y las sanciones, entre otras, le son completamente inaplicables. Esta circunstancia se apoya en que la calidad de indígena de la persona afectada no es fundamento suficiente para excluir de la responsabilidad común que le corresponde al victimario para radicar su conocimiento en un tribunal distinto, pues tal situación pugnaría con lo establecido en primer lugar en la Constitución y sus garantías y en segundo lugar con la legislación ordinaria y sus reglas procedimentales. Además, como señalamos anteriormente, la legislación indígena no puede ser utilizada como un foro de conveniencia para ajustarse a los intereses de quien la invoca, pues tal situación se contrapone a los fines para los cuales fue concebida.

IX. CONCLUSIONES

Los Estados de todas las latitudes del mundo han intentado mantener una visión uniformada del Estado, recalcando la igualdad de todas las personas dentro de la nación. Sin embargo, han encontrado un problema al constatar la existencia de “jurisdicciones” anteriores al Estado mismo. A partir de esta interacción surge el fenómeno que conocemos en términos generales como pluralismo jurídico, cuya principal interrogante

en el contexto de los pueblos indígenas latinoamericanos es dilucidar si dada su naturaleza precolombina, la aplicación de la ley común a sus conflictos es justa, considerando que poseen métodos de solución de conflictos propios y ancestrales.

La manifestación de estos dos regímenes, que interactúan en el sistema jurídico, se puede analizar en los diferentes países latinoamericanos, cuya mayoría a través de sus Constituciones reconocen expresamente la vigencia del derecho propio de los pueblos indígenas como un método de solución de controversias distinto del oficial.

Así nos dispusimos a analizar si en vista del Convenio N° 169 de la OIT, existiría pluralismo jurídico, tanto en el extranjero como en Chile. El anterior, entendido como la coexistencia simultánea de más de un sistema de solución de conflictos en un mismo espacio territorial. Pudimos constatar cómo los países van solucionando este problema a través de modificaciones de sus Constituciones o legislaciones internas.

En el caso de Chile, nuestro país ha reafirmado la idea de mantener una nación única, no incorporando el reconocimiento indígena en su Constitución y menos aun reconociendo el ejercicio de su derecho propio.

No obstante, lo anterior, los tribunales han integrado en sus sentencias el reconocimiento de derechos de los pueblos indígenas, como analizamos anteriormente. Aquello ha producido una interacción real entre el régimen jurídico nacional con el internacional representado a través del Convenio. Por lo que en conclusión, hablamos de pluralismo jurídico.

Así, frente al monopolio del Estado chileno como único e indiscutible administrador de las leyes y de la función jurisdiccional, planteamos una alternativa intermedia que se encuentra entre el margen del pluralismo y el monismo jurídico. Tal solución ya ha sido utilizada por otros países de la región (Perú y Bolivia), como una forma de descongestionar los tribunales de justicia y hacer que ésta sea más accesible a las personas y comunidades: hablamos de los jueces de paz y del esfuerzo que debería hacer el Estado en pos de instaurar mecanismos de capacitación funcionaria.

Pese a que el componente indígena en nuestro país no es tan extenso ²¹⁷, la existencia de tales etnias son una realidad y, por lo tanto, la institucionalidad debe contar con los mecanismos y la preparación adecuada para realizar una interpretación intercultural de sus costumbres y normas propias.

Finalmente, para responder a la principal interrogante sobre la supremacía de los derechos fundamentales por sobre las costumbres y manifestaciones culturales, la respuesta es que los derechos humanos, desde nuestro punto de vista, constituyen un límite infranqueable frente a la aplicación de formas ancestrales de justicia. Tales derechos, en especial la vida y la libertad, constituyen valores que no pueden ser vulnerados, pese a que su afectación provenga de prácticas profundamente arraigadas, pues dado el intercambio cultural, la importancia de los derechos humanos y la sana convivencia dentro de la sociedad; constituyen la base de lo que consideramos el mínimo razonable para armonizar tanto la autonomía y autodeterminación de los pueblos originarios como el interés del Estado por el resguardo de todos sus ciudadanos.

Desde el punto de vista de los Derechos Humanos, encontramos disposiciones del Convenio que buscan la protección tanto de quienes forman parte de un pueblo indígena o tribal como de quienes no forman parte de ellos. Por lo tanto, consideramos que una vez analizada la jurisprudencia tanto nacional como extranjera en la materia, han sido los tribunales los encargados de precisar el alcance de tales derechos y sus limitaciones, coincidiendo en que pese a reconocer el derecho de sus pueblos a contar con sus propias instituciones, tradiciones y formas de administrar justicia, los Derechos Humanos no pueden ser ignorados.

Por ahora nos quedamos con la convicción de que existe una tarea pendiente por parte del Estado chileno en cuanto a otorgar dignidad a sus pueblos, reconociendo no sólo su existencia, sino que también su riqueza y herencia cultural, la que sin duda forma parte importante de nuestra sociedad.

²¹⁷ 4,6 % según datos del INE correspondiente a censo del año 2002.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

1. ABARCA, A. “Artículos 13 y 14 Ley Pascua: Beneficios para quienes delinquen en Rapa Nui”. <http://www.elcorreodelmoai.com/?p=408>. [Se consultó el 16 de diciembre de 2018]
2. ANDUEZA, P. 2000. *Mediación en una Sociedad Multicultural: El Modelo de Cogestión en Rapa Nui*”, Revista de Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso.
3. ARDILLA, E. “*Justicia Comunitaria Y Sociedad Nacional*”. <https://www.cejamericas.org/Documentos/DocumentosIDRC/135justiciacomunitariaysociedadnacional.pdf>. [Se consultó el 13 de junio de 2018]
4. AYLWIN, J., MEZA-LOPEHANDIA, M., & YAÑEZ N., “*Los Pueblos indígenas y el derecho*”. https://www.iwgia.org/images/publications//0636_IntroChileIPsderecho13.pdf. [Se consultó 25 septiembre de 2018]

5. BECERRA, A. Ley Indígena: Un instrumento al borde del fracaso. <http://radio.uchile.cl/2017/02/09/ley-indigena-un-instrumento-al-borde-del-fracaso/>. [Se consultó el 25 de junio de 2018]
6. BELLO, A. 2008. “Los pueblos indígenas y las contradicciones de la globalización”. Globalización, derechos humanos y Pueblos Indígenas. Temuco, Chile.
7. BLAY, R., ANTON-CARRILLO, E., “*Londres como ciudad multicultural y sus políticas de apoyo a minorías étnicas: El caso de la comunidad iberoamericana*”, <http://revistaprismasocial.es/article/view/1751>. [Se consultó el 25 de agosto de 2018]
8. BOBBIO, N. 2005. Teoría General Del Derecho, Bogotá, Colombia: Temis, 2ª Ed., 5ª Reimp.
9. BUSTAMANTE, M. 2015. “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 Sistémico aplicado a la sociedad). Facultad de Ciencias Sociales. Departamento de Antropología. Universidad de Chile. Recuperada de [<http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/140211>]
10. CALAVERO, B. “Derechos indígenas y constituciones latinoamericanas”. [<https://idus.us.es/xmlui/bitstream/handle/11441/69267/Derechos%20Ind%C3%ADgenas%20y%20Constituciones%20Latinoamericanas.PDF?sequence=1&isAllowed=y>] [Se consultó el 25 de octubre de 2018]
11. CÁMARA, O. 2013. “La coexistencia del Derecho Indígena y el Derecho ordinario en el Estado Plurinacional de Bolivia”, Santiago, Chile: Universidad de Chile.
12. CAVALLARO, J., RODRIGUEZ, C., SANHUEZA, C. & SABER, D. 2013. “No nos toman en cuenta: Pueblos indígenas y consulta previa en las pisciculturas de la Araucanía”. Santiago, Chile.
13. CHAPARRO, A. 2008. “Pluralismo jurídico, autonomía y separatismo en la política”, boliviana, revista de Ciencias Sociales, Ecuador.

14. CONVENIO N° 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independiente.
15. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE BOLIVIA.
https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf.
16. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA.
<http://www.corteconstitucional.gov.co/?bTy>
17. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE ECUADOR.
https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic5_ecu_ane_cons.pdf.
18. CONSTITUCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.
http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_150917.pdf.
19. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ.
https://www.oas.org/juridico/spanish/per_res17.pdf.
20. CONSTITUCION DE LA REPÚBLICA FEDERAL ALEMANA
(<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>)
21. CONSTITUCIÓN DE BÉLGICA
<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1057149.pdf>
22. CONSTITUCIÓN DE ESPAÑA
<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1978-31229>
23. CONSTITUCIÓN DE HOLANDA
<http://www.ces.es/TRESMED/docum/hol-cttn-esp.pdf>
24. COURTIS, 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, N° 10.
25. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Derechos Humanos." http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS_es.pdf. [Se consultó el 15 mayo de 2018]

26. Derechos Humanos y pueblos indígenas en Chile. Análisis Jurisprudencial para procesos de consulta en el marco del Convenio 169 de la OIT. <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/142688/derechos-humanos-y-pueblos-indigenas-en-chile%20pdf.pdf?sequence=1>.
27. DE SOUSA SANTOS, B. 2012. “Cuando los excluidos tienen derecho: Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad”, en: DE SOUSA SANTOS, Boaventura; GRIJALVA JIMÉNEZ, Agustín. (Eds.), *Justicia Indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, Quito: Fundación Rosa Luxemburg/ Abya Yala.
28. EHRLICH, E. 2005. “Sociología y Jurisprudencia,” pp. 89-107, en: Eugen Ehrlich, *Escritos sobre sociología y jurisprudencia*. Madrid: Marcial Pons.
29. ELIZALDE, G. y FIGUEROA, M., “*Los fundamentalismos religiosos en contextos indígenas de Chiapas*” https://www.awid.org/sites/default/files/atoms/files/cf_casestudy_chiapas_sp.pdf [Se consultó el 25 de junio de 2018]
30. ETXEBERRIA, X. 2006 “La tradición de los derechos humanos y los pueblos indígenas: una interpelación mutua”. *Pueblos indígenas y derechos humanos*. Universidad de Deusto. Bilbao.
31. FITZPATRICK, P. 1983. “Marxism and Legal Pluralism”, *Australian Journal of Law & Society*, 1(2).
32. GAJARDO, J. 2012. “El multiculturalismo, su recepción normativa y perspectivas en Chile y Bolivia. Un estudio comparado”. Tesis (Magíster en Derecho). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Escuela de Postgrado.
33. GRIFFITHS, J. 1995. “Four Laws of Interaction in circumstances of Legal Pluralism: First steps toward a explanatory theory”, en: Anthony Allot y Gordon Woodman. (eds.), *Peoples’ Law and State Law: The Bellangio Papers*. Forist Publications, Dordrecht.

34. GEERTZ, C. 1994. "Conocimiento local". Barcelona: Paidós.
<https://antroporecursos.files.wordpress.com/2009/03/geertz-c-1983-conocimiento-local.pdf>. [Se consultó el 18 de septiembre de 2018]
35. HARMS, F. "El fin del multiculturalismo en Europa: Los casos de los Países Bajos y el Reino Unido"
<http://dspace.palermo.edu/dspace/bitstream/handle/10226/1170/Federico%20Harms.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. [Se consultó el 25 de agosto de 2018]
36. HUANCA, F. 2011. "El Pluralismo Jurídico en el Estado Plurinacional". La Paz, Bolivia. Ed. Tigre.
37. HUANCA, F. 2013. "Mirada al Pluralismo Jurídico en el Estado Plurinacional" En: Universidad Mayor de San Andrés. Monografías. Ed. Facultad de Derecho.
38. JULIO-ESTRADA A., RIVERA J., TORBISCO, N., & YRIGOYEN, R., "Simposio: Pluralismo Jurídico y Derechos Humanos". Anuario de Derechos Humanos, 2013, p. 62-85.
39. KELSEN, H. "Teoría pura del Derecho", Dirección General de Publicaciones, Universidad Autónoma de México, 1982, pp. 201 y siguientes.
40. LEY N° 19. 253. Ley Indígena. Ministerio de Planificación y Cooperación, Santiago, Chile, 05 de octubre de 1993.
41. LINAN GARCIA, A. "Aspectos Controvertidos De La Libertad Religiosa"
https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S071852002017000200331&lng=es&nrm=iso&tlng=es. [Se consultó el 27 de junio de 2018]
42. LUHMANN, N. 2005. "El derecho como sistema social". En C. Gómez-Jara, Teoría de Sistemas y Derecho Penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación. Granada: Comares.
43. NASH, C. 2014. "La interpretación culturalmente sensible de los derechos humanos". Centro de Derechos Humanos.
44. NOGUEIRA, H. 1997. "Los Tratados Internacionales en el Ordenamiento Jurídico Chileno", Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de

Talca, Revista Ius et Praxis, Constitución y Tratados Internacionales, Año 2 N°2, Talca Chile, Editorial Universidad de Talca, p.9.

45. NOGUEIRA, H. “Consideraciones jurídicas sobre la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre Tratados Internacionales y Derechos Esenciales contenidos en Tratados Internacionales, después de la reforma constitucional de 2005” https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002013000200004. [Se consultó el 17 de diciembre de 2018]
46. POSPISIL, L. “*Anthropology of Law: A Comparative Theory*”, New York, Harper & Row, 1971.
47. PRADO, M. 2003. La cuestión indígena y las exigencias del reconocimiento. Colección de Investigaciones Jurídicas, 3.
48. RABBI-BALDI, R. “Reflexiones desde la jurisprudencia sobre comunidades indígenas” https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002015000100013. [Se consultó el 13 de mayo de 2018]
49. RAMIREZ, S. “*Nuevos paradigmas estatales para el fortalecimiento del pluralismo jurídico*”, Convenio 169 OIT; Los desafíos de su implementación en América Latina a 25 años de su aprobación. <https://www.issuu.com/indigenouspeoples/docs/convenio169oit2014/162>. [Se consultó el 18 de diciembre de 2018]
50. RIBERA, T. “Los tratados internacionales y su control a posteriori por el Tribunal Constitucional”. <https://www.redalyc.org/html/820/82050105/>. [Consultado el 18 de diciembre de 2018]
51. RUIZ, E. “*España y el Convenio Marco para la protección de las minorías nacionales: una reflexión crítica*”. <http://www.revista-redi.es/es/articulos/espana-y-el-convenio-marco-para-la-proteccion-de-las-minorias-nacionales-una-reflexion-critica/>. [Se consultó el 23 de mayo de 2018]
52. RUIZ-TAGLE, P. 2001. “Presentación: Constitucionalidad de los tratados internacionales en Chile.” En: Los tratados internacionales en la jurisprudencia constitucional, Santiago: Fundación Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

53. SAAVEDRA, V. “¿Son los Derechos Humanos universales?” <https://www.fibgar.org/upload/publicaciones/7/es/-son-los-derechos-humanos-universales--introduccion-a-los-debates-sobre-la-universalidad.pdf>. [Se consultó el 3 de octubre de 2018]
54. SAMANIEGO, M. y GARBARINI, C. 2004. “Rostros y fronteras de la identidad”. Temuco, Universidad Católica de Temuco.
55. SANTOS, B. 1987. “Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law”, *Journal of Law and Society*, 13(3).
56. SIERRA, L. 2003. “La Constitución y los indígenas en Chile: Reconocimiento individual y no colectivo”. *Estudios Públicos*.
57. SILVA BASCUÑAN, A. 1997. “Tratado de Derecho Constitucional”. Tomo IV. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
58. SINHA, S. 1995. “Legal Polycentricity”, en Hanne Petersen y Henrik Zahle (eds.). *Legal Polycentricity: Consequences of Pluralism in Law*. Aldershot: Dartmouth.
59. SOLEIL, S. “La formación del derecho francés como modelo jurídico”. *Revista de estudios histórico-jurídicos*, (28), 387-398. <https://dx.doi.org/10.4067/S0716-54552006000100011>.
60. TAMAHANA, B. 2000. “A non Essentialist Version of legal pluralism”, *Journal of Law and Society*, vol.27,núm.
61. TORBISCO, N. 2014. “Derechos indígenas: reconocimiento y desafíos para la democracia constitucional y para los derechos humanos”. En: *Autonomía individual frente a autonomía colectiva. Derecho en conflicto*, Madrid: Parcial Pons.
62. TOURAINE, A. 2000. “Igualdad y diversidad. Las nuevas tareas de la democracia”. 2ºed., México, Fondo de Cultura Económica.

63. TUBINO, F. 2004. Del interculturalismo funcional al interculturalismo crítico. En: SAMANIEGO, M. y GARBARINI, C. "Rostros y fronteras de la identidad". Temuco, Universidad Católica de Temuco.
64. VALDIVIA, J.M. 2011. Alcances Jurídicos del Convenio 169. CEP Centro de Estudios Públicos.
65. VILLEGAS, M. 2017. "Cuando La Costumbre Se Vuelve Ley: La cuestión Penal y La Pervivencia De Los Sistemas Sancionatorios indígenas En Chile". LOM Ediciones.
66. VILLEGAS, M. "Sistemas sancionatorios indígenas y Derecho penal: ¿Subsiste el Az Mapu? *Polít. crim.* Vol. 9, N° 17 (Julio 2014), Art. 7. http://www.politicacriminal.cl/Vol_09/n_17/Vol9N17A7.pdf. [Se consultó el 13 de agosto de 2018]
67. WRAY, A. "Justicia indígena: Sus límites constitucionales". <http://revistas.usfq.edu.ec/index.php/iurisdiccion/article/view/579/893>. [Se consultó el 15 de octubre de 2018]
68. YOUNG, I. "Polity and Group Difference: A Critique of the Ideal of Universal Citizenship". En: *Ethics* 99 (2).
69. YRIGOYEN, R. "El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización". En: RODRÍGUEZ GARAVITO, César. *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 211.
70. ZAMUDIO, T. "Derecho Penal positivo y las Comunidades Indígenas en la Argentina". http://indigenas.bioetica.org/mono/inves34.htm#_Toc53749194. [Se consultó el 15 de noviembre de 2018]
71. ZEGERS, M. "Derechos humanos y Constitución", diario Universidad de Chile, Chile, 2017. <http://radio.uchile.cl/2017/04/05/derechos-humanos-y-constitucion>. [Se consultó el 25 de junio de 2018]