



UNIVERSIDAD DE CHILE  
Facultad de Derecho  
Departamento de Derecho Público

## **ANÁLISIS DEL POTENCIAL RECONOCIMIENTO NORMATIVO DE LA JURISDICCIÓN INDÍGENA EN CHILE, A LA LUZ DE LA EXPERIENCIA ECUATORIANA**

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

**Memorista:**

JACINTA PIZARRO BOBADILLA

**Profesor Guía:**

AUGUSTO QUINTANA BENAVIDES

Santiago de Chile  
2025

## ÍNDICE

<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>4</b>
<b>CAPÍTULO I. JURISDICCIÓN INDÍGENA EN LA REPÚBLICA DEL ECUADOR.....</b>	<b>6</b>
<b>1. Marco normativo de la jurisdicción indígena.....</b>	<b>6</b>
1.1. Reconocimiento internacional de la jurisdicción indígena.....	6
1.2. Reconocimiento constitucional de la jurisdicción indígena.....	8
1.3. Reconocimiento legal de la jurisdicción indígena.....	12
<b>2. Elementos de la jurisdicción indígena.....</b>	<b>16</b>
2.1. Características de la jurisdicción indígena.....	16
2.2. Procedimiento en la administración de justicia indígena kichwa.....	18
2.3. Límites de la jurisdicción indígena.....	19
2.4. Conflictos de competencia entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena.....	25
<b>3. Control constitucional de la jurisdicción indígena.....</b>	<b>27</b>
3.1. Acción Extraordinaria de Protección contra las decisiones de la justicia indígena.....	27
3.2. Caso N°0731-10-EP: La Cocha 2.....	28
<b>CAPÍTULO II. JURISDICCIÓN INDÍGENA EN LA REPÚBLICA DE CHILE.....</b>	<b>33</b>
<b>4. Marco normativo vigente.....</b>	<b>33</b>
4.1. Convenio N°169, de la OIT, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes.....	33
4.2. Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas.....	37
4.3. Ley N°19.253 o Ley Indígena.....	38
<b>5. Propuestas normativas relacionadas con el reconocimiento de la jurisdicción indígena.....</b>	<b>42</b>
5.1. Proyectos de ley.....	42
5.2. Propuesta Nueva Constitución, de la Convención Constitucional.....	52
5.3. Propuesta de Constitución Política de la República de Chile, del Consejo Constitucional.....	55
<b>6. Jurisdicción del pueblo Mapuche.....</b>	<b>56</b>
6.1. Antecedentes histórico-jurídicos.....	57
6.2. Aproximación a la cosmovisión mapuche.....	59
6.3. Az Mapu o sistema jurídico Mapuche.....	60
6.4. Algunos casos.....	65

<b>CAPÍTULO III. COMPARACIÓN DE LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS DE ECUADOR Y CHILE: ¿ES POSIBLE EL RECONOCIMIENTO DE LA JURISDICCIÓN MAPUCHE EN NUESTRO PAÍS?</b> .....	67
<b>7. Semejanzas y diferencias entre la realidad social y jurídica ecuatoriana y chilena.</b> .....	67
7.1. Semejanzas.....	67
7.2. Diferencias.....	68
<b>8. Eventual reconocimiento de la jurisdicción indígena en Chile.</b> .....	70
8.1. Cuestiones preliminares.....	70
8.2. Complejidades del reconocimiento de la jurisdicción indígena.....	72
8.3. Alternativas de reconocimiento bajo la normativa chilena vigente.....	84
<b>CONCLUSIÓN</b> .....	91
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	94

## INTRODUCCIÓN.

Este trabajo de investigación nace a raíz del ciclo constituyente que tuvo lugar en Chile durante los años 2020 a 2023, luego del conocido “Estallido Social” ocurrido a fines del año 2019. En dicho proceso, las demandas por el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas y de sus derechos colectivos cobraron una gran relevancia; no obstante, aún se encuentran pendientes y en búsqueda de resultados que se reflejen en el ámbito jurídico.

Ante tal escenario, nace el interés por estudiar el fenómeno del pluralismo jurídico, particularmente su arista relacionada con el reconocimiento estatal de la jurisdicción indígena. Ello, bajo el entendido de que el pluralismo jurídico puede valorarse como una “solución a la marginación que se ha realizado históricamente a todo tipo de práctica ancestral -incluyendo las referentes a la jurisdicción- que sea ajena a la cultura occidental”<sup>1</sup>.

Colombia, Bolivia, Ecuador, México y Perú son algunos de los países latinoamericanos que han regulado expresamente, en mayor o menor medida, la jurisdicción indígena en sus textos constitucionales. Fuera de la región, encontramos que Estados Unidos, Canadá, Australia y Nueva Zelandia, entre otros países, admiten diversas modalidades de jurisdicción indígena. En Chile, por su parte, no ha sido posible superar la concepción estatista del Derecho y reconocer la capacidad que tienen las comunidades indígenas de resolver sus conflictos internos y mantener el respeto de sus propias reglas de comportamiento.

Para ello, es menester encontrar vías de armonización y coordinación que garanticen el respeto a las diversas culturas y creencias, a la vez que resguarden los derechos humanos, para lo cual es clave el paradigma del pluralismo jurídico, que precisamente “busca que tanto el sistema de justicia ordinaria como indígena, sean reconocidos dentro de un mismo territorio a fin de obtener un Estado intercultural en el que el Derecho se presente como un mecanismo integrador y vinculado a la sociedad, que pueda responder de manera adecuada a todos los ciudadanos, tomando siempre en consideración sus diversas culturas, prácticas y creencias”<sup>2</sup>.

En definitiva, se estima que, para lograr tener un acceso igualitario y efectivo a la justicia, es necesario que nuestro ordenamiento permita un reconocimiento de los sistemas de justicia propios de los pueblos indígenas, pensado desde el pluralismo jurídico y la horizontalidad, de manera tal que sea posible superar el *asimilacionismo*, característico del derecho estatal y reconocer, en cambio, la existencia de regímenes jurídicos pluralistas, aceptando “que hay diversas formas de resolver los conflictos, o sea, diversos sistemas

---

<sup>1</sup> María Bernarda Carpio, “Pluralismo jurídico en el Ecuador ¿existencia de una verdadera aplicabilidad en el ámbito penal?”, *USFQ Law Review* 2 n°1 (2015): 213, <https://doi.org/10.18272/lr.v2i1>

<sup>2</sup> Carpio, “Pluralismo jurídico en el Ecuador”, 214.

jurídicos legítimos”<sup>3</sup>. Así, la validación de las distintas formas de administración de justicia implica, por una parte, el añorado respeto de los sistemas de creencias de los pueblos indígenas, “a la vez que fundamentalmente demuestra la presencia de un Estado multicultural comprometido con el principio de igualdad”<sup>4</sup>.

Al respecto, es además importante tener presente dos cuestiones. Primero, dado que es irreal esperar que el Estado sea capaz de atender todos de los conflictos que se generan en una sociedad, y que existe una necesidad generalizada, más allá del ámbito indígena, de garantizar la celeridad y economía procesal, los sistemas indígenas pueden ser apreciados como un mecanismo complementario para preservar el orden social. Segundo, que “la autonomía para los pueblos indígenas no necesariamente significa separatismo ni independencia de los Estados en los que habitan (...) simplemente implica la posibilidad de manejar sus propios recursos, elegir sus cursos de acción, gobernar sus comunidades y lograr que “los otros” respeten su modo de vida como condición imprescindible para su supervivencia como pueblos”<sup>5</sup>.

Ahora bien, el reconocimiento del pluralismo jurídico, y de la jurisdicción indígena específicamente, trae aparejada una compleja, pero no imposible, adecuación de las instituciones del ordenamiento jurídico estatal. En este sentido, las experiencias de otros países ofrecen valiosos aprendizajes para identificar los principales nudos problemáticos que deben abordarse para garantizar que la coexistencia de diversos sistemas jurídicos sea viable<sup>6</sup>.

Así, con el propósito de contribuir a las futuras discusiones sobre la materia, este trabajo tiene como objetivo analizar la posibilidad de un eventual reconocimiento normativo de la jurisdicción indígena por parte del ordenamiento jurídico chileno, tomando como referencia ilustrativa el caso del ordenamiento ecuatoriano. En otras palabras, pretende estudiar los aportes que Ecuador, pionero en la adopción de constitucionalismo multicultural, puede ofrecernos, tanto con sus disposiciones constitucionales como con las sentencias de sus tribunales y las discusiones de la doctrina.

---

<sup>3</sup> Matías Meza-Lopehandía, “El Convenio N°169 sobre pueblos indígenas y tribales de la Organización Internacional del Trabajo”, en *Los pueblos indígenas y el derecho*, coord. José Aylwin (Santiago: LOM Ediciones, 2013), 416 y 417.

<sup>4</sup> Silvana Ramírez, “Igualdad como Emancipación: Los Derechos Fundamentales de los Pueblos Indígenas”, *Anuario de Derechos Humanos* 2007, n°3 (2007): 47, <https://ultimadecada.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/13453>

<sup>5</sup> Ramírez, “Igualdad como Emancipación”, 46.

<sup>6</sup> Pablo Cantillana y María José del Solar, “Justicia indígena y nueva constitución: Desafíos para el futuro de Chile”, *Anuario de derechos humanos* vol. 18 n°2 (2022): 253, <https://revistas.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/66675>

Para ello, la metodología de esta investigación se basó, en primer lugar, en la identificación de distintas bases de datos, principalmente revistas académicas, utilizadas para la búsqueda de bibliografía relevante. Esta bibliografía fue posteriormente filtrada en función a su pertinencia con el objeto de este trabajo, y luego estudiada y analizada en profundidad, lo que permitió llevar a cabo la investigación exploratoria propiamente tal.

Por último, es necesario realizar una prevención. Si bien el sistema internacional de los derechos de los pueblos indígenas corresponde “a un conjunto de instituciones ligadas a la Organización de Naciones Unidas que incluye, entre otros, al Convenio 169 de la OIT; la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2008; el Foro Permanente para Cuestiones Indígenas; (...) la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos; (...) la Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas de 2016, y otros mecanismos regionales”<sup>7</sup>, en este trabajo se optó por abordar solo las primeras dos, dejando fuera las demás para futuras investigaciones, principalmente debido al material bibliográfico disponible y por razones de espacio.

## **CAPÍTULO I. JURISDICCIÓN INDÍGENA EN LA REPÚBLICA DEL ECUADOR.**

### **1. Marco normativo de la jurisdicción indígena.**

#### 1.1. Reconocimiento internacional de la jurisdicción indígena.

a. La Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas<sup>8</sup>.

En el año 2007, la República del Ecuador votó a favor de la adopción de esta Declaración, que contiene avances importantes con respecto a los derechos colectivos de las nacionalidades y pueblos indígenas, cuyo ejercicio debe ser garantizado por los Estados<sup>9</sup>.

Cabe destacar que este instrumento consagra los derechos colectivos que son necesarios para la aplicación de la justicia indígena<sup>10</sup>. En efecto, en su **artículo 5** establece que *los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales*<sup>11</sup>. Además, en su **artículo 4** establece

---

<sup>7</sup> Fernando Quilaleo, “La implementación del Convenio 169 de la OIT en Chile: La paradoja de los derechos indígenas”, *Anuario de Derechos Humanos* 2018, n°14 (2018): 145 y 146, <https://doi.org/10.5354/0718-2279.2018.49199>.

<sup>8</sup> Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de septiembre de 2007, por 144 votos a favor, 4 en contra y 11 abstenciones.

<sup>9</sup> Rosa Baltazar Yucailla, “La Justicia indígena en el Ecuador”, en *Derechos Ancestrales: Justicia en Contextos Plurinacionales*, ed. Carlos Espinosa y Danilo Caicedo (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009), 457.

<sup>10</sup> Baltazar, “La Justicia indígena en el Ecuador”, 457.

<sup>11</sup> En el mismo sentido, el artículo 20 de esta Declaración, señala que *los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y desarrollar sus sistemas o instituciones políticos, económicos y sociales*.

que, *en ejercicio de su derecho a la libre determinación*, los pueblos indígenas *tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales*, de esta manera, se reconocería la aplicación de los conocimientos ancestrales que les permita mantener la armonía dentro de sus nacionalidades y pueblos<sup>12</sup>.

b. El Convenio N°169, de la OIT, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes.

Este cuerpo normativo, ratificado por Ecuador en el año 1989 y publicado en el Registro Oficial n°304 el 24 de abril del mismo año, es trascendental con respecto al reconocimiento del Derecho Indígena y tiene un rol fundamental para la adopción de sistemas jurídicos pluralistas en Latinoamérica, toda vez que reconoce a los pueblos indígenas prerrogativas que durante muchos años fueron ignoradas. En palabras de María Bernarda Carpio, como consecuencia de su ratificación, "los Estados parte se comprometieron a cambiar su sistema constitucional de tal manera que les permita la inclusión de las prácticas y tradiciones indígenas dentro del marco del sistema jurisdiccional nacional"<sup>13</sup>.

Para efectos de este trabajo, debemos tener presente lo dispuesto en los **artículos 8 y 9** del Convenio. El primero obliga a los Estados a respetar el derecho consuetudinario ancestral y a tomarlo en consideración para la aplicación de la legislación nacional a los miembros de los pueblos indígenas, pero también establece límites a las prácticas consuetudinarias indígenas al señalar que estas no podrán ser *incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos*.

Por su parte, el artículo 9 obliga a los Estados a respetar los métodos a los que los pueblos indígenas recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros, pero con la misma limitación expresada en el párrafo anterior. Cabe mencionar que, a partir de esta norma, se ha sostenido que la ratificación de este instrumento internacional implica el reconocimiento de una coexistencia de, a lo menos, dos subsistemas jurídicos, el indígena y el estatal, al plantear la necesidad de respeto hacia los mecanismos ancestrales de sanción de delitos, con lo que además se establecería un deber estatal implícito de otorgar a los pueblos indígenas potestades jurisdiccionales en el ámbito penal<sup>14</sup>.

En la misma línea, se ha sostenido que de este artículo se desprende la voluntad de la OIT de obligar a los países signatarios a acoger y aceptar la jurisdicción indígena, exigiendo a

---

<sup>12</sup> Baltazar, "La Justicia indígena en el Ecuador", 457.

<sup>13</sup> Carpio, "Pluralismo jurídico en el Ecuador", 214.

<sup>14</sup> Carpio, "Pluralismo jurídico en el Ecuador", 215.

los jueces tomar en consideración los preceptos propios de la justicia indígena al momento de decidir sobre una causa en la que se encuentre implicado algún miembro de una comunidad indígena<sup>15</sup>.

Tal voluntad se confirmaría con el **artículo 10** del mismo Convenio, según el cual *cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales*.

En virtud de esta obligación, es posible afirmar que la legislación penal estatal no debe ser aplicada de igual manera a todos los habitantes de la Nación, sino que los jueces penales deben adecuar sus decisiones a lo estipulado en el Convenio. Esto se verificaría, según señala Carpio<sup>16</sup>, en una resolución de la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, en la que se reconoció que en el Convenio 169 *se establecen como prioritarias normas proindígenas y derechos especiales de indígenas ante la jurisdicción ordinaria*, y con base en ello se concedió el recurso de casación interpuesto a un recurrente indígena que fue sancionado por la justicia ordinaria con 6 meses de prisión por el delito de injurias, al estimar que en el proceso impugnado *no se evidencia que se hayan aplicado los procedimientos de la Justicia Indígena; y como consecuencia de ello se han violado los derechos del recurrente*<sup>17</sup>.

## 1.2. Reconocimiento constitucional de la jurisdicción indígena.

### a. Antecedentes.

En la República del Ecuador se han elaborado, a partir del año 1830, veinte textos constitucionales, cuya mayoría no ha reconocido los derechos y la justicia de los pueblos indígenas.

La Constitución de 1830 estableció, en su **artículo 12**, los requisitos necesarios para ser considerado ciudadano/sujeto de derecho y así gozar de los respectivos derechos que le corresponden, pero las personas indígenas quedaban evidentemente excluidas al no poder cumplirlos. En efecto, dicha norma disponía que, *para entrar en el goce de los derechos de ciudadanía, se requiere: 1. Ser casado, o mayor de veintidós años; 2. Tener una propiedad raíz, valor libre de 300 pesos y ejercer alguna profesión, o industria útil, sin sujeción a otro, como sirviente doméstico o jornalero; 3. Saber leer y escribir*.

---

<sup>15</sup> Carpio, "Pluralismo jurídico en el Ecuador", 215 y 216.

<sup>16</sup> Carpio, "Pluralismo jurídico en el Ecuador", 216.

<sup>17</sup> Corte Nacional de Justicia, Segunda Sala de lo Penal. Gaceta Judicial 9, de 8 de mayo de 2009.

Además, mediante lo dispuesto en su **artículo 68**, es posible apreciar el pensamiento discriminatorio de los gobernantes de la época, al señalar que *el Congreso constituyente nombra a los venerables curas párrocos por tutores y padres naturales de los indígenas, excitando su ministerio de caridad en favor de esta clase inocente, abyecta y miserable*.

Por su parte, las Constituciones de 1835, 1843, 1845, 1852 en su **artículo 9** y la de 1851 en su **artículo 8**, conservaron, en lo pertinente, las mismas condiciones establecidas por la de 1830 para que una persona fuese ciudadano del Estado ecuatoriano.

Es posible evidenciar un avance en la Constitución de 1945, al reconocer en su **artículo 23** el derecho de las organizaciones indígenas a ser parte del Congreso. Sin embargo, esta posibilidad de representación política a nivel legislativo quedó en el mero papel.

También, cabe mencionar que, si bien en la Constitución de 1946 se estableció la obligación del Estado respecto al fortalecimiento de la cultura del indígena<sup>18</sup>, en cuanto a la justicia, esta continuó siendo administrada únicamente por el Estado a través de sus órganos judiciales y no se hacía referencia a ningún tipo de particularidad o procedimiento específico en beneficio de los pueblos indígenas, por lo que sus miembros debían someterse a la justicia ordinaria cuando eran procesados y el Estado simplemente nombraba defensores públicos para la defensa de las comunidades indígenas que no tuvieran los medios económicos<sup>19</sup>. Lo anterior se mantiene igual en las Constituciones de 1967 y 1979, pero esta última, por primera vez, establece como único requisito para ser ciudadano el ser mayor de 18 años<sup>20</sup>.

Frente a este contexto normativo, en los años noventa se produjo un gran levantamiento indígena, encabezado por la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE), que exigió un conjunto de derechos a favor de los pueblos indígenas, de manera tal que estos lograron posicionarse como un actor político y social fundamental en el escenario democrático de Ecuador e hicieron visibles las demandas de este sector de la población respecto a la reestructuración del Estado Nacional y la construcción de un Estado Plurinacional<sup>21</sup>. Así, en 1997 se lleva a cabo una reforma constitucional a través de una Asamblea Constituyente, que culminó con la aprobación de un nuevo texto constitucional el día 5 de junio de 1998.

---

<sup>18</sup> Artículo 174 letra c) de la Constitución de 1946.

<sup>19</sup> Artículo 95 de la Constitución de 1945.

<sup>20</sup> Artículo 12 de la Constitución de 1979.

<sup>21</sup> Mariana Yumbay, "La relación entre la justicia indígena y la justicia ordinaria en Ecuador", en *Pluralismo Jurídico en Latinoamérica. Cooperación, coordinación y tensiones entre la Justicia Indígena y la Justicia Ordinaria*, ed. Goerg Dufner, Bernardo Ponce y Miguel Vargas (La Paz: Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 2019), 103.

b. Constitución de la República del Ecuador de 1998.

Este cuerpo normativo reconoce, en su **artículo 84**, quince derechos de naturaleza colectiva en favor de los pueblos indígenas, que pasan a ser considerados como sujetos de derecho y miembros de un Estado pluricultural y multiétnico.

Cabe destacar el hecho de que a través de esta Constitución el Estado reconoce por primera vez el derecho colectivo de los pueblos indígenas a administrar justicia, estableciendo en su **artículo 191** que *las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes.*

Sin embargo, pese al reconocimiento formal de dichas funciones de justicia, varias autoridades indígenas que ejercieron jurisdicción aplicando el derecho consuetudinario fueron sentenciadas por la justicia ordinaria al considerarse que habían cometido delitos de plagio, secuestro, usurpación de bienes, entre otros. Es decir, el Estado no cumplió a cabalidad con su responsabilidad de respetar y garantizar el ejercicio de tal derecho colectivo<sup>22</sup>.

Esta y otras problemáticas que evidentemente vulneraban los derechos de los pueblos indígenas demuestran que este texto constitucional no resolvió la crisis social que explotó en los años noventa, por lo que se convocó a otra Asamblea Constituyente, culminando el proceso con la aprobación de la actual Constitución del Ecuador.

c. Constitución de la República del Ecuador de 2008.

Este cuerpo normativo dispone en su **primer artículo** que *el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico (...)*<sup>23</sup>, lo que puede considerarse como un avance respecto de la Constitución de 1998, cuyo **artículo 83** simplemente indicaba que los pueblos indígenas se definen a sí mismos como nacionalidades de raíces ancestrales, sin declararse a Ecuador como un Estado plurinacional.

Respecto a la justicia indígena, ambos instrumentos constitucionales tienen como objetivo reconocerla, pero existe una leve diferencia. El **artículo 191** de la Constitución de 1998 se refiere a “funciones de justicia”, mientras que la Constitución actual habla de “funciones jurisdiccionales”. En este sentido, se ha señalado que, aunque esta diferencia

---

<sup>22</sup> Yumbay, “La relación entre la justicia indígena y la justicia ordinaria en Ecuador”, 104.

<sup>23</sup> El que Ecuador se caracterice como un Estado de “derechos” puede interpretarse como el reconocimiento de otros derechos y sistemas de justicia, en un plano de igualdad con el sistema ordinario o estatal.

parece ser menor, posee una amplia distinción conceptual, toda vez que al hablar de “funciones jurisdiccionales” se les atribuye automáticamente un poder más real y completo a las autoridades indígenas, ya que la jurisdicción, conforme al artículo 1 del Código de Procedimiento Civil, implica tanto el juzgar como el hacer ejecutar lo juzgado<sup>24</sup>.

En efecto, el **artículo 171** de la Constitución vigente dispone que *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 (...) y que aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos.*

Además, se ha indicado que la Constitución del año 2008 potencia el grado de aplicabilidad y validez del Derecho Indígena en Ecuador, dándole un mayor realce a las decisiones que se toman en base a él<sup>25</sup>, toda vez que, a diferencia de la Constitución anterior, establece explícitamente que *el Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas<sup>26</sup> y que nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia, para lo cual los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados<sup>27</sup>.* Por tanto, toda decisión de las autoridades indígenas equivale a cosa juzgada y se encuentra en la misma jerarquía que la justicia ordinaria<sup>28</sup>.

En definitiva, la obligatoriedad de las decisiones de las autoridades indígenas es una condición esencial para que haya una verdadera jurisdicción indígena y para que esta no sea criminalizada por las autoridades estatales y la opinión pública<sup>29</sup>.

Respecto a los derechos colectivos indígenas, esta Constitución amplía y fortalece los que incluía la Constitución de 1998<sup>30</sup>, en efecto, en su **artículo 57** reconoce veintiún derechos colectivos, entre los que se destaca el derecho a *crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes<sup>31</sup>.*

Cabe mencionar que se ha considerado que esta Constitución “crea suficientes elementos y principios que, si son materializados, podrían concluir con el sistema de

---

<sup>24</sup> Carpio, “Pluralismo jurídico en el Ecuador”, 217 y 218.

<sup>25</sup> Carpio, “Pluralismo jurídico en el Ecuador”, 218.

<sup>26</sup> Artículo 171 inciso segundo de la Constitución de 2008.

<sup>27</sup> Artículo 76 N°7 letra i) de la Constitución de 2008.

<sup>28</sup> Yumbay, “La relación entre la justicia indígena y la justicia ordinaria en Ecuador”, 118.

<sup>29</sup> Agustín Grijalva, “El Estado plurinacional e intercultural en la Constitución ecuatoriana de 2008”, en *Derechos Ancestrales: Justicia en Contextos Plurinacionales*, ed. Carlos Espinosa y Danilo Caicedo (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009), 404 y 405.

<sup>30</sup> Grijalva, “El Estado plurinacional e intercultural”, 399.

<sup>31</sup> Artículo 57 N°10 Constitución de 2008.

“colonialidad” que aún subsiste en Ecuador<sup>32</sup>, como en la mayoría de los países de Latinoamérica, para lo cual son necesarios cambios estructurales, institucionales y epistémicos para que se produzcan reales cambios. Sin embargo, en el informe del año 2019 de la Relatora Especial de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas<sup>33</sup>, se constata que durante los años 2006 y 2017 se produjo una regresión en el respeto, protección y aplicación de los derechos indígenas, a pesar del reconocimiento formal de estos, toda vez que no se concretó la obligación constitucional de adecuar la legislación y las políticas públicas a la Constitución y al Derecho Internacional.

Por otro lado, algunos consideran que esta Constitución es una de las más representativas y modélicas del nuevo constitucionalismo latinoamericano y que comparte las características que suelen atribuírsele a aquel, esto es, “un amplio catálogo de derechos, un texto exageradamente largo, detallado y ambicioso, que mezcla principios y valores de difícil realización con derechos concretos y garantías para su ejercicio”<sup>34</sup>.

No obstante, cabe tener presente que, luego de la entrada en vigencia de esta Constitución, a diferencia de lo sucedido en el período posterior a la dictación de la de 1998, se ha dictado normativa secundaria sobre la justicia indígena<sup>35</sup>. En el siguiente apartado de este trabajo observaremos que tanto la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional como el Código Orgánico de la Función Judicial y el Código Integral Penal incluyen disposiciones sobre esta materia, normas que precisamente se enmarcan en el principio de interculturalidad.

### 1.3. Reconocimiento legal de la jurisdicción indígena.

#### a. Código Orgánico de la Función Judicial<sup>36</sup>.

Este instrumento contempla disposiciones que se refieren a la jurisdicción y competencia de los pueblos indígenas. Cabe tener presente el **artículo 7**, que se refiere a las autoridades que tienen el poder de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado<sup>37</sup>. En efecto, señala que *la jurisdicción y la competencia nacen de la Constitución y la ley, que solo podrán ejercer la*

---

<sup>32</sup> Raúl Llasag, “Constitucionalismo y pluralismo jurídico: balance de la aplicación de las reformas constitucionales relativas al Derecho indígena en el Ecuador”, en *Emancipación y transformación constitucional*, ed. Luis Ávila Linzán (Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011), 266.

<sup>33</sup> En este informe se examina la situación de los pueblos indígenas en el Ecuador con base en la información recibida por la Relatora Especial durante su visita del 19 al 29 de noviembre de 2018.

<sup>34</sup> Yoel Carrillo y Juan Pablo Cruz, “Algunos límites a la justicia indígena en Ecuador”, *Ratio Juris*, 11 n°23 (2016): 173 y 174, <https://doi.org/10.24142/raju.v11n23a6>

<sup>35</sup> Agustín Grijalva, “Del presente se inventa el futuro: justicias indígenas y Estado en Ecuador”, en *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, ed. Boaventura de Sousa y Agustín Grijalva (Quito: Ediciones Abya-Yala, 2013), 67.

<sup>36</sup> Publicado en el Suplemento del Registro Oficial N°554 del 9 de marzo de 2009.

<sup>37</sup> Yumbay, “La relación entre la justicia indígena y la justicia ordinaria en Ecuador”, 111.

*potestad jurisdiccional las juezas y jueces nombrados de conformidad con sus preceptos, y que las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán las funciones jurisdiccionales que les están reconocidas por la Constitución y la ley.*

Además, en el **artículo 17** se establece que *la administración de justicia por la Función Judicial es un servicio público, básico y fundamental del Estado*, y luego se señala que *las funciones de justicia que en los pueblos indígenas ejercen sus autoridades* constituyen una forma de este servicio público.

También, cabe destacar el **artículo 343** de este cuerpo legal, que se refiere al ámbito de la jurisdicción indígena<sup>38</sup>, en virtud del cual *las autoridades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio o consuetudinario, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres.*

Además, debemos tener presente que este Código contempla, como mecanismo de coordinación entre las justicias indígena y ordinaria, una regla de declinación de competencia a favor de la autoridad indígena. Esta se encuentra en el **artículo 345**, en virtud del cual *los jueces y juezas que conozcan de la existencia de un proceso sometido al conocimiento de las autoridades indígenas declinarán su competencia, siempre que exista petición de la autoridad indígena en tal sentido.*

Para tal declinación se establece un procedimiento sumario en el que la autoridad indígena debe demostrar, bajo juramento, que el asunto es materia de su jurisdicción. Además, se contempla un requisito extraordinario para que el juez estatal proceda a declinar su competencia, esto es, la declaración juramentada, en circunstancias de que, ante conflictos de competencia en la justicia ordinaria, el juez simplemente hace conocer a otro, mediante un escrito, que se considera competente para conocer un determinado caso. Para algunos, esto evidencia el sometimiento de la justicia indígena a la ordinaria, lo que a su vez vulnera el principio de igualdad y el derecho a la autonomía<sup>39</sup>.

Es más, algunos jueces comenzaron a exigir requisitos no previstos en la norma, por ejemplo, que la autoridad indígena presentare un certificado en el que manifestase que los peticionarios se autodefinían como indígenas.

Por otro lado, si bien hay casos en que los jueces han resuelto favorablemente las declinaciones de competencia, cediendo esta, algunos han sido sancionados e incluso

---

<sup>38</sup> Cuestión que será tratada en otro apartado de este trabajo.

<sup>39</sup> Llasag, "Constitucionalismo y pluralismo jurídico", 260.

destituidos por ello, situación que generó miedo e intimidación en los demás jueces y operadores de justicia, en cuanto a actuar conforme al marco de la norma constitucional<sup>40</sup>.

Según señala Mariana Yumbay, Dra. en Jurisprudencia y Abogada, perteneciente a la nacionalidad kichwa, "los jueces ordinarios han justificado las negativas de las declinaciones de competencia con argumentos diversos: que el juez ordinario fue el primero que conoció el caso; que ellos juzgarán correctamente los casos de violencia intrafamiliar; que harán cumplir la normativa internacional de derechos humanos; que las autoridades indígenas no cuentan con personería jurídica; que no se ha presentado el nombramiento otorgado por alguna institución pública; que el estatuto no contempla la facultad jurisdiccional de dicha comunidad; o que los casos no fueron resueltos con anterioridad"<sup>41</sup>.

También, cabe destacar que, este Código Orgánico establece las directrices que deben observar las autoridades estatales, consideradas principios rectores de la aplicación del Derecho Indígena<sup>42</sup>. Al respecto, el **artículo 344** se refiere a los principios de la justicia intercultural que deben observar los jueces, fiscales, defensores y otros servidores judiciales, policías y demás funcionarios públicos al momento de sus actuaciones y decisiones.

En dicha norma encontramos, por un lado, los principios de diversidad, de igualdad, y de interpretación intercultural, en virtud de los cuales, las personas ya mencionadas i) *han de tener en cuenta el derecho propio, costumbres y prácticas ancestrales de las personas y pueblos indígenas*<sup>43</sup>; ii) *deben tomar las medidas necesarias para garantizar la comprensión de las normas, procedimientos, y consecuencias jurídicas de lo decidido en el proceso en el que intervengan personas y colectividades indígenas, para lo cual dispondrán de la intervención procesal de traductores, peritos antropólogos y especialistas en derecho indígena*<sup>44</sup>; iii) *interpretarán interculturalmente los derechos controvertidos en el litigio, para lo que considerarán elementos culturales relacionados con las costumbres, prácticas ancestrales, normas, procedimientos del derecho propio de los pueblos*<sup>45</sup>.

Por otro lado, también se contemplan los principios de pro jurisdicción indígena y de non bis in idem. En virtud del primero, *en caso de duda entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena, se preferirá esta última, de tal manera que se asegure su mayor*

---

<sup>40</sup> Mariana Yumbay, "La Justicia Indígena en el Ecuador", IWGIA, Grupo de Trabajo Internacional para Asuntos Indígenas (IWGIA), 28 de noviembre de 2022, <https://www.iwgia.org/es/ecuador/4967-la-justicia-ind%C3%ADgena-en-el-ecuador.html>

<sup>41</sup> Yumbay, "La Justicia Indígena en el Ecuador", IWGIA.

<sup>42</sup> Carpio, "Pluralismo jurídico en el Ecuador", 218.

<sup>43</sup> Artículo 344 literal a) de la Constitución de 2008.

<sup>44</sup> Artículo 344 literal b) de la Constitución de 2008.

<sup>45</sup> Artículo 344 literal e) de la Constitución de 2008.

*autonomía y la menor intervención posible*<sup>46</sup>. Mientras que, según el segundo, *lo actuado por las autoridades de la justicia indígena no podrá ser juzgado ni revisado por los jueces y juezas de la Función Judicial ni por autoridad administrativa alguna, en ningún estado de las causas puestas a su conocimiento, sin perjuicio del control constitucional*<sup>47</sup>.

No obstante, en la mayoría de los casos, los jueces estatales no han respetado la prohibición de doble juzgamiento, pues a pesar de tener conocimiento de la situación de personas indígenas que ya han sido juzgadas o que se encuentran en proceso, o de que la autoridad indígena solicitó la declinación de competencia y el archivo de la causa, continúan con el respectivo procedimiento, inobservando los principios y garantías establecidos tanto constitucional como legalmente, afectando la competencia y jurisdicción de las autoridades indígenas y el derecho de los indígenas a ser juzgados por una autoridad jurisdiccional competente<sup>48</sup>.

En la misma línea, existen casos en los que las autoridades administrativas, policiales y políticas no respetan las decisiones de las autoridades indígenas, por ejemplo, la policía, órgano auxiliar de la justicia, suele no cumplir con las órdenes emitidas por tales autoridades, por el contrario, acostumbra a elevar una consulta a su superior jerárquico, que a su vez ratifica la decisión de no acatar lo dispuesto por las autoridades indígenas<sup>49</sup>.

#### b. Código Orgánico Integral Penal<sup>50</sup>.

Este cuerpo legal prohíbe expresamente que un caso juzgado por las autoridades indígenas sea procesado y juzgado nuevamente por la justicia ordinaria. En efecto, en su **artículo 5** dispone que el derecho al debido proceso penal se regirá por determinados principios, dentro de los cuales contempla la prohibición de doble juzgamiento y señala que *ninguna persona podrá ser juzgada ni penada más de una vez por los mismos hechos* y que *los casos resueltos por la jurisdicción indígena son considerados para este efecto*<sup>51</sup>.

Al respecto, se ha sostenido que, de esta disposición se desprende claramente el hecho de que es viable la existencia de un Derecho Indígena Penal, cuestión que estaría entonces contemplada en la misma legislación penal estatal<sup>52</sup>, lo que también se vería reforzado por la **segunda disposición general** de este Código, al señalar que *en referencia*

---

<sup>46</sup> Artículo 344 literal d) de la Constitución de 2008.

<sup>47</sup> Artículo 344 literal c) de la Constitución de 2008.

<sup>48</sup> Yumbay, "La relación entre la justicia indígena y la justicia ordinaria en Ecuador", 118.

<sup>49</sup> Yumbay, "La relación entre la justicia indígena y la justicia ordinaria en Ecuador", 119.

<sup>50</sup> Publicado en el Registro Oficial N°180 de 10 de febrero de 2014.

<sup>51</sup> Artículo 5 N°9 del Código Orgánico Integral Penal.

<sup>52</sup> Carpio, "Pluralismo jurídico en el Ecuador", 222.

a las infracciones cometidas en las comunidades indígenas se deberá proceder conforme a lo dispuesto en la Constitución de la República, en los tratados e instrumentos internacionales ratificados por el Estado, en el Código Orgánico de la Función Judicial y en las leyes respectivas.

Sin embargo, pese a lo ordenado por el artículo 5, pareciere que en la práctica no se ha reconocido una real potestad indígena para resolver y sancionar todo ilícito penal que se realice dentro del territorio del pueblo indígena respectivo<sup>53</sup>, tal como lo veremos en el último apartado (3.2.) de este capítulo.

c. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional<sup>54</sup>.

Se ha sostenido que los principios y procedimientos que establece esta ley obligan a los organismos del poder público a realizar una interpretación y comprensión intercultural de los hechos y de las normas aplicables a ellos, para evitar una interpretación etnocéntrica y monocultural<sup>55</sup>.

También, se señala que este cuerpo normativo desarrolla el contenido de las garantías jurisdiccionales, sus características y trámites, por lo que se relacionaría directamente con la justicia indígena, por cuanto la Constitución vigente previó la existencia de una de las mencionadas garantías respecto a sus decisiones<sup>56</sup>.

En conformidad con lo anterior, el **artículo 191** de esta ley señala que corresponde al Pleno de la Corte Constitucional *resolver sobre las acciones extraordinarias de protección de derechos en contra de decisiones de la justicia ordinaria e indígena*<sup>57</sup>. Por tanto, claramente se reconoce que esta existe y que las autoridades indígenas tienen competencia para resolver determinados conflictos.

Dicha acción será analizada en un apartado distinto de este capítulo (3.1.), luego de referirnos a algunas características y límites de la jurisdicción indígena.

## **2. Elementos de la jurisdicción indígena.**

### 2.1. Características de la jurisdicción indígena.

La justicia indígena se basa en valores, principios, procedimientos y normas que son propias de cada pueblo, y reconocidas y aceptadas por sus miembros.

---

<sup>53</sup> Carpio, "Pluralismo jurídico en el Ecuador", 222.

<sup>54</sup> Publicada en el Suplemento del Registro Oficial N° 52 de 22 de octubre de 2009.

<sup>55</sup> Yumbay, "La relación entre la justicia indígena y la justicia ordinaria en Ecuador", 113.

<sup>56</sup> Llasag, "Constitucionalismo y pluralismo jurídico", 260.

<sup>57</sup> Artículo 191 N°2 letra d) de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Aquella se caracteriza por ser colectiva, pues si bien la ejercen las autoridades indígenas, quienes deben observar y respetar las tradiciones ancestrales y el derecho consuetudinario, en su aplicación participan todos los miembros de la comunidad, pero sobre todo las familias involucradas.

Al respecto, cabe destacar que la potestad para administrar justicia indígena no puede ser asumida por cualquier organización o colectivo, aun siendo indígena, sino que necesariamente el pueblo o nacionalidad debe tener una condición histórica, política y territorial de comunidad<sup>58</sup>. Esto es importante, más aún si se considera que no existe un órgano administrativo, como el Consejo Nacional de la Judicatura, que designe a las autoridades encargadas de administrar la justicia indígena, sino que esta tarea más bien se hace al interior de cada comunidad<sup>59</sup>.

La finalidad de la justicia indígena es resolver los conflictos suscitados de manera integral, mediante prácticas de reparación, restauración, purificación, rehabilitación y sanción que buscan restablecer y mantener la convivencia pacífica y la armonía social en la comunidad respectiva<sup>60</sup>. En otras palabras, desde la cosmovisión de los pueblos indígenas, la adopción de dichas medidas no son el fin último que persigue el alcanzar una efectiva administración de justicia.

Además, en este sistema de justicia, la competencia por materia no es determinada, es decir, no existe algún criterio de especialidad que se aplique respecto a las causas que van a conocer las autoridades competentes indígenas, pudiendo estas resolver temas de diversa índole<sup>61</sup>.

En definitiva, es posible considerar que, en general, la justicia indígena se centra en la rehabilitación y reinserción de la persona que cometió el delito, al entenderse que el culpable es más útil para la comunidad cuando está en goce de su libertad, ya que, por ejemplo, en caso de robo, debe trabajar para reponer la pérdida sufrida, en caso de lesiones graves por peleas, asume el costo médico hasta que la víctima se recupere, incluso en casos más graves, como el asesinato, no va a la cárcel pues debe trabajar para la manutención de la familia de la víctima<sup>62</sup>.

---

<sup>58</sup> Yumbay, "La relación entre la justicia indígena y la justicia ordinaria en Ecuador", 116.

<sup>59</sup> Christian Masapanta, "El Derecho indígena en el contexto constitucional ecuatoriano: Entre la exigibilidad de derechos y el reconocimiento del pluralismo jurídico", en *Derechos Ancestrales: Justicia en Contextos Plurinacionales*, ed. Carlos Espinosa y Danilo Caicedo (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009), 425.

<sup>60</sup> Yumbay, "La relación entre la justicia indígena y la justicia ordinaria en Ecuador", