



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES

PLURALISMO JURÍDICO: DESAFÍOS EN EL DERECHO PENAL

**Un análisis a la luz del convenio n°169 OIT y el Derecho
Internacional de los Derechos Humanos**

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

Valentina Andrea Araneda Parra

Profesor Guía: Luis Felipe Abbott Matus

Santiago, Chile

2023

Agradecimientos

A mamá, por darme la rigurosidad y fortaleza, a papá, por creer en mi cuando ni yo misma lo hacía, gracias por impulsarme a intentarlo, gracias por los tecitos mientras me desvelaba.

A José Miguel, por ser mi compañero de vida, en todo momento, conmigo de la mano.

Gracias a ti Aura, simplemente por llegar a mí.

Gracias a todo aquel que me dio una palabra de aliento, un abrazo apretado, y una sonrisa.

Gracias a la vida, por dejarme transitar este recorrido llena de amor, tranquilidad y cariño.

ÍNDICE

Contenido

ÍNDICE.....	3
RESUMEN.....	5
INTRODUCCIÓN	6
CAPÍTULO 1: MARCO INTERNACIONAL, DIDH.....	8
1.1 Origen, definición, y principios que la rigen.	8
1.2 Declaración Universal de los Derechos Humanos.....	11
1.3 Convención Americana sobre Derechos Humanos.....	13
1.4 Convenio N° 169 OIT.....	15
CAPÍTULO 2: PLURALISMO JURÍDICO.....	16
2.1 Pluralismo jurídico como proyecto conservador	18
2.2 Pluralismo jurídico como proyecto emancipador.....	19
2.3 Pluralismo Jurídico formal unitario.....	20
2.4 Pluralismo Jurídico vertical y horizontal.....	21
2.4.1 Pluralismo Jurídico Vertical:	21
2.4.2 Pluralismo Jurídico Horizontal:.....	21
CAPÍTULO 3: MARCOS CONSTITUCIONALES INTERNACIONALES Y SU RECONOCIMIENTO AL CONVENIO N° 169 OIT	
3.1 Marco normativo aplicable	22
3.1.1 Colombia	24

3.1.2 Bolivia.....	26
3.1.3 Perú.....	28
3.1.4 Ecuador	30
CAPÍTULO 4: MARCO CONSTITUCIONAL CHILENO	31
CAPÍTULO 5: JURISPRUDENCIA DE PLURALISMO JURÍDICO EN CHILE CASOS.....	34
5.1 Caso Painecur.....	34
5.2 Caso Juana Catrilaf.....	38
5.3 Caso Gabriela Blast.....	40
CAPÍTULO 6: EVOLUCIÓN EN LA INTERPRETACIÓN DE LOS TRIBUNALES	
6.1 Criterios de evolución del pluralismo jurídico.....	42
CONCLUSIONES.....	44
BIBLIOGRAFÍA	46

RESUMEN

El presente trabajo tiene como objetivo general realizar un análisis sobre la aplicación del pluralismo jurídico en Chile, efectuando una comparación a nivel constitucional con otros países de la región, a modo de identificar que prácticas han adoptado estos para dar cumplimiento a la normativa internacional. Por otra parte, se busca distinguir tendencias y evoluciones sobre el reconocimiento y aplicación del pluralismo jurídico en Chile en base a jurisprudencia.

Para el desarrollo del primer capítulo comenzaremos por dar las aproximaciones necesarias sobre la normativa internacional relacionada a este trabajo, dentro de las cuales mencionaremos la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblo Indígenas y Tribales (en adelante OIT).

En el segundo capítulo ya nos adentraremos propiamente al pluralismo jurídico, dando nociones generales del concepto, para luego ahondar en especificaciones doctrinarias y concepciones de distintos autores sobre este.

Para el tercer capítulo nos centraremos exclusivamente en marcos constitucionales, específicamente de Colombia, Bolivia, Perú y Ecuador, para evaluar como interactúan estas con el Convenio N° 169, así que reconocimiento y garantías le dan por separado cada una de ellas a sus respectivos pueblos indígenas.

En el cuarto capítulo solamente nos avocaremos en el marco constitucional chileno, se estudiarán las disposiciones que contiene este, si existe o no reconocimiento a los pueblos indígenas, y a su vez, como se comunica este texto para cumplir con las condiciones que establece el Convenio N° 169.

Durante el quinto capítulo se trabaja sobre la exposición de tres casos de jurisprudencia chilena, estos son: Caso Painecur , Caso Juana Catrilaf y Caso Gabriela Blast. Se espera que con ellos se puedan ejemplificar hitos importantes sobre el incipiente pluralismo jurídico en Chile y den paso para construir críticas al respecto.

En el sexto y último capítulo analizaremos en base a los casos jurisprudenciales y a la doctrina comparada, la evolución en la interpretación de los tribunales con respecto a los pueblos indígenas, los criterios penales y constitucionales que justificaron los fallos, estableciendo los desafíos finales para nuestro país.

INTRODUCCIÓN

El reconocimiento de los pueblos indígenas es un tema de importancia fundamental en el contexto de los derechos humanos y la diversidad cultural. A lo largo de la historia, los pueblos indígenas han enfrentado marginación, discriminación y la pérdida de sus tierras y formas de vida tradicionales. Sin embargo, en las últimas décadas, se han realizado avances significativos en el reconocimiento de los derechos y la identidad de ellos a nivel mundial.

Este reconocimiento se ha traducido en legislación nacional e internacional que busca proteger y promover los derechos de los pueblos indígenas, incluyendo su derecho a la tierra, la participación en la toma de decisiones y la preservación de su herencia cultural. En este contexto, es crucial explorar cómo el reconocimiento de los pueblos indígenas ha evolucionado, los desafíos que aún persisten y la importancia de garantizar que sus derechos sean respetados y protegidos en un mundo cada vez más diverso y globalizado.

Es por ellos, que para poder hacer cumplir esta garantía a que sus derechos sean ejercidos, se dialogará ampliamente con el pluralismo jurídico y el derecho internacional de los derechos humanos; son dos conceptos fundamentales que dan forma a la manera en que las sociedades lidian con la diversidad de sistemas legales y protegen los derechos fundamentales de las personas a nivel global. En este extenso análisis, se explorará en profundidad estas dos dimensiones, sus interacciones con los pueblos indígenas y sus implicaciones en un mundo cada vez más diverso y complejo.

El derecho internacional de los derechos humanos, en su evolución, se enfrenta a un desafío fundamental en el contexto del pluralismo jurídico. A medida que el mundo se vuelve más diverso y multicultural, la coexistencia de sistemas legales y normativos diversos dentro de las naciones plantea preguntas cruciales sobre cómo proteger y garantizar los derechos humanos de manera uniforme y efectiva. El pluralismo jurídico refleja la realidad de que las leyes y normas pueden variar significativamente en función de la cultura, la religión y otras identidades grupales.

En este sentido, la hipótesis central de esta tesis será identificar como Chile ha abordado el Pluralismo Jurídico, consistente en las preguntas: ¿El Estado chileno se ha hecho cargo del pluralismo jurídico?, ¿Cómo la jurisprudencia ha evaluado el pluralismo jurídico?, ¿Se ha dado cumplimiento a la normativa internacional ratificada por Chile en cuanto al pluralismo jurídico?

Así, se ha de tener presente a lo largo de este trabajo que reto reside en armonizar el respeto por la diversidad cultural y legal con la necesidad de establecer estándares universales de Derechos Humanos que sean aplicables en todo el mundo. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en su esencia, busca proteger y promover los derechos fundamentales de todas las personas, independiente de su origen étnico, religión, género u orientación. El cómo lograr este equilibrio y fomentar el respeto a los derechos humanos en un mundo pluralista es un desafío importante que requiere un diálogo constante entre las culturas, la cooperación internacional y un profundo compromiso con la igualdad y la justicia en la diversidad.

Una arista de importancia dentro de esta tesis radica en el derecho penal y como este dentro del contexto del pluralismo jurídico es una cuestión crucial en sociedades diversificadas y multiculturalmente ricas. El pluralismo jurídico se refiere a la coexistencia de múltiples sistemas legales y normativos dentro de una misma jurisdicción, lo que plantea cuestiones complejas y significativas para el sistema de justicia penal. Esta dinámica desafía la aplicación uniforme de las leyes y los principios legales, ya que diferentes comunidades pueden tener sus propios sistemas de normas y valores. La introducción de un enfoque pluralista en el derecho penal implica considerar cómo reconciliar y respetar estos sistemas legales alternativos al tiempo que se garantiza la igualdad ante la ley y se previene la discriminación. Este desafío requiere un equilibrio delicado y un diálogo continuo entre los sistemas legales para garantizar que los derechos de todos los ciudadanos sean respetados, al tiempo que se promueve la diversidad cultural y la justicia en una sociedad cada vez más heterogénea.

Luego , para dar respuesta a las preguntas planteadas ,se abarcará principalmente como se interceptan el Pluralismo Jurídico y Derecho Internacional de los Derechos Humanos en distintas legislaciones y la experiencia nacional . A menudo, los sistemas legales alternativos reconocidos en el marco del pluralismo jurídico deben cumplir con los estándares internacionales de derechos humanos. Esto significa que, independientemente de la diversidad legal y cultural, existen ciertos límites establecidos por el derecho internacional que no pueden ser traspasados en ningún sistema legal. Este matiz que existe entre ambos nos abre la puerta a plantear ciertos desafíos y oportunidades como: garantizar la armonización y coherencia entre los sistemas legales alternativos y el derecho internacional

de los derechos humanos es un desafío fundamental y proteger los derechos de los grupos vulnerables, como las minorías en sistemas legales alternativos, es esencial.

CAPITULO I: MARCO INTERNACIONAL, DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

1.1- Origen, definición, y principios que la rigen.

Situados en una línea temporal, la mayoría de los autores quienes se han dedicado a el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante DIDH), sitúan su origen en la Carta de las Naciones Unidas de San Francisco en el año 1945, cuyo preámbulo refirma la fe en los derechos fundamentales del hombre, su dignidad y su valor. Así posteriormente en cuanto a la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948, existe un acuerdo doctrinario, en su aprobación consolida el momento del surgimiento del DIDH. El profesor Claudio Nash comenta que debido a “muchas experiencias confluyeron en que la comunidad internacional asumiera la tarea de crear un sistema que protegiera a los individuos de los abusos en el ejercicio del poder por parte de los Estados. Esto se tradujo en la consagración de catálogos de derechos humanos y mecanismos de promoción y protección internacionales de los derechos incluidos en los catálogos, como, por ejemplo, la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y la creación de órganos jurisdiccionales para la protección de los derechos, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)”¹.

Ahora bien, lo que importa es , ¿ Qué se entiende por Derecho Internacional de los Derechos Humanos?

Será este un conjunto de principios y normas que regulan la relación entre el individuo y el Estado, limitando la soberanía estatal con el fin de establecer mecanismos de protección del individuo frente a los actos arbitrarios del Estado. Además, este contiene característica clave como la progresividad, subsidiariedad, y supervisión o control internacional²; Por otra parte la Profesora Liliana Galdámez considera que el DIDH es un conjunto de normas y principios inspirados en la lógica del derecho como un instrumento de humanización, que se funda en la protección de la dignidad de la persona humana y que compromete a los Estados que suscriben los acuerdos o que son obligados a partir de normas del ius cogens internacional y de las obligaciones erga omnes, a reconocer y garantizar los derechos humanos que dicho ordenamiento contiene, contando con órganos nacionales e internacionales, tanto

¹ Rojas, C. N., & Milos, C. (s/f). DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN CHILE. Corteidh.or.cr. Recuperado el 22 de diciembre de 2023, de <https://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/r29413.pdf>

² Ricke, T. P. (2020). Manual de derecho internacional de los derechos humanos para la defensa penal pública. 10

jurisdiccionales como no jurisdiccionales , de carácter nacional, universal y regional que aportan normas y criterios como fuentes de este derecho.³

Así también , Carlos Villán explica que a su parecer el DIDH es un sistema compuesto de principios y normas que regula un sector de las relaciones de cooperación institucionalizada entre el Estado de desigual desarrollo socioeconómico y poder, cuyo objeto es el fomento del respecto a los derechos humanos y libertades fundamentales universalmente reconocidos, así como el establecimiento de mecanismo para la garantía y protección de tales derechos y libertades, los cuales se califican de preocupación legítima y, en algunos casos, de intereses fundamentales para la actual comunidad internacional en su conjunto.⁴

En este sentido, para que el DIDH sea un sistema o conjunto aplicable para la realidad de distintos países, este reviste de características unificadas por la doctrina a lo largo de los años, con esto son referimos a que para que el DIDH lo sea tan cual explicado en los párrafos anteriores debe ser : Universal y Progresivo.

Con respecto al carácter universal del DIDH, José Antonio Pastor establece que es “De gran interés y sumamente discutida es la cuestión de si todos los habitantes del planeta deben gozar de los mismos derechos y libertades fundamentales o si, por el contrario, la lista y nivel de disfrute de esos derechos y libertades tienen que ver con la historia, religión, cultura, grado de desarrollo e ideología política reinantes en cada país o grupos de países. Se trata de la dialéctica entre la universalidad y el particularismo de los derechos humanos, planteada desde hace tiempo no solo en el plano académico sino también en el político”⁵ ; estableciendo posteriormente de la misma manera que , si bien, el contenido de algunos derechos puede estar condicionado con concepciones culturales, políticas o religiosas de cada país, existen derechos que son de vigencia universal, aplicable para todos, conviviendo de esta manera el universalismo y particularismo dentro del DIDH.

Consagrado lo anterior en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos celebrada en Vienes en el año 1993, en donde se establece que “Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia

³ Galdámez, L. (2023). Apuntes de cátedra Derecho Internacional de los Derechos Humanos

⁴ Durán, C. V. (2006). Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Editorial Trotta.

⁵ Ridruejo, J. P. (2011). Sobre la universalidad del Derecho internacional de los derechos humanos. Anuario de Derechos Humanos.

de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales”. De esta manera se reitera a la comunidad internacional que el carácter universal de ciertos derechos tiene un valor intrínseco y que su vez, los países más desarrollados deben propender a apoyar a los países en vías de desarrollo en sus procesos de democratización y reformas económicas para lograr el correcto ejercicio de los derechos.

Existe una única limitación a la característica universal del DIDH, es este es el margen de apreciación nacional; este concepto establecido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se abre paso cuando existe un espacio de indefinición en la norma, cuando hay ausencia de posición común entre los Estados partes en el sistema, y la no aplicación de las normas que tengan carácter de *ius cogens*.

En este sentido es definido el margen de apreciación nacional por José Pastor como “cuando la formulación convencional de un derecho deja espacios de indefinición y no existe consenso o posición común entre los Estados partes en el instrumento sobre la solución adecuada a fin de llenar ese vacío, se entiende que son las instancias nacionales las más adecuadas y mejor colocadas para adoptar una solución al respecto”⁶; Es importante mencionar que este concepto no ha sido aplicado los por tribunales en los casos que son relativos a violaciones al derecho a la vida, a la prohibición de la tortura y de tratos crueles inhumanos y degradantes, y a la prohibición de la esclavitud y de los trabajos forzados.

Ahora, con respecto a la progresividad, la doctrina lo establece como un régimen de protección que “tiende a expandir su ámbito de modo continuado e irreversible, tanto en lo que se refiere al número y contenido de los derechos protegidos, como en lo que toca a la eficacia y el vigor de los procedimientos en virtud de los cuales órganos de la comunidad internacional pueden afirmar y salvaguardar su vigencia”⁷, de esta manera se expresa en la misma evolución de los instrumentos jurídicos que protegen y consagran los Derechos Humanos, que al mismo tiempo sirve para despejar dudas teóricas sobre el sentido y alcance de las disposiciones contenidas en estos instrumentos jurídicos como declaraciones y tratados, impulsando una evolución hacia estándares más elevados de protección.

⁶ Ídem.

⁷ Nikken, P. (s/f). La protección de los derechos humanos: haciendo efectiva la progresividad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Corteidh.or.cr. Recuperado el 22 de diciembre de 2023, de <https://corteidh.or.cr/tablas/r25563.pdf>

1.2- Declaración Universal de los Derechos Humanos.

La Declaración Universal sobre los Derechos Humanos no resulta algo baladí cuando se sitúa dentro del contexto bélico en el que se encontraba el mundo durante la segunda guerra mundial. Como algo de suma importancia, esta declaración como tal que vio la luz en el año 1948, funcionó no solamente como un texto que permitiese como tal limitar el ejercicio del poder de grandes potencias, sobre todo en contextos póstumos a violaciones sistemáticas a derechos humanos, sino que también funcionó.

como una especie de guía que se fue materializando en diversos procesos en torno a marcos normativos de carácter constitucional que los diversos Estados fueron diseñando posterior al año 1950 y que se mantienen hasta el día de hoy⁸.

En sus orígenes, el sistema universal en torno a la protección de dichos derechos inicia con la Carta de Organizaciones de Naciones Unidas para dar paso, tres años después, en el año 1948, a la que conocemos hoy en día como la “Declaración Universal de Derechos Humanos”. Lo anterior no resulta algo meramente simbólico, puesto que dicho hito marca un antes y un después en torno a la visión que se tienen sobre los derechos humanos, puesto que estos se sitúan, en cuanto a la categorización y su jerarquía, a mirada a la par al principio de soberanía estatal puesto que los Estados adoptan un real compromiso en torno a como estos deben protegerse, garantizarse y estar más que presentes dentro de cada una de las actuaciones que estos mismos deben tener tanto en sus gestiones como en la incidencia dentro de la toma de decisiones en cada una de sus regiones.⁹

Importante resulta mencionar los cimientos en los que se sustenta esta declaración en donde, La Asamblea General “Proclama la presente Declaración Universal de los Derechos Humanos como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción.”¹⁰

⁸ Ricke, T. P. (2020). Manual de derecho internacional de los derechos humanos para la defensa penal pública.p.15

⁹ ídem

¹⁰ Declaración Universal de Derechos Humanos ,<https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>,Recuperado el 22 de diciembre de 2023.

En cuanto a su estructura, esta consta de un preámbulo y un conjunto de 30 artículos los cuales se pueden ir agrupando en diversas temáticas o áreas de protección, las cuales se pueden ir analizando de forma detallada para poder conseguir un margen más exacto en torno a qué trata cada uno de ellos. Estos mismos buscan proteger al individuo, ya sea desde el ámbito personal -tal y como lo establece el Artículo 3 de la misma convención, el cual menciona que “todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”- como desde el punto de vista más social o de cómo nos vamos desarrollando entre pares y miembros dentro de la sociedad ,como lo establece el artículo 2 de la convención, el cual establece que “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía”.

Otro punto a considerar es como los sujetos se ven ante el mismo poder judicial y el cómo los derechos dentro de los procesos judiciales deben ser protegidos y respetados por igual. El artículo 7 por su parte menciona que “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”.

Finalmente resulta interesante analizar como esta misma declaración establece directrices en torno a las gestiones que los mismos Estados se deben ir ciñendo con fines de garantizar como tal la protección de dichos derechos. Propio es lo que establece el artículo 28 de la misma convención el cual consagra que “Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos”.

Lo mencionado anteriormente es con el fin de poder ilustrar y guiar en torno a las diversas temáticas que la declaración va consagrando y los diversos puntos fuertes que esta misma posee.

Sin perjuicio de lo anterior, cada uno de los 30 artículos que esta misma establece resultan igual de importantes, para cada Estado, al momento de realizar sus gestiones, accionar y

gobernar cada nación, teniendo la debida precaución de no transgredir cada uno de los preceptos que allí mismo se tratan.

1.3- Convención Americana sobre Derechos Humanos

La Convención Americana de los Derechos Humanos o también conocida como Pacto de San José, consagra en su mismo texto que “(...) dentro de un estado de derecho en el cual se rigen las instituciones democráticas, la garantía de derechos de los seres humanos se basa en el establecimiento de condiciones básicas necesarias para su sustentación (alimentación, salud, libertad de organización, de participación política, entre otros).”¹¹

En su preámbulo, se consagra que “Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos.”¹²

En suma, esta convención “(...) es un tratado internacional que prevé derechos y libertades que tienen que ser respetados por los Estados Partes. Asimismo, la Convención establece que la Comisión y la Corte son los órganos competentes para conocer los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes de la Convención y regula su funcionamiento.”¹³

Por otra parte, fue adoptada con fecha 22 de noviembre del año 1968 en la ciudad de San José, Costa Rica (de ahí proviene su nombre) entrando en vigencia el 18 de julio de 1978, en atención a lo que establece el artículo 74.2 de esta misma¹⁴. Los países o Estados que son parte de dicha convención son: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam y Uruguay.¹⁵

Resulta necesario esclarecer en este punto, a diferencia de la Declaración Americana de Derechos Humanos, que dicha Convención ha sido dotada de un carácter más jurídico que

¹¹ Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). Oas.org. Recuperado el 22 de diciembre de 2023, de https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf

¹² ídem.

¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José, C. R. (2018). ABC de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: El qué, cómo, cuándo, dónde y porqué de la Corte Interamericana.

¹⁴ ídem.

¹⁵ ídem.

político. A palabras de Thomas Buergenthal en su texto “La relación conceptual y normativa entre la Declaración Americana y la Convención Americana sobre Derechos Humanos” consagra que esta misma “Se trata de un instrumento jurídico y, como tal, recibe su legitimidad de las obligaciones legales que asumieron los Estados Partes al ratificarla.”¹⁶

La convención en cuanto a su estructura, consagra diversas libertades y derechos sobre las cuales los individuos tienen pleno goce y garantías sobre ellos. En primer lugar, se consagran obligaciones de los diversos Estados que la componen ya sea por una parte el respetar los derechos y libertades que el mismo texto establece y el deber de ir adoptando diversas medidas y formas de actuar propias de sus regulaciones y gestiones internas para que dichos derechos puedan, efectivamente, materializarse¹⁷. Por otra parte, la misma convención enlista y consagra diversos derechos libertades que pueden encontrarse de forma expresa en el mismo texto los cuales se relacionan a “(...)Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica; derecho a la vida; derecho a la integridad personal; prohibición de la esclavitud y la servidumbre; derecho a la libertad personal; principio de legalidad y retroactividad; derecho a la indemnización; protección de la honra y de la dignidad; libertad de conciencia y de religión; libertad de pensamiento y de expresión; derecho de rectificación o respuesta; derecho de reunión; libertad de asociación; protección a la familia; derecho al nombre; derechos del niño; derecho a la nacionalidad; derecho a la propiedad privada; derecho de circulación y residencia; derechos políticos; igualdad ante la ley; protección judicial y desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales.”¹⁸

Finalmente, resulta necesario hacer mención a protocolos adicionales con los que cuenta dicha convención los cuales también irán consagrando diversos derechos con los cuales los miembros de la sociedad podrán ir gozando y exigiendo su protección y materialización. Entre ellos nos encontramos con el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (también llamado Protocolo de San Salvador) del año 1988 (entrada en vigencia en 1999) y también el Protocolo sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, suscrito en el año 1990.

¹⁶ Buergenthal, T. (s/f). La relación conceptual y normativa entre la Declaración Americana y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. IIDH. <https://repositorio.iidh.ed.cr/handle/123456789/391>

¹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José, C. R. (2018). ABC de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: El qué, cómo, cuándo, dónde y porqué de la Corte Interamericana.

¹⁸ Idem.

1.4- Convenio N° 169 OIT

El Convenio de la OIT N°169 por su parte versa sobre la Organización Internacional del Trabajo en relación a los pueblos originarios y en el accionar del Estado en materias que a estos mismos les atañen. Este mismo fue aprobado por el Congreso Nacional en el año 2009, siendo aplicable desde entonces a los mismos pueblos que, por una parte, ya existían al momento de originarse la colonización o bien, por otra, a aquellos que puedan ir descendiendo de estas mismas poblaciones.

Resulta necesario esclarecer la aplicabilidad de dicho convenio y en qué contextos se debe ir aplicando. Esta misma “Se aplica a los pueblos indígenas y tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos, total o parcialmente, por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial”.

El Estado de Chile por su parte, tiene el deber de garantizar como tal la materialización de la igualdad en derechos de los miembros de las comunidades indígenas o pueblos originarios en relación al resto de los miembros y habitantes del país. Lo anterior no es algo que debiese ser considerado como algo meramente desde el punto de vista general, el convenio también tiene la finalidad de, además de consagrar dichos derechos, que estos sean vistos y se materialicen de conformidad a su identidad tanto cultural como social, sus tradiciones y costumbres.

Lo anterior resulta sumamente relevante en cuanto a cómo se deben ir consagrando y materializando los derechos propios de los pueblos originarios puesto que tanto la aplicación de la legislación, la relación que tiene el Estado con estos mismos, las normas en relación a los derechos laborales que estos poseen y la educación impartida a los pueblos deben ser en conformidad tanto a sus orígenes, costumbres, tradiciones y condiciones. El respeto por su cultura y forma de vivir debe estar más que presentes al momento de generar cualquier tipo de relación con cada uno de ellos y respetar lo consagrado en el ya mencionado convenio.

Se advierte que, si bien la OIT no es un órgano jurisdiccional, sus pronunciamientos permiten apreciar el vasto alcance de las obligaciones que asumen los Estados firmantes en lo que se refiere a la necesidad de incluir a los pueblos indígenas en los procesos de toma de decisiones de todas las medidas que les conciernan, así como en lo que atañe a los derechos de propiedad, de uso de tierras y de recursos naturales.¹⁹

¹⁹ Mereminskaya, E. (2011). El Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales: Derecho internacional y experiencias comparadas. Estudios públicos, (121).

En Chile ,durante dos ocasiones el Convenio N°169 fue objeto de análisis por parte del Tribunal Constitucional. La primera vez por un reclamo que planteaba que el Convenio era inconstitucional en su totalidad por contravenir las Bases de la Institucionalidad debido al uso del vocablo “pueblos indígenas” a quienes se les estarían transfiriendo funciones de ejercicio de soberanía radicadas en el pueblo de Chile²⁰. El Tribunal rechazó este planteamiento dado que arribó a la conclusión de “que la expresión ‘pueblos indígenas’, debe ser considerada en el ámbito de dicho tratado, como un conjunto de personas o grupos de personas de un país que poseen en común características culturales propias, que no se encuentran dotadas de potestades públicas y que tienen y tendrán derecho a participar y a ser consultadas, en materias que les conciernan.”²¹

El segundo control de constitucionalidad se efectuó a iniciativa de la Cámara de Diputados y apuntaba al análisis de las normas sobre la obligación del Estado de efectuar consultas con los pueblos indígenas en relación con aquellas medidas que los pudiesen afectar. El Tribunal Constitucional confirmó la constitucionalidad de los preceptos cuestionados y concluyó que “la consulta a los pueblos interesados que dispone el N° 1 del artículo 6° del Acuerdo remitido no podrá, desde luego, entenderse que implique el ejercicio de soberanía, pues ella, conforme al claro tenor de lo dispuesto en el artículo 5° de la Carta Fundamental.”²²

CAPÍTULO 2: PLURALISMO JURÍDICO

Es cierto precisar, que la enseñanza del Derecho y su desarrollo occidental se caracteriza principalmente por ser un sistema centralizado y jerarquizado , lo cual es la búsqueda de obtener países con jurisdicciones sólidas y soberanías limitadas , han dado como resultado la falta de visibilidad endémica de la sociedad , acotándolo a una sola visión dominante del derecho mismo; este sirvió de buena manera para reglamentar y hacer legítimos los intereses culturales de una mayoría burguesa²³ , así como también época de Colonia para legitimar la subordinación política y explotación económica de los pueblos originarios en cada territorio.

En este sentido, hemos comenzado a ser testigos de cómo este modelo estático, solo movilizado a la fuerza por la creación de Tratados Internacionales, comienza a no ser capaz

²⁰ Tribunal Constitucional, Rol N° 309, Requerimiento formulado por diversos diputados para que el tribunal resuelva la constitucionalidad del Convenio N° 169, de acuerdo al artículo 82, N° 2, de la Constitución Política de la República, 4 de agosto de 2000

²¹ Mereminskaya, E. (2011). El Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales: Derecho internacional y experiencias comparadas. Estudios públicos

²² Tribunal Constitucional, Rol N° 1050, 3 de abril de 2008

²³ Wolkmer, A. (2018). Pluralismo jurídico: fundamentos de una nueva cultura del derecho. Madrid

de dar abasto ante variadas demandas sociales. Se comienza a quebrar la idea de que el Estado representa por sí mismo un pueblo homogéneo, con una sola tradición cultural, lingüística y legal.

Frente a la necesidad de dar una respuesta que sea práctica para las distintas comunidades que habitan un territorio, surge la idea de pluralismo jurídico que significa para varios autores la posibilidad de coexistencia de varios sistemas normativos reconocidos como válidos y efectivos en un mismo territorio con el fin de solucionar un conflicto.²⁴

Siguiendo a Raquel Yrigoyen²⁵ podremos observar cómo se caracteriza de manera general en América latina la nación y el Estado pluralista, observándose el primer cambio en los textos constitucionales de la región, en donde se reconoce el carácter pluricultural y multiétnico de la composición del Estado, ejemplificado de buena manera en la Constitución de Colombia de 1991 en su Art n° 7, destacando el verbo “reconocer”, en la medida que este texto constitucional no está creando la situación de diversidad cultural, sino que reconociendo una preexistente.

Siguiendo esta idea, la concepción de pluralismo jurídico tiene una cercanía con la concepción del derecho como realismo jurídico, es decir, se le considera de mayor importancia a la realidad social, ante de que, a lo legalmente positivizado con anterioridad, corriente surgente de Estados Unidos cerca de los años treinta, incentivando la creación del derecho como una máquina multidisciplinaria como fuera más pragmática, sociológica y antiformalista. Sánchez Díaz expresa de aquello que “Por fin, los realistas compartían un espíritu reformista del derecho, tanto en lo que afecta a su contenido normativo, como en lo referente a los métodos de su aplicación. Una y otras reformas eran vistas por los realistas como pasos necesarios para una acomodación entre el derecho y las demandas de justicia, adaptación a los nuevos tiempos, y seguridad jurídica de los legos[...] Un punto de vista epistemológico común ha de conducir necesariamente a una serie de constataciones muy básicas también [...] (1) La concepción del derecho como un flujo, de un derecho móvil, y de la creación judicial del derecho (2) La concepción del derecho como un medio para obtener ciertos fines sociales y no como un fin en sí mismo. (3) La concepción de la sociedad como un flujo, típicamente más rápido que el derecho.”²⁶

²⁴ Antunez, D. y. (2018). El Derecho alternativo en el pluralismo jurídico ecuatoriano.

²⁵ Yrigoyen, R. (2004). Pluralismo Jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en países andinos.

²⁶ Sánchez. (2002). Antropología jurídica.

Ahora, si bien el pluralismo puede sentar sus precedentes en el realismo jurídico, es importante considerar que esta corriente no surge de manera aislada, se presenta desde fines del siglo XIX en base a una tendencia *antiformalista y critica* que se nombró jurisprudencia sociológica, siendo ambas partes de la Teoría Crítica del Derecho. Como lo expresa su nombre, esta (así como el realismo) busca una reivindicación histórica, económica y social del derecho, para así lograr una amplia concepción de la realidad que no sea lejana a la regulación y lograr resolver los conflictos sociales.

En la región Latinoamericana, un pionero en materia sobre pluralismo jurídico es el abogado Antonio Carlos Wolkmer, el cual, a lo largo de sus análisis, tomaremos dos distinciones que, a mi parecer, pueden ayudarnos a percibir de una manera bastante focalizada los polos con una función ideológica instrumental de la materia, con esto me refiero al pluralismo jurídico como proyecto conservador y al pluralismo jurídico como proyecto emancipador.

2.1 Pluralismo jurídico como proyecto conservador

Ante la creciente globalización, el profesor Wolkmer propone que la principal estrategia del nuevo ciclo del capitalismo mundial es introducir el pluralismo jurídico que se plasmaría de forma concreta en la integración de mercados, la acumulación de capitales, la formación de bloques económicos y grandes políticas de privatización.

Frente a esta realidad, queda por preguntarse la oportunidad que tiene un pluralismo jurídico conservador cuando se piensa en construir sociedades democráticas, participativas y plurales, pero a la vez adaptadas a los contextos de intervencionismo, dependencia y autoritarismo que representa la región Latinoamericana; “Para esto se hace prioritario distinguir el pluralismo como proyecto democrático de participación de estructuras sociales dependientes, de cualquier otra práctica de pluralismo que esté siendo presentada como una nueva salida para los intentos de “neocolonialismo” o del “neoliberalismo” de los países de capitalismo central avanzado. Este tipo conservador de pluralismo, vinculado a los proyectos de “posmodernidad”, es otro embuste para facilitar la concentración violenta del capital en el “centro”, excluyendo en definitiva la periferia, y radicalizando todavía más las desigualdades sociales y causando el agravamiento de la explotación y la miseria.”²⁷

Esta idea de pluralismo jurídico conservador, se opone a la idea de pluralismo progresista, sobre todo teniendo en consideración los factores sociales que vive actualmente América

²⁷ Wolkmer, A. C. (2003). Pluralismo jurídico: nuevo marco emancipatorio en América Latina. Colección En Clave de Sur. 1a ed. ILSA

Latina, tratando estos sobre debilitamiento de los estados, crisis de trabajo y nuevas luchas sociales (recordar *estallidos sociales* de Perú, Chile, Ecuador y Bolivia, en menos de cinco años). La idea conservadora propuesta busca encubrir la integración democrática de los segmentos populares, haciendo inviable la organización de masas.

2.2 Pluralismo jurídico como proyecto emancipador

La nueva idea propuesta de pluralismo jurídico con un fin emancipador parte desde la base de ser un sistema integrador en base a necesidades comunes; bien plantea Coutinho que esta idea debe estar cercana a un pluralismo de sujetos colectivos, lo que propone construir una nueva hegemonía que contemple el equilibrio entre el predominio de la voluntad general sin negar el pluralismo e los intereses particulares²⁸.

En este sentido ,la idea emancipatoria resuena con la idea de un proyecto de legalidad alternativa que “se refiere, por un lado, a la superación de las modalidades predominantes del pluralismo –identificado con la democracia neoliberal y con las prácticas de desregulación social– y, por otro lado, a la edificación de un proyecto político jurídico resultante del proceso de prácticas sociales insurgentes, motivadas para la satisfacción de las necesidades esenciales”²⁹, para aquello Wolkmer propone que deben existir ciertos elementos esenciales como lo serian i) la legitimidad de los nuevos sujetos sociales , ii) la democratización y descentralización de un espacio público participativo , iii) la defensa pedagógica de una ética de la solidaridad , iv) y la consolidación de procesos conducentes a una racionalidad emancipatoria.

Con ello, el sujeto principal de esta era ya no sería un sujeto inerte, dominado, sumiso y espectador , sino un ciudadano emancipado , participe y creador (no tan de acuerdo con esta idea , ya que sujeto actual sigue estando bajo una subordinación constante ,el modelo económico y social imperante en este momento en Latinoamérica exige dejar parte de nuestra libertad a merced del sistema para que funcione y se pueda vivir en sociedad , punto a favor , el pluralismo jurídico si puede incidir de manera positiva para independizar a culturas indígenas anteriores a los Estados presentes encada territorio , ya que ellas jamás formaron parte 100% de esta subordinación neocapitalista) , siendo este sujeto “nuevo” quien da la pie para construcción de la racionalidad como una expresión de identidad cultural , exigiendo libertad , emancipación y autodeterminación.

²⁸ Coutinho, C. (1990). Notas sobre el pluralismo.

²⁹. Wolkmer, A. C. (2003). Pluralismo jurídico: nuevo marco emancipatorio en América Latina. Colección En Clave de Sur. 1a ed. ILSA

Dando por finalizada estas aproximaciones del Wolkmer que nos ayuda a aportar una visión socio política del pluralismo jurídico, me gustaría dar paso a identificar los distintos tipos de pluralismo jurídico que la doctrina propone a lo largo de sus estudios dependiendo de sus enfoques y contextos en los cuales se desarrollan.³⁰

2.3 Pluralismo Jurídico formal unitario

El pluralismo jurídico formal se refiere a la coexistencia de múltiples sistemas legales o fuentes formales del derecho dentro de una jurisdicción o sistema legal. se refiere a la existencia de diferentes fuentes de derecho reconocidas por el sistema legal estatal.

Hoekema impulsa a tener un sistema *oficial* la validez de normas de los diversos sistemas de derecho, su fuente en una comunidad especial que como tal conforma una parte diferenciada pero constitutiva de la sociedad entera y, por tanto, tiene capacidad para que su derecho sea reconocido como parte integral del orden legal nacional. Entonces reina una simultaneidad igualitaria de todos los sistemas de derecho.³¹

En un contexto de pluralismo jurídico formal, las fuentes del derecho pueden incluir:

1. Leyes estatales: El sistema legal formal del Estado, que incluye leyes, regulaciones y normativas promulgadas por el gobierno.
2. Derecho internacional: Los tratados y acuerdos internacionales ratificados por el Estado, que forman parte del ordenamiento jurídico nacional.
3. Derecho consuetudinario: Normas y prácticas no escritas que se han desarrollado a lo largo del tiempo y que son reconocidas como legales.
4. Derecho religioso: Normas y regulaciones basadas en creencias religiosas y sistemas legales propios de comunidades religiosas.
5. Derecho local: Reglamentos y normas adoptados por autoridades locales o municipales dentro de una jurisdicción.

El pluralismo jurídico formal reconoce que en una sociedad diversa pueden coexistir diversas fuentes legales, y que el sistema legal estatal debe considerar y, en algunos casos, integrar estas fuentes en su marco jurídico. La interacción y el reconocimiento de estas múltiples fuentes legales pueden variar según el sistema legal y la jurisdicción específica. Este

³⁰ Hoekema, A. (2016). Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario.

³¹ Ídem.

enfoque busca equilibrar la coherencia legal con el respeto por la diversidad cultural y las necesidades de diferentes comunidades.

2.4 Pluralismo Jurídico vertical y horizontal

El pluralismo jurídico se puede dividir en dos dimensiones: vertical y horizontal. Estas dimensiones se refieren a diferentes aspectos de cómo coexisten y se relacionan los sistemas legales en una sociedad.

2.4.1 Pluralismo Jurídico Vertical:

El pluralismo jurídico vertical se refiere a la coexistencia de múltiples sistemas legales con diferentes niveles de autoridad o jerarquía. En este enfoque, los sistemas legales pueden ser jerarquizados en diferentes niveles, y cada nivel tiene su propia autoridad.

Se asocia en la doctrina lo vertical con aquello que tiende a homogenizar conductas, en donde existe un gestor de la norma con una posición preponderante o sancionadora, que a su vez reduce los consensos de poblaciones locales.

Un ejemplo de esto es la coexistencia de sistemas legales locales y sistemas legales estatales o nacionales. En este caso, las normas locales pueden aplicarse en asuntos específicos dentro de una comunidad, mientras que las leyes estatales o nacionales tienen autoridad en cuestiones más amplias. El pluralismo jurídico vertical implica que diferentes sistemas legales operan en diferentes escalas y pueden superponerse en ciertas áreas.

2.4.2 Pluralismo Jurídico Horizontal:

El pluralismo jurídico horizontal se refiere a la coexistencia de múltiples sistemas legales en el mismo nivel de autoridad o jerarquía. En este enfoque, no hay una jerarquía clara entre los sistemas legales, y cada sistema puede ser igualmente válido en su ámbito de aplicación. Esto significa que diferentes comunidades o grupos pueden tener sus propios sistemas legales que coexisten en igualdad de condiciones, y cada sistema legal puede aplicarse a los asuntos que rigen. El pluralismo jurídico horizontal promueve la autonomía legal de diferentes grupos dentro de una sociedad y reconoce que sus sistemas legales tienen igual importancia.

Bien podemos entender esta clasificación conjunto a la clasificación doctrinario emancipatoria del pluralismo, donde la configuración del Derecho nace desde tanto el Estado , como el consensualismo ,las confrontaciones políticas.

Es importante destacar que el pluralismo jurídico vertical y horizontal a menudo se entrelazan en la práctica, y la forma en que se aplican puede variar según la jurisdicción y la situación

específica. Ambos enfoques reflejan la realidad de que, en sociedades diversas, diferentes comunidades pueden operar bajo sistemas legales y normativos que reflejan sus propias tradiciones y valores.

Así entonces; aquel pluralismo jurídico vertical será caracterizado como el modelo reconocido y controlado por el Estado, atribuidos al orden jurídico dependiendo de su positivización, Huanca lo describe como “aquel que está basado en la existencia de diferentes niveles jurídicos ordenados jerárquicamente, tal como conocemos en nuestro sistema judicial”³² aplicarse en asuntos específicos dentro de una comunidad, mientras que las leyes estatales o nacionales tienen autoridad en cuestiones más amplias. El pluralismo jurídico vertical implica que diferentes sistemas legales operan en diferentes escalas y pueden superponerse en ciertas áreas.

Por otra parte aquel pluralismo jurídico horizontal es aquel que concibe la interrelación entre organizaciones y subculturas, debido al intercambio de conocimientos entre campos sociales semiautónomos, no jerarquizados unos con otros, sino convivientes dentro de un mismo territorio, a pesar de sus distintas culturas, valores y normas.

CAPÍTULO 3: MARCOS CONSTITUCIONALES INTERNACIONALES Y SU RECONOCIMIENTO AL CONVENIO N° 169 OIT

3.1- Marco normativo aplicable

Como se ha repasado anteriormente, en el marco internacional un gran elemento de reconocimiento de derechos es el Convenio N 169 de la OIT. En este sentido, lo que toma importancia en este capítulo es como se aplica finalmente en cada país, y cuáles serían las mejores estrategias definidas por cada gobierno para implementarlas, en definitiva, hablaremos que en un país implica tomar medidas para garantizar el cumplimiento de sus disposiciones, que se centran en los derechos de los pueblos indígenas y tribales. Siendo algunos pasos clave para aplicar el Convenio 169 de la OIT:

1. Ratificación e incorporación: El primer paso es que el país ratifique el Convenio 169 de la OIT y lo incorpore a su marco legal nacional. Esto implica que el Convenio se convierte en parte del derecho interno del país y debe ser respetado y aplicado.

³² Huanca, F. (2007). Aproximación al Análisis Sociológico de los Derechos Humanos; del monismo al pluralismo

2. Consulta y participación: El Convenio 169 establece el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados sobre cuestiones que les afecten directamente, incluyendo la toma de decisiones sobre proyectos de desarrollo en sus territorios. El país debe establecer mecanismos para garantizar la participación activa y significativa de los pueblos indígenas en la toma de decisiones.
3. Reconocimiento de la propiedad y territorio: El Convenio 169 reconoce el derecho de los pueblos indígenas a la propiedad y posesión de sus tierras y territorios. El país debe tomar medidas para garantizar y respetar estos derechos, incluyendo la demarcación y titulación de tierras indígenas.
4. Promoción de la cultura y educación: El Convenio 169 establece la importancia de preservar y promover la cultura, idioma y educación de los pueblos indígenas. El país debe tomar medidas para apoyar estas iniciativas.
5. Lucha contra la discriminación: El Convenio 169 prohíbe la discriminación contra los pueblos indígenas en todas las esferas de la vida. El país debe tomar medidas para eliminar la discriminación y promover la igualdad.
6. Desarrollo sostenible: El Convenio 169 promueve el desarrollo sostenible de las comunidades indígenas y tribales. El país debe tomar medidas para asegurar que los proyectos de desarrollo respeten los derechos y las necesidades de estas comunidades.
7. Capacitación y sensibilización: Es importante que las autoridades, funcionarios públicos y la sociedad en general estén capacitados y sensibilizados sobre los derechos y las necesidades de los pueblos indígenas.

Para que estas medidas se transformen en políticas públicas se requiere un compromiso sólido por parte de los gobiernos y la sociedad para garantizar que los derechos de los pueblos indígenas sean respetados y protegidos en todas las áreas de la vida.

Entonces, en base a esto, estaremos en condiciones de establecer que las constituciones con reconocimiento al pluralismo jurídico son aquellas que aceptan la coexistencia de múltiples sistemas legales o jurídicos dentro de un mismo territorio o sociedad. Estos sistemas legales pueden incluir el sistema legal estatal tradicional, así como sistemas de derecho consuetudinario, religioso o étnico practicados por comunidades o grupos específicos. El reconocimiento del pluralismo jurídico implica que estos diferentes sistemas legales pueden

coexistir y ser aplicados en ciertos asuntos legales y judiciales, siempre y cuando no entren en conflicto con los principios fundamentales de la constitución nacional.

Estas constituciones suelen reflejar una voluntad de respetar y proteger las identidades culturales y jurídicas de comunidades indígenas o étnicas, así como promover la diversidad y la inclusión en el sistema legal. Siendo esto una forma de abordar las complejas realidades culturales y sociales en países donde diversas comunidades tienen sistemas legales y normas tradicionales arraigadas en su historia y prácticas.

Es importante destacar que el reconocimiento del pluralismo jurídico puede ser un desafío en términos de garantizar la igualdad de derechos y la coherencia legal, y las constituciones que lo abordan suelen establecer mecanismos para resolver posibles conflictos entre los diferentes sistemas legales.

3.1.1 – Colombia

La Constitución Colombiana³³ establece en su primer artículo, como principios fundamentales como una “República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.” Para posteriormente en su Artículo 7 otorga reconocimiento a la diversidad étnica y cultural del país, así también como en su Artículo 10, consagrando el estricto respeto a las lenguas y dialectos de las etnias propias de su territorio.

En este mismo sentido, el capítulo 5to del texto menciona lo que serán 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.

Así, pareciera que Colombia es un país quien se preocupó bastante de blindar con rango constitucional a sus minorías étnicas presentes en su territorio, ahora, desde una mirada histórica y política, “En Colombia existen 87 pueblos indígenas, 34 de ellos en peligro de

³³ Constitución Política de Colombia" <http://www.corteconstitucional.gov.co/?bTy>. (Se consultó en Noviembre de 2023)

extinción. Lo anterior muestra el desconocimiento de las riquezas del otro y de la negación de construcciones multiculturales en pie de igualdad. A pesar de que la historia muestra que las violaciones a los derechos humanos no cesan, la realidad social es indiferente y repetitiva. Tal como se vio con el pueblo u'wa se vulneró el territorio sagrado y las redes vitales de ese pueblo, por la explotación de recursos naturales en los territorios indígenas y se omitió el respeto a la integridad cultural, social y económica de esas comunidades indígenas.

Sin embargo, en el caso de la explotación de recursos naturales en área colectiva de las comunidades embera katíos, la Corte declaró la existencia de los límites del bien común y la función social y ecológica de la propiedad. Importa la realidad concreta de lo que significa diversidad étnica y cultural, el respeto de los usos y costumbres indígenas y el concepto de vida en un sentido amplio, que concuerda con el respeto del territorio y de su entorno natural. Establece como derechos fundamentales de las colectividades el derecho a la subsistencia, el derecho a la propiedad colectiva, el derecho a la integridad y el derecho a la participación.”³⁴

A pesar de los procesos sociales, económicos, políticos y tecnológicos que se impusieron a los indígenas, ellos a través de resistencia y recreación de lo propio tomaron medidas que van desde la migración, la búsqueda de zonas de refugio, las sublevaciones, la creación de nuevas identidades étnicas -como los nuevos procesos sociales de conformación de cabildos urbanos y cabildos urbanos multiétnicos-, el establecimiento de organizaciones propias; así, durante algo más de tres décadas han logrado hacerse visibles y transformar sus relaciones con gran parte de las instituciones del Estado que han valorado su aporte a la construcción del país. Tienen claro algunos servidores públicos el abandono al que han estado sometidos, el peligro que corren y, ante todo, muchos más aceptan la obligación y el reto de darles un trato diferenciado que permita su existencia como pueblos distintos. A partir de 1991 se presentan ajustes formales en defensa de la diversidad cultural, del reconocimiento de sus derechos propios y con éstos de la posibilidad de dirimir conflictos haciendo justicia, de sus formas de propiedad colectiva y de gobierno, así como de su participación en asuntos públicos y de la política nacional.

El movimiento indígena en Colombia recoge en sus planteamientos esta historia de luchas por la recuperación de sus territorios, el mantenimiento de sus identidades, cultura y autonomía, hasta alcanzar los espacios políticos y económicos con que hoy cuentan en el país... La nueva

³⁴ Gutiérrez, M. (s/f). Pluralismo jurídico y cultural en Colombia.

política indigenista del Estado, sentada en la Asamblea Constituyente de 1991, ha de responder a la presión firme ejercida por las autoridades tradicionales y las organizaciones indígenas, protegidas también por el Convenio 169 de la OIT ratificado por Colombia. Para algunos asuntos se recurre a nuevas y distintas formas organizativas, como el Tribunal de los Pueblos recientemente creado, la Acción de Tutela y la presentación de litigios internacionales como medios para proteger derechos fundamentales individuales y colectivos.”³⁵

3.1.2- Bolivia

La constitución boliviana, comienza en su preámbulo por definir que “el pueblo boliviano, de composición plural, desde la profundidad de la historia, inspirado en las luchas del pasado, en la sublevación indígena anticolonial, en la independencia, en las luchas populares de liberación, en las marchas indígenas, sociales y sindicales, en las guerras del agua y de octubre, en las luchas por la tierra y territorio, y con la memoria de nuestros mártires, construimos un nuevo Estado”³⁶, y como se verá a lo largo de su texto, reitera en distintos ámbitos el reconocimiento a su composición diversa.

Así, el Artículo primero y segundo sientan las bases de lo que posteriormente regirá cada aspecto del Estado boliviano, reconociendo los orígenes ancestrales del país.

Artículo 1.

Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país.

Artículo 2.

Dada la existencia precolonial de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y su dominio ancestral sobre sus territorios, se garantiza su libre determinación en el marco de la unidad del Estado, que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales, conforme a esta Constitución y la ley.

³⁵ Sánchez, E. (2020). La realización del pluralismo jurídico del tipo igualitario en Colombia.

³⁶ Constitución Política Bolivia. https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf. (Consultado 22 de diciembre de 2023).

Para posteriormente consolidar que no existe una sola lengua oficial, que por defecto colonizador sería el castellano, sino que pasa a mencionar cada una de las lenguas que componen los pueblos indígenas del país.

Artículo 5.

I. Son idiomas oficiales del Estado el castellano y todos los idiomas de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, que son el aymara, araona, baure, bésiro, canichana, cavineño, cayubaba, chácobo, chimán, ese ejja, guaraní, guarasu'we, guarayu, itonama, leco, machajuyai-kallawaya, machineri, maropa, mojeño-trinitario, mojeño-ignaciano, moré, mosetén, movima, pacawara, puquina, quechua, sirionó, tacana, tapiete, toromona, uru-chipaya, weenhayek, yaminawa, yuki, yuracaré y zamuco.

Para finalmente, considerar un apartado especial sobre jurisdicción indígena originaria campesina, en donde se establece que existirán autoridades propias para su pueblo, haciendo valer sus procedimientos propios acorde a sus costumbres y valores, expuesto en concreto en su Artículo 190 y 192.

Artículo 190.

I. 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.

II. 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 192.

Toda autoridad pública o persona acatará las decisiones de la jurisdicción indígena originaria campesina.

En este sentido, la constitución boliviana parece ser bastante sólida, al dar variadas herramientas constitucionales a los pueblos indígenas del país, sin embargo el pluralismo jurídico, en el contexto boliviano, se manifiesta como una disputa por detentar la legitimidad del ejercicio de la justicia en un determinado espacio geopolítico, donde la jurisdicción indígena se disputa con la jurisdicción ordinaria sobre casos concretos, ya que la comunidad campesina pretende aplicar sus normas y procedimientos, mientras que la justicia ordinaria, a título de legalidad estatal, desconoce las resoluciones de la justicia indígena. Se advierte una

correlación de fuerzas entre la jurisdicción indígena y la ordinaria; en ese sentido, la igualdad jerárquica, si bien es reconocida por la constitución, en la praxis, no es visible, porque la subordinación del modelo jurídico estatal sigue vigente dentro de las comunidades que ejercen su propia justicia.³⁷

3.1.3 – Perú

La Constitución política del Perú ³⁸, si bien no reconoce explícitamente la palabra pluralismo, menciona que debe existir una integración de las Comunidades y que estas tienen el derecho a actuar conforme a su derecho consuetudinario, así como lo establece su texto:

Artículo 149: Ejercicio de la función jurisdiccional por las comunidades campesinas y nativas. 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.

En este sentido , bajo la Resolución Legislativa N°26253 el gobierno peruano aprueba el Convenio N° 169 OIT , por lo que este el Artículo 149 se ha de entender a luz del Convenio , y como bien expresa el antropólogo Jurgen Golte “Es recién después de la fecha de su elaboración y de su firma por el gobierno peruano bajo el presidente Fujimori que se desarrolló en el mundo una discusión ambientalista más acentuada, así como se produjo un debate sobre derechos indígenas” ³⁹,lo cual sin duda ha pasado como una tónica latinoamericana bajo las preocupaciones sobre los derechos indígenas y por cierto , la discusión de la protección del medioambiente.

Sin embargo, no hay que desconocer que “el problema de fondo es que la Constitución peruana de 1993, aprobada durante el Gobierno de Alberto Fujimori, reconoce al Perú como

³⁷ Luna Acevedo, H. (2016). LA LEGITIMIDAD SOCIAL DEL PLURALISMO JURÍDICO EN BOLIVIA. *Temas Sociales* , 39, 243–262. http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0040-29152016000200011&lng=es&tlng=es

³⁸ Constitución Política del Perú. https://www.oas.org/juridico/spanish/per_res17.pdf. (Se consultó 22 de diciembre de 2023.)

³⁹ Golte., J. (Ed.). (2011). El Convenio 169 OIT, la Constitución peruana y la ley de consulta previa (Vol. 5). *Revista Argumentos*. <https://argumentos-historico.iep.org.pe/articulos/el-convenio-169-de-la-oit-la-constitucion-peruana-y-la-ley-de-consulta-previa/ISSN2076-7722>

un país multicultural y concede a cada grupo cultural el derecho de vivir y desarrollar su culturalidad”⁴⁰ ,resultando ser que a pesar de que Estado peruano ha otorgado a todos los ciudadanos el derecho de vivir y de desarrollar su culturalidad específica “es cierto que en la realidad —y más aún en el imaginario de los grupos sociales que gobiernan el Perú—, efectivamente, el país está signado por la exclusión y el desconocimiento de derechos de grupos culturales diversos, especialmente provenientes de las zonas andinas, por parte de los grupos sociales que de facto dirigen el país.”⁴¹

Existe otra figura interesante de analizar en este texto constitucional, con ello nos referimos a los Juzgados de la Paz mencionados en el Artículo 149.

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.

El Juez de Paz es un ciudadano reconocido y respetado por su comunidad, es elegido por ésta democráticamente mediante un proceso de elecciones para el que son convocados los ciudadanos que radican o viven en el área física en la que ejercerá jurisdicción.

Por lo general, resuelven los conflictos que son sometidos a su conocimiento mediante la conciliación y también mediante decisiones de carácter jurisdiccional o sentencias.

Es una labor gratuita, rápida y de fácil acceso para la comunidad, y por lo general se pronuncian en sus decisiones inclinados por el *leal saber y entender y los valores*.⁴²

Finalmente queda por mencionar la figura establecida en el Artículo 149, las Rondas Campesinas; estas tienen su origen en 1976 en el caserío de Cuyumalca en el norandino departamento de Cajamarca. Surgen en un principio como rondas que tienen por objetivo combatir la delincuencia común, como los ladrones de ganado, así como el incremento de homicidios y atracos en el país.

Así también, luchaban constantemente contra la corrupción de autoridades, jueces y policías que llevaron a la zona a una situación de permanente inseguridad.⁴³

⁴⁰ ídem.

⁴¹ ídem.

⁴² Poder Judicial del Perú.

([https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/CorteSuperiorSanMartinPJ/s_csj_san_martin_nuevo/as_inicio/as_odapuj/#:~:text=EL%20JUEZ%20DE%20PAZ%20EN,en%20la%20que%20ejercer%C3%A1%20jurisdicci%C3%B3n.Consultado 22 de diciembre de 2023](https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/CorteSuperiorSanMartinPJ/s_csj_san_martin_nuevo/as_inicio/as_odapuj/#:~:text=EL%20JUEZ%20DE%20PAZ%20EN,en%20la%20que%20ejercer%C3%A1%20jurisdicci%C3%B3n.Consultado%2022%20de%20diciembre%20de%202023))

⁴³ Olano, A. (2001). Las rondas campesinas en el Perú, Memoria y Sociedades.

Lo interesante de las rondas campesinas es que siguieron existiendo más allá del cumplimiento de su primera misión -mantener la seguridad en el campo-. La razón principal de la permanencia de las rondas campesinas es que, poco a poco, fueron desarrollando otras funciones sumadas a la de la vigilancia. La organización reveló su carácter verdaderamente multifuncional.⁴⁴

Ante esto, las rondas campesinas asumieron directamente la función de administrar la justicia de una manera no convencional, se organizó en base a ellas un verdadero sistema de justicia comunal basado en debate y con el apoyo de un comité; supliendo de esta manera, no solo un vacío jurisdiccional en el Perú, sino también político en donde realiza la función de intermediario entre sus integrantes y el Estado, ONG o las empresas mineras.

Si bien las rondas corresponden a la realidad cultural andina y responden a las necesidades de orden de los campesinos, no existen de modo separado al resto de la sociedad peruana y se insertan en un marco legal nacional e internacional. Desde 1986, varias leyes y reglamentos tratan de esclarecer la situación de las rondas basándose en el principio del pluralismo jurídico. Sin embargo, varios problemas subsisten, entre ellos los más destacados son el carácter indígena de las rondas campesinas y el de las sanciones corporales.⁴⁵

3.1.4 Ecuador

La constitución ecuatoriana⁴⁶ comienza reconociendo textualmente ser un Estado intercultural y plurinacional, mencionándolo así en su artículo primero.

Art. 1.- El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.

Este texto constitucional, aprobado el año 2008 en Montecristi, el que reivindica y ratifica los derechos indígenas y la independencia jurídica al interior del Estado Ecuatoriano. Este reconocimiento dentro de su propio ordenamiento jurídico, permite que los miembros de las circunscripciones territoriales vivan en armonía y paz bajo un control social desde la misma comunidad.

⁴⁴ Picolli, E. (Ed.). (2008). El pluralismo jurídico y político en Perú: el caso de las Rondas Campesinas de Cajamarca. Revista de Ciencias Sociales.

⁴⁵ ídem.

⁴⁶ Constitución De La República Del Ecuador. https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic5_ecu_ane_cons.pdf Se consulto 22 de diciembre de 2023)

Dando paso luego a consagrar de manera bastante clara y determinante que en el país existe la justicia indígena, con una función jurisdiccional diferenciada, reconocible en su Artículo 171.

Art. 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 públicas. 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.

En este sentido, Ecuador fue uno de los dos países de América Latina que pasaron por toda una serie de transformaciones constitucionales más profundas en el curso de movilizaciones políticas protagonizadas por los movimientos indígenas y por otros movimientos y organizaciones sociales y populares de conjunto con la nación de Bolivia. Es por ello, que se reconoce que la Constitución del Ecuador contiene en sí embriones de una transformación paradigmática del Derecho y del Estado moderno, hasta el punto de resultar legítimo hablar de un proceso de refundación política, social, económica y cultural.⁴⁷

Y no solo se limita a expresarlo en su texto, sino que de inmediato lo lleva a práctica; dado que la constitución del Ecuador tiene además el gesto de ser la primera y la única de la historia constitucional entera de toda América que no sólo se refiere a lengua indígena, a lengua no procedente de Europa, sino que la utiliza. Se trata desde luego del quichua: «Ama quilla, ama llulla, ama shua». He aquí unos principios generales del derecho de honda raigambre entre quechuas y bien conocidos por el espacio andino⁴⁸, significando esta expresión en castellano: “no ser ocioso, no mentir, no robar”. Su aplicación promueve, como conducta ética, los valores

⁴⁷ Díaz, E. (2016). La justicia indígena y el pluralismo jurídico en Ecuador.

⁴⁸ Calavero, B. (2011). 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>

y prácticas provenientes de pueblos y nacionalidades indígenas, como reconocimiento a un Estado plurinacional e intercultural.⁴⁹

CAPÍTULO 4: MARCO CONSTITUCIONAL CHILENO

Se ha de comenzar advirtiendo que la situación del texto constitucional chileno dista bastante de los casos vistos anteriormente. Es así que nuestra constitución -a diferencia de las ya revisadas- no consagra de manera explícita un Estado plurinacional, ni a los pueblos indígenas; El Artículo tercero se limita a decir que Chile es un Estado unitario.

Artículo 3° El Estado de Chile es unitario.

La administración del Estado será funcional y territorialmente descentralizada, o desconcentrada en su caso, de conformidad a la ley. Los órganos del Estado promoverán el fortalecimiento de la regionalización del país y el desarrollo equitativo y solidario entre las regiones, provincias y comunas del territorio nacional.

Por lo tanto, ante este escenario, el Artículo 5 toma un rol protagonista en nuestra legislación.

Artículo 5°

La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio. El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Este Artículo, al mencionar explícito reconocimiento constitucional a los Tratados Internacionales, permite en la legislación chilena introducir nuevos tópicos sobre derechos, sin necesidad de reformar la constitución, proveyendo de procesos más rápidos.

⁴⁹ Definición de la Real Academia Española, <https://dpej.rae.es/lema/ama-kill-ama-llulla-ama-shwa>. (Consultado 22 de diciembre de 2023).

En este sentido, efectivamente una vez reconocida la constitucionalidad del Convenio N°169 OIT en Chile, siendo posible así dar reconocimiento a los derechos fundamentales reconocidos a los pueblos indígenas. Sin embargo, su implementación no ha sido ni sencilla ni integral.⁵⁰ Chile ha sido uno de los países latinoamericanos, que en definitiva no ha prestado reconocimiento explícito a los pueblos originarios, con un debate constitucional sobre pluralismo bastante débil, puesto que sostener esta discusión implica cambios en ella, y así parecería ser suficiente para el Estado chileno el reconocimiento de los grupos intermedios en su texto, pero pareciera ser esto deficiente para los instrumentos internacionales.⁵¹

Los grupos intermedios son mencionados en el primer Artículo de esta constitución:

Artículo 1° Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. 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.

Así, considerando las experiencias comparadas recientes (Ecuador y Bolivia), era probable que el reconocimiento constitucional considerara los principios de plurinacionalidad e interculturalidad, para dar cuenta de la realidad chilena y también configurar un marco constitucional capaz de dar expresión a formas diferenciadas de titularidad de derechos, como son los colectivos.⁵²

Como , bien menciona el profesor Nash “Es importante destacar, entonces, que no solo importa que haya un reconocimiento formal de los pueblos indígenas en la Constitución, sino que este debe tener la suficiente densidad como para abarcar lo que los caracteriza en nuestra región, cual es, la titularidad colectiva de derechos humanos...cuando en definitiva es posible observar, una tensión entre la visión restrictiva del Tribunal Constitucional en cuanto al alcance del Convenio 169 y una aplicación práctica, más abierta, por parte de las cortes ordinarias. Así, en materia indígena, se encuentra fuertemente arraigada

⁵⁰ Nash Rojas, C. (2022). La implementación del Convenio 169 de la OIT en Chile. El debate que reabrió la Convención Constitucional. *Revista Tribuna Internacional*, 11(22). <https://doi.org/10.5354/0719-482X.2022.68609>

⁵¹ Meza-Lopehandía, M. (s/f). Pueblos indígenas y Constitución.

⁵² Nash Rojas, C. (2022). La implementación del Convenio 169 de la OIT en Chile. El debate que reabrió la Convención Constitucional. *Revista Tribuna Internacional*, 11(22). <https://doi.org/10.5354/0719-482X.2022.68609>

una interpretación reduccionista de la normativa aplicable por la más alta corte en materia constitucional.”⁵³

Fernando Quilaleo propone la existencia de una paradoja y una contradicción epistemológica es la defensa que hacen los pueblos indígenas de un modelo de vida propio en el marco del sistema internacional de los derechos humanos que pertenece a un modelo de vida, o civilizatorio, distinto. Lo que se busca mostrar son los límites de esa defensa de las condiciones particulares de vida de un grupo humano con un trayecto de vida sociocultural y sociopolítico en el marco de referencia de otro grupo humano, en ciertos aspectos, de oposición y dominación. Se considera la existencia de una contradicción basal, ya que se defiende la existencia de los pueblos indígenas, sus prácticas culturales, sus formas de pensamientos y creencias, la soberanía sobre sus recursos simbólicos y materiales, en un ámbito y marco lógico de un modelo de vida ajeno o un modelo civilizatorio ajeno.⁵⁴

Las exigencias de reconocimiento de derechos por los pueblos indígenas tensionaron la *voluntad multicultural*, de la mano del debilitamiento de las esperanzas puestas sobre, por ejemplo, el Convenio 169 de la OIT, que fue quedando en duda rápidamente respecto de sus posibilidades de expresión de los derechos demandados o exigidos. Por el contrario, surgieron sus límites e imposibilidades. La explicación a estas limitaciones se buscó, principalmente, en sus formas de aplicación⁵⁵

CAPÍTULO 5: JURISPRUDENCIA DE PLURALISMO JURÍDICO EN CHILE. CASOS.

A continuación, se expondrá un breve desarrollo de tres casos que a este parecer han tenido importancia a nivel nacional, tanto por sus hechos, como por el derecho; estamos hablando del Caso Painecur , Caso Juana Catrila y Caso Gabriela Blast. Este capítulo tiene como finalidad que el lector se adentre en la materia de forma práctica y pueda construir un juicio conforme a los análisis posteriores, basados en el desarrollo de la aplicación del derecho y sus razonamientos.

5.1 Caso Painecur

Año 1960 , el sur de Chile es víctima del terremoto más grande registrado en el mundo , el 21 de Mayo la ciudad de Concepción es epicentro de varios sismos de magnitudes superiores a 8

⁵³ Ídem.

⁵⁴ Vista de La implementación del convenio 169 de la OIT en Chile: la paradoja de los derechos indígenas. (s/f). Uchile.cl. Recuperado el 22 de diciembre de 2023, de <https://anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/49199/54187>

⁵⁵ Millaleo y Ariel León, S. (2011). Consulta indígena: Entre el fracaso y la necesaria legitimidad.

grados , pero el gran sismo llego el día posterior , 22 de Mayo ocurre el terremoto de Valdivia con una magnitud de 9,5, el sismo liberó energía equivalente a 20.000 bombas de Hiroshima y causó un tsunami con olas de hasta 25 metros que causaron devastación y sepultaron poblaciones costeras¹ , es así que la gran parte de la destrucción de la costa entre Valdivia y Concepción fue por fuerza del mar , amenazando a varias localidades a desaparecer debido a las remociones de tierra.

Bajo este contexto , es que la comunidad mapuche que habita en Colliuefu , lugar cercano al rio Budi , motivados por este gran temor de que los desastres naturales ocurridos en la regiones no cesaran , se acuerda realizar un nguillatun de tres días , a cargo de la machi Juana Namuncura ,mujer que según sus creencias tenía el poder de establecer lazos con los espíritus de la naturaleza , buscando finalmente calmar la furia de Huenu-Chao , dios que castiga y otorga recompensas , que estaba destruyendo todo.

Durante los días de nguillatun, la machi revela que por medio de sueños, se le es revelado que la única forma de calmar a la fuerza de agua que efectuando un sacrificio humano. En este sentido, se elige llamar para sacrificio al menor de 6 años Jose Paine-cur, Hijo de Rosa Paine-cur Antonianco y nieto de Juan Paine-cur.

Las recopilaciones históricas lo describen de la siguiente manera: “El jueves 26 de mayo, los indígenas de Puerto Saavedra subieron en largas filas, cantando y rogando a su dios, desde el destruido pueblo de Puerto Saavedra hasta los cerros. Todos vestían de blanco y rodeaban un buey blanco. Estaban rogando por que llegaran mejores días, y para ello el ritual exige el color blanco. Si no hubieran encontrado un buey de ese color, lo habrían disfrazado, colocándole en sus lomos telas blancas. El color negro en sus vestiduras y en el animal lo utilizan en sus rogativas cuando necesitan lluvias y para sus trabajos agrícolas. Los guillatunes se prolongaron durante tres días, en los que no dejaron de sonar los cultrunes machis. Fue, seguramente, cuando estas rogativas demostraron que no podían contener la ola de temblores, lluvias y calamidades, que los indígenas de Loncopulli decidieron probar sus antiguos ritos, cuyas raíces se hunden en la edad de piedra.”⁵⁶

Así, con ayuda de Juan Paiñan , miembro de la comunidad, el menor es sacrificado y lanzado al mar desde el cerro La Mesa , buscando cumplir con el ritual encomendado por la machi para calmar los espíritus de la naturaleza.

⁵⁶ Arauco revive un rito de muerte (Número 30 de junio). (1960). Revista Vea.

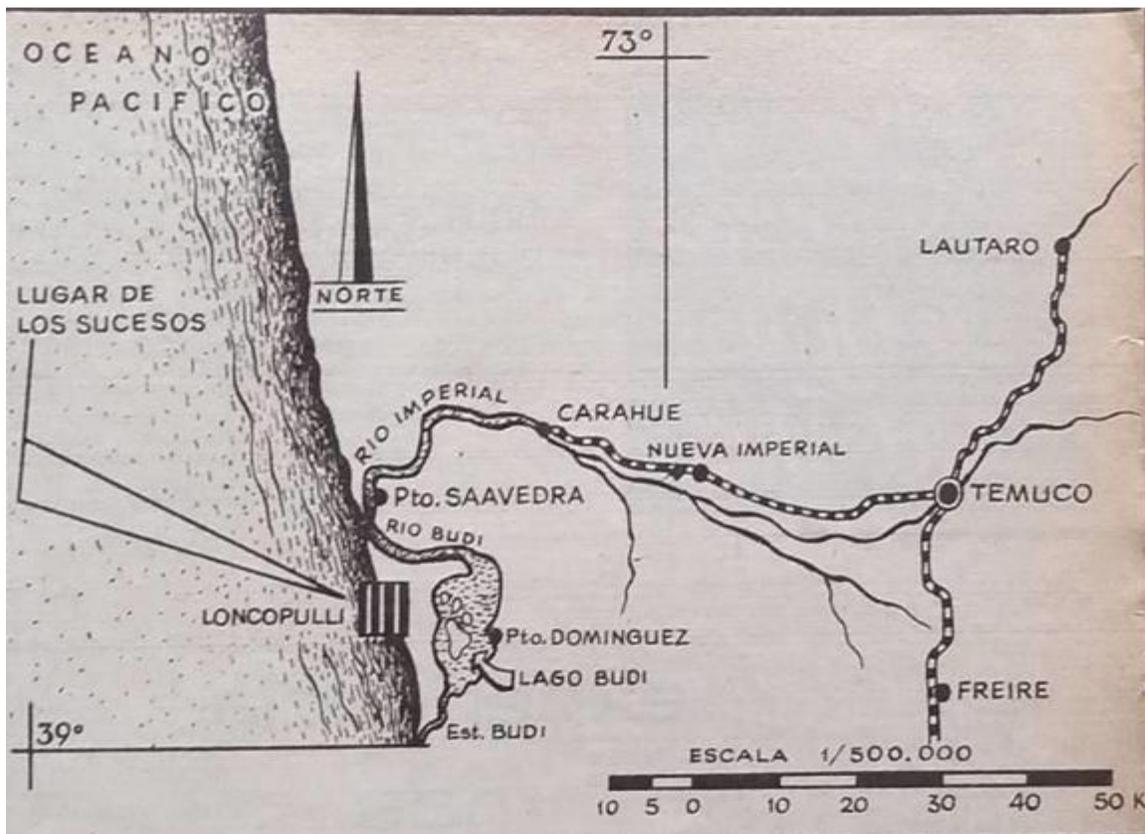


Figura 1 , Loncopulli, Puerto Saavedra. Lugar en que fue sacrificado el niño José Paineur.

Este sacrificio salió a la luz cuando la madre del menor, Rosa, quien durante el año trabajaba como empleada doméstica en Santiago de Chile, viaja vuelta al sur para visitar a su hijo y familiares; es en este viaje que se entera que su hijo José ha sido sacrificado como ofrenda para los espíritus.

Antes esta respuesta, ella recurre a Carabineros para dar a conocer los hechos que le dieron muerte a su hijo, dando paso seguido a la detención de Juan Paineur, Juan Paiñan y Juana Namuncura. Según testigos, luego de esta detención la machi no mostraba una afectación mayor, solo seguía predicando la necesidad del sacrificio de un niño para calmar los sucesos naturales.

Un gran aporte para rescatar hechos fidedignos fueron los antropólogos de la Universidad de Chile, Alberto Medina y Francisco Reyes, quienes comenzaron en el año 1959 un recorrido por la zona costera de Puerto Saavedra, en las comunidades lafquenches del sector del lago Budi.

Dentro de sus antecedentes recopilados, encontramos estudios que consideraban a las comunidades de este territorio bastante lejanas en cuanto a la vinculación con la población chileno, en donde la lengua castellana no era común y los alimentos principales eran productos del mar, como algas, pescados y mariscos.

Los investigadores habían sido claro en sus conclusiones a cerca de las costumbres laguenches, identificando que si alguna vez ocurrían acontecimientos naturales extraordinarios (como lo fue con el terremoto de Valdivia), ellos presumieron de que aflorarían sus ceremonias ancestrales relativas a sacrificios humanos, ritual que se remonta en las tradiciones mapuches de siglos anteriores. Así “De los 137 mil indígenas que pueblan la zona sur, los de Loncopulli son los que conservan los más primitivos sistemas de vida. Para ellos, el sacrificio ceremonial de ofrecer un niño en un holocausto a sus dioses no constituye una aberración ni un crimen. Es una ceremonia religiosa, simplemente.”⁵⁷

Sobre el desarrollo de la detención y posterior procedimiento , se sabe por medio de prensa e historiadores que durante el año 1960 se efectuó un juicio en el Juzgado de Nueva Imperial para buscar la condena de los 3 detenidos por el homicidio del menor Painecur , sin embargo , el juez en aquella oportunidad absuelve a la machi, invocando el Art 10 N°9 del Código Penal, como circunstancia de eximente de responsabilidad la fuerza como carácter psicológico que comprende coacción , entendiendo las costumbres tan arraigadas de la comunidad y las circunstancias de calamidad natural.

Montecino nos menciona que “Alejandro Lipschutz y Grete Motsny fueron encomendados de emitir un informe antropológico y que Alberto Medina habría tenido información de primera mano. Sin embargo, de acuerdo a las indagaciones que hemos realizado para este dossier, en el Archivo Judicial de Nueva Imperial nos informaron que el expediente del caso estaba extraviado, de lo cual ya teníamos información en la nota de Arturo Zúñiga, que en el 2001 consignaba: ‘Del expediente nunca más se supo en la región. Dicen que se lo prestaron a un gringo que quería sacarle fotocopias para analizar antropológicamente la historia. Pero no apareció jamás’. El trabajo de Lipschutz y Motsny tampoco está en las bibliotecas que custodian los trabajos del especialista, no obstante, la carta de los dirigentes del Frente Único Araucano, dirigida a él pone de manifiesto su presencia e injerencia como experto.”⁵⁸

⁵⁷ Ídem.

⁵⁸ Montecino (Ed.). (2011). Mito, sacrificio y políticas de la diferencia: el terremoto del 60 en el lago Budi. Revista Anales.

No deja de ser misterioso y preocupante que el expediente de un caso tan emblemático se haya extraviado, así como tampoco se encontró el cuerpo del pequeño Paineicur.

5.2 Caso Juana Catrilaf

Este caso se enmarca en el año 1953, en el segundo Juzgado de letras de Valdivia es acusada de homicidio Juana Catrilaf, de 27 años, analfabeta, en contra de su abuela Antonia Millalef, ambas miembros de la comunidad mapuche Cahim Palitue, ubicada cerca del lago Panguipulli.

Los antecedentes históricos señalan que Juana Catrilaf considera haber sido víctima de brujería por parte de su abuela, que ha traído como consecuencia la muerte de su hijo de 21 días de nacido y que ella misma se encontraba bastante enferma; ante estos hechos, Juana convencida de que los hechos eran atribuibles a un peligro para su vida y la existencia de la comunidad, la mato. Teniendo lugar estos hechos en un estero, donde posteriormente de una discusión entre ambas, Juana procede a darle un golpe en cabeza con una piedra dándole muerte, así expuesto en la sentencia el 4 de Julio de 1953 “Pero en la nueva declaración que pidió prestar antes de retirarse del tribunal dice que es efectivo el hecho de que mato a su abuela: que lo hizo porque esta era bruja y que pocos momentos antes que muriera su guagua pasó una visión de un perro colorado y la guagua murió inmediatamente: que ella también está enferma, pues se le hincha el estómago si estuviera embarazada y después siente vinagreras: que todo esto lo hacia su abuela con sus brujerías y como con este medio estaba acabando con la raza indígena.”⁵⁹

Posteriormente le es encargado a Alejandro Lipschutz un informe pericial, en el cual se concluye que no existe dolo en el actuar de Juana Catrilaf debido a que ella al momento de cometer la acción punible no se encuentra compenetrada con las normas jurídicas y morales válidas para ese entonces en el resto de la nación chilena⁶⁰. En este sentido, la jueza María Mardones absuelve a la joven del delito de homicidio razonando que los hechos anteriormente descritos “Encuadren en el N°9 del artículo 10 del Código Penal, y constituyen en principio, la eximente de fuerza irresistible, las alegaciones de la defensa de la reo en cuanto a que, al actuar sobre ella un factor exógeno de carácter social y una situación de hecho que considero amenazante, fue privada de su inteligencia y libertad y obro constreñida por esos imperativos; Esta exenta de responsabilidad penal, por haber actuado bajo el imperio de una fuerza psíquica irresistible, una india mapuche, procedente de una tribu carente totalmente de cultura, que da

⁵⁹ C. de Valdivia – 7 de diciembre de 1953 contra Juana Catrilaf,3.

⁶⁰ Rossel. (2007). Entre la criminalización y el dialogo Intercultural.

muerte a otra a quien ella y todos los demás del ambiente reputaban bruja dotada de poderosas artes maléficas y que , en la convicción de la reo , le había causado y le iba causar en el futuro graves daños , que podrían significarle la pérdida de la vida.”⁶¹

En el proceso de “traducción e interpretación”⁶² de la prueba socio-antropológica en la configuración de un juicio sobre el grado de responsabilidad penal, señala Mardones respecto a Juana Catrilaf:

“Vivía en una comunidad primitiva dominada por tradiciones y supersticiones arcaicas, que la hechicería es, dentro de esas creencias, un peligro real, una poderosa amenaza que se cernía en cualquier momento sobre la salud y la vida de los individuos, aun cuando estos fueran parientes del mago. (...) En el ambiente en que habitaba la reo predominaban concepciones mágicas que no reconocían relaciones de causalidad, para explicar los fenómenos biológicos de la enfermedad y la muerte, que atribuían poder sobrenatural a ciertos objetos y ceremonias y admitían la hechicería como fuente de magia de daño, son válidas para dicho ambiente todas las conclusiones que hemos visto y que han sido extractadas por los investigadores de la mente primitiva. (...) Siendo esas representaciones de tipo colectivo, cualquier miembro de la comunidad, frente a un caso de enfermedad o muerte, ha visto sucumbir los datos de su experiencia y sus demás conceptos generales ante la lógica incontrarrestable de las concepciones de su comunidad y han aceptado que han sido provocados por fuerzas sobrenaturales dirigidas por la hechicería. (...) En consecuencia, para el reo era una realidad indiscutible que su abuela era capaz de minar su salud y aún, de exterminarla, por medios mágicos”⁶³.

Finalmente , hay que tomar en consideración que esta exculpante utilizada por la jueza dice relación con que esta considera que “el homicidio por el contrario, no ha sido nunca un delito muy grave entre los araucanos, y ha sido susceptible de compensación pecuniaria”⁶⁴ , esto se entiende ya que concibe la fuerza irresistible de la brujería como “ el dominio de fuerzas sobrenaturales , que pueden producir efectos sensibles y perjudiciales sobre el ser humano , y conociendo la reo que sufría esos efectos por acción de su abuela , cuya actividad supuestamente perjudicial no pudo evitar , es probable que , ante la negativa de la occisa para

⁶¹ C. de Valdivia – 7 de diciembre de 1953 contra Juana Catrilaf .2.

⁶² Echague, R. (2010). Crimen y Costumbre en la Sociedad Mapuche Contemporánea.

⁶³ Ídem.

⁶⁴ C. de Valdivia – 7 de diciembre de 1953 contra Juana Catrilaf .3

entregarle el talismán nocivo o curarla, no encontrara otro medio para sustraerse a la amenaza que suprimir la causa promotora de ellos.”⁶⁵

5.3 Caso Gabriela Blast

Este último caso que se mencionará dentro de esta sección, reviste de una importancia especial, hemos de anticipar que es uno de los casos con más connotación del último tiempo en la historia de Chile, llegando hasta la CIDH.

Era Julio de 2007, Gabriela Blast Blast , mujer perteneciente al pueblo aymara, se encontraba realizando sus tareas de pastoreo en las cercanías de la estancia de Caicone , sector altiplánico , a 150 kilómetros de Arica.

Durante sus labores, se percató que se le habían quedado rezagados dos llamos, por lo que fue en busca de ellos, ya que la pérdida de estos dos animales significaría un grave perjuicio para ella puesto debería compensar cuantiosas cantidades de dinero al dueño de los llamos si estos se extraviaban.

Ante esto, ella sale en la búsqueda de los animales y deja a su hijo Domingo, de tres años de edad, cobijado con su aguayo. A lo que Gabriela regresa, no encuentra a su hijo.

Tras una ardua búsqueda por parte de la mujer, no logra dar con el paradero de su hijo y concurre a día siguiente al reten de Carabineros del lugar a solicitar ayuda; dejándola detenida durante seis días, recién pudiendo entrevistarse con un defensor público al séptimo día y con una facilitadora intercultural. Durante esta detención Gabriela señala haber sido sometida a apremios ilegítimos y tratos crueles, inhumanos y degradantes, para posteriormente ser trasladada a la ciudad de Arica, donde se realizó el control de detención pertinente, y fue formalizada la investigación por el delito de abandono de menor en lugar solitario, abandono con resultado de muerte, obstrucción a la investigación, quedando sujeta a prisión preventiva durante tres años.

Así las cosas, la sentencia del primer juicio oral del Tribunal Oral en lo Penal de Arica determinó que Gabriela era culpable del delito de abandono y se le condenó a diez años.⁶⁶

En contra de esta sentencia, la defensa de Gabriela interpuso un recurso de nulidad por infracción de garantías constitucionales y fundamentación insuficiente, obteniendo una sentencia favorable de la Corte Suprema anulando el primer juicio. Luego, tras un segundo

⁶⁵ Ídem.

⁶⁶ Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Arica, RIT 221-2009, RUC 0710014873-5, del 15 de abril del 2010

juicio oral, debido a que en el año 2008 fue encontrado el cuerpo del niño sin vida, y sin señales que permitieran atribuir su muerte a la acción de un tercero, Gabriela fue condenada por el Tribunal Oral en lo Penal de Arica a doce años⁶⁷ de privación de libertad por abandono de menor con resultado de muerte.

Durante el año 2012, Gabriel fue indultada por parte del presidente de la República, rebajando su pena de doce años de presidio a seis años, reconociéndose parcialmente la vulneración de sus derechos; así posteriormente la Ley 20. 588 la benefició con un indulto general.

En febrero de 2013 se denunció el Estado de Chile ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por vulneraciones de los derechos de Gabriela Blast y su hija de quien perdió los cuidados por la condena a presidio, bajo la protección de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y en la Convención de Belem de Para. En el procedimiento se llegó a un acuerdo amistoso en 2016, en donde el Estado chileno se comprometió a entregar una pensión mensual a Gabriela, a eliminar sus antecedentes penales y a pedir disculpas públicas a la pastora.

Así bien concluye la Psicóloga Olivares que:

La historia de Gabriela Blas ha generado reacciones desde distintos ámbitos, permitiendo instalar una reflexión necesaria respecto al modo en que las instituciones se vinculan con la otredad y construyen conocimiento que legitima ciertos discursos, propone que la femineidad ha sido objeto de una construcción discursiva normalizadora, que puede rastrearse principalmente en las ciencias humanas, a partir de los discursos insertos en regímenes de veridicción históricos que constituyen una política de la verdad. Las prácticas discursivas implican la definición de la legitimidad de los sujetos de conocimiento, además de delimitar los objetos y las normas de producción y validación de saber...Pensar la subjetividad femenina de una mujer madre aymara es aún más desafiante para quienes aspiran a comprender lo sucedido con Gabriela Blas en su tránsito por las instituciones, prácticas y conocimientos que la intervinieron, que se despliegan en el campo del discurso público, donde el Estado juega un rol relevante, pues cumple un papel destacado en la producción/reproducción

⁶⁷ Sentencia del segundo juicio oral del Tribunal Oral en lo Penal de Arica, RIT 221-2009, RUC 0710014873-5, del 11 de octubre de 2010.

simbólica del orden social, pues selecciona, articula y construye sobre los puntos de vista particulares.⁶⁸

CAPITULO 6: EVOLUCIÓN EN LA INTERPRETACIÓN DE LOS TRIBUNALES

6.1 – Criterios de evolución del pluralismo jurídico

Como ya se ha podido apreciar, el contexto chileno es bastante especial con respecto a lo revisado en la legislación comparada. Se tiene presente que la constitución chilena no reconoce de manera explícita la existencia de diferentes comunidades indígenas, ni sus tradiciones.

Pero la evolución internacional en cuanto a los derechos fundamentales propuestos por el Convenio N°169 es innegable, y se cuela por todas las ramas del derecho para ser finalmente aplicable. En este sentido ya sabemos que la gran apertura a nuestro sistema se da gracias al Artículo 5 de la carta magna chilena.

Así, parece bastante interesante apreciar, como los tres casos chilenos expuestos anteriormente, que distan de varios años entre ellos, se muestran como el derecho penal y constitucional, por medio del criterio de los jueces de cada instancia particular, ha calado para considerar fuertemente las comunidades indígenas de las cuales eran parte cada uno de los imputados.

No es casualidad considerar que en el Caso Painecur se le haya dado máxima consideración a las creencias propias sobre la naturaleza , que llegasen a justificar con homicidio; así también en el Caso Juana Catrilaf , que la brujería y los males que esta pueda traer – sin comprobaciones científicas de por medio- fueren suficientes para justificar un miedo irracional que exculpare de matar a otro ; y finalmente respecto al Caso Gabriela Blast ,siendo el más reciente , este demuestra que al pasar los años pareciere que los jueces de primera y segunda instancia , ya no consideraban tan relevante los factores culturales como en las dos causas anteriores , sin perjuicio de que, gracias a que se llegó a la Comisión Internacional de Derechos Humanos fuera posible , que el Estado Chileno se viere forzado a entender que los factores socio-culturales son determinantes al momento de juzgar y establecer sanciones

⁶⁸ Olivares Espinoza, B. (2019). El Caso DE Gabriela Blas, la “Pastora Aymara” condenada y perdonada. *Atenea* (Concepción. Impresa), 519, 31–47. <https://doi.org/10.4067/s0718-04622019000100031>

,sobre todo considerando la gran diversidad de comunidades a lo largo de nuestro territorio, cada una de ellas viviendo factores completamente distintos.

La problemática indígena en Chile manifestada en una creciente criminalización de la demanda territorial, unida a las obligaciones internacionales que el Estado de Chile ha contraído mediante la ratificación del Convenio 169 de la OIT, nos propone un ambiente tenso frecuencia.⁶⁹

En su tránsito por las instituciones, prácticas y conocimientos que la intervinieron, que se despliegan en el campo del discurso público, donde el Estado juega un rol relevante, pues cumple un papel destacado en la producción/reproducción simbólica del orden social, pues selecciona, articula y construye sobre los puntos de vista particulares.⁷⁰

Con respecto a lo mencionado sobre la fuerza irresistible desde un ámbito penal, la profesora Villegas considera que “una de las vías que se usó en los tribunales chilenos, antaño, fue la de considerar que cuando el indígena actúa según su cultura, lo hace exculpadamente pues obedece a una fuerza irresistible, una especie de vis compulsiva cultural... Modernamente tiende a rechazarse la exculpación por esta causal como sucedió en el ajusticiamiento con resultado de muerte que hicieron unos jóvenes indígenas de la localidad de Rucatraro (IX Región) al homicida del padre biológico de uno de los acusados, el que según la comunidad, no había sido suficientemente castigado por la justicia chilena y además se presentaba continuamente en la comunidad a molestar. La defensa alegó que los hechos debían apreciarse en el marco de la cultura en la cual ocurrieron según la cual si se presenta un factor o elemento que altera la vida comunitaria se debe intentar neutralizarlo, si no resulta aislarlo, y si esto no resulta, debe eliminárselo. De esta forma el hijo de la víctima (B.H.) estaba "obligado", o "irresistiblemente impulsado" (art. 10 N° 9 CP) a eliminar físicamente al hechor.”⁷¹

En algunos casos así también, se suele alegar la atipicidad en donde podría argumentarse la atipicidad de la conducta debido a la presencia de un error de tipo culturalmente condicionado. Este error dice relación con la dificultad o impedimento que tiene el sujeto para reconocer los

⁶⁹ Ídem.

⁷⁰ Nash Rojas, C. (2022). La implementación del Convenio 169 de la OIT en Chile. El debate que reabrió la Convención Constitucional. *Revista tribuna internacional*, 11(22). <https://doi.org/10.5354/0719-482x.2022.68609>

⁷¹ Villegas Díaz, M. (2012). Entre la exculpación y la justificación: Apuntes de legislación comparada latinoamericana sobre pluralismo jurídico y derecho penal. *Revista de Derecho*, 25(2), 177–205.

<https://doi.org/10.4067/s0718-09502012000200008>

elementos constitutivos del tipo penal, en razón de sus condicionamientos culturales. Es un problema de conocimiento (y no de comprensión).⁷²

CONCLUSIONES

Para finalizar, a continuación, se expondrán las conclusiones de la siguiente manera: a) establecimiento de la hipótesis planteada en la introducción, b) resultados obtenidos y conjeturas, c) comprobación de la hipótesis inicial, d) aporte de esta conclusión a la disciplina del Derecho y a la sociedad.

Con respecto al primer punto mencionado, la hipótesis central de esta tesis había sido propuesta en los términos de identificar como Chile ha abordado el Pluralismo Jurídico, consistente en las preguntas: ¿El Estado chileno se ha hecho cargo del pluralismo jurídico?, ¿Cómo la jurisprudencia ha evaluado el pluralismo jurídico?, ¿Se ha dado cumplimiento a la normativa internacional ratificada por Chile en cuanto al pluralismo jurídico?

Ahora, pasando de lleno al segundo punto, se puede concluir que en base a la información recopilada y en análisis de esta, el Estado de Chile tiene al año 2023 una legislación bastante escasa y débil sobre pluralismo jurídico, siendo así, que siquiera se menciona explícitamente como pluralismo y más bien utiliza normativa amplia de tratados internacionales para vincularle con esta clase de derecho.

Queda en manifiesto que los casos de jurisprudencia mencionados en este trabajo (Blast, Painecur y Catrilaf) si bien son un gran precedente histórico al tratamiento del pluralismo, no logran consolidar una base jurisprudencial que permita establecer fallos inequívocos de los tribunales sobre esta materia, lo cual queda solamente supeditado a la moral y las buenas costumbres.

Se ha podido establecer también, que los pares latinoamericanos han sido capaces de implementar en sus constituciones o leyes especiales, el reconocimiento explícito al pluralismo jurídico y la diversidad étnica en sus composiciones poblacionales, dando una mayor certeza jurídica para los habitantes del país, y a su vez, mayores garantías frente a eventuales vulneraciones de derechos humanos.

En este sentido, pasando al tercer punto, se puede comprobar que Chile no se ha hecho cargo del pluralismo jurídico, ni las demandas político-sociales que le impulsan a ser un tema actualmente. Y finalmente vinculándolo con el cuarto punto, he de decir que la motivación de

⁷² Ídem.
46

esta examinación del pluralismo jurídico nace a partir de las discusiones dadas en Chile a propósito de la revuelta social de octubre de 2019 y sus posteriores propuestas constitucionales; que marcan sin duda un precedente para comenzar la pauta sobre temas que se creían a la deriva pero parecieren ser bastante importantes, como lo es el pluralismo jurídico.

Y si bien, la propuesta constitucional chilena que contemplaba de forma expresa el pluralismo jurídico en Chile, no fue aprobada, no obsta de ser un tema controversial u olvidado, queriendo este texto así, ser de ayuda como guía inductora para todo aquel que desee saber de manera general, con ejemplos concretos, como ha operado el pluralismo en este país y en Latinoamérica.

El pluralismo jurídico se dotará de importancia en cuanto lo consideremos como representación de democracia, que sin, pero alguno, se hace cargo de las situaciones de cada ciudadano del país.

Este concepto dista de ser solamente un reconocimiento de nuestros ancestros por mera tenencia y traspaso de costumbre; esto se trata de aquello que existe y de lo cual no nos hacemos cargo mientras en la realidad siguen ocurriendo conflictos que no encuentran soluciones óptimas.

El Estado debe ofrecer un acceso óptimo a la justicia, que este encaminado al reconocimiento de la libre determinación de los pueblos en cuanto a sus formas, y que dentro de esta autonomía que se les pueda proponer, sea capaz de establecerse un diálogo social, político y económico.

Sin duda, la sola apertura del Artículo 5 de nuestra constitución no es suficiente de forma material para dar respuesta a interrogantes de hecho y derecho a los conflictos que involucran comunidades indígenas; puesto que no es una respuesta razonable a ello lo que cada juez de la instancia desee justificar como considerable que establecer exculpaciones- por ejemplo- de delitos penales, que atentan contra lo más importante, la vida.

Pareciera ser que Chile no está preparado para el pluralismo; sin embargo, bajo las circunstancias internacionales y nacionales, no importa que no lo este, se transforma en un deber a contratiempo legislar sobre este tema.

El desafío prima en mirar un horizonte de multiculturalidad y de reformas en materia constitucional, que traigan consigo reformas penales, siendo Chile uno de los países

latinoamericanos que presenta más retrasos en esta materia, puesto que los solo tratados internacionales no son suficientes.

BIBLIOGRAFÍA

Antunez, D. y. (2018). El Derecho alternativo en el pluralismo jurídico ecuatoriano.

Arauco revive un rito de muerte (Número 30 de junio). (1960). Revista Vea.

Buergenthal, T. (s/f). La relación conceptual y normativa entre la Declaración Americana y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. IIDH. <https://repositorio.iidh.ed.cr/handle/123456789/391>

Calavero, B. (2011). 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>

Constitución Política de Colombia. (s/f). <http://www.corteconstitucional.gov.co/?bTy>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José, C. R. (2018). ABC de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: El qué, cómo, cuándo, dónde y porqué de la Corte Interamericana.

Coutinho, C. (1990). Notas sobre el pluralismo.

de Derechos Humanos, C. I. (2018). ABC de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: El qué, cómo, cuándo, dónde y porqué de la Corte Interamericana.

Díaz, E. (2016). La justicia indígena y el pluralismo jurídico en Ecuador.

Durán, C. V. (2006). Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Editorial Trotta.

Echague, R. (2010). Crimen y Costumbre en la Sociedad Mapuche Contemporánea.

Galdámez, L. (2023). Apuntes de cátedra Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Golte., J. (Ed.). (2011). El Convenio 169 OIT, la Constitución peruana y la ley de consulta previa (Vol. 5). Revista Argumentos. <https://argumentos-historico.iep.org.pe/articulos/el-convenio-169-de-la-oit-la-constitucion-peruana-y-la-ley-de-consulta-previa/ISSN2076-7722>

Gutiérrez, M. (s/f). Pluralismo jurídico y cultural en Colombia.

Hoekema, A. (2016). Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario.

Huanca, F. (2007). Aproximación al Análisis Sociológico de los Derechos Humanos; del monismo al pluralismo.

Humanos, C. A. S. (s/f). Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). Oas.org. Recuperado el 22 de diciembre de 2023, de https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf

Luna Acevedo, H. (2016). LA LEGITIMIDAD SOCIAL DEL PLURALISMO JURÍDICO EN BOLIVIA. *Temas Sociales*, 39, 243–262. http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0040-29152016000200011&lng=es&tlng=es

Mereminskaya, E. (2011). El Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales: Derecho internacional y experiencias comparadas. <https://biblat.unam.mx/hevila/EstudiospublicosSantiago/2011/no121/5.pdf>

Meza-Lopehandía, M. (s/f). Pueblos indígenas y Constitución.

Millaleo y Ariel León, S. (2011). Consulta indígena: Entre el fracaso y la necesaria legitimidad.

Montecino (Ed.). (2011). Mito, sacrificio y políticas de la diferencia: el terremoto del 60 en el lago Budi. *Revista Anales*.

Nash Rojas, C. (2022). La implementación del Convenio 169 de la OIT en Chile. El debate que reabrió la Convención Constitucional. *Revista tribuna internacional*, 11(22). <https://doi.org/10.5354/0719-482x.2022.68609>

Nikken, P. (s/f). La protección de los derechos humanos: haciendo efectiva la progresividad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Corteidh.or.cr*. Recuperado el 22 de diciembre de 2023, de <https://corteidh.or.cr/tablas/r25563.pdf>

Olano, A. (2001). Las rondas campesinas en el Perú, Memoria y Sociedades.

Olivares Espinoza, B. (2019). El Caso DE Gabriela Blas, la “Pastora Aymara” condenada y perdonada. *Atenea (Concepción. Impresa)*, 519, 31–47. <https://doi.org/10.4067/s0718-04622019000100031>

Picolli, E. (Ed.). (2008). El pluralismo jurídico y político en Perú: el caso de las Rondas Campesinas de Cajamarca. *Revista de Ciencias Sociales*.

Ricke, T. P. (2020). Manual de derecho internacional de los derechos humanos para la defensa penal pública.

Ridruejo, J. P. (2011). Sobre la universalidad del Derecho internacional de los derechos humanos. *Anuario de Derechos Humanos*.

Rojas, C. N., & Milos, C. (s/f). DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN CHILE. Corteidh.or.cr. Recuperado el 24 de diciembre de 2023, de <https://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/r29413.pdf>

Rossel. (2007). Entre la criminalización y el dialogo Intercultural.

Sánchez. (2002). Antropología jurídica.

Sánchez, E. (2020). La realización del pluralismo jurídico del tipo igualitario en Colombia.

Villegas Díaz, M. (2012). Entre la exculpación y la justificación: Apuntes de legislación comparada latinoamericana sobre pluralismo jurídico y derecho penal. *Revista de Derecho*, 25(2), 177–205. <https://doi.org/10.4067/s0718-09502012000200008>

Vista de La implementación del convenio 169 de la OIT en Chile: la paradoja de los derechos indígenas. (s/f). Uchile.cl. Recuperado el 24 de diciembre de 2023, de <https://anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/49199/54187>

Wolkmer, A. (2018). Pluralismo jurídico: fundamentos de una nueva cultura del derecho.

Wolkmer, A. C. (2003). Pluralismo jurídico: nuevo marco emancipatorio en América Latina. Colección En Clave de Sur. 1a ed. ILSA.

Yrigoyen, R. (2004). Pluralismo Jurídico , derecho indígena y jurisdicción especial en países andinos.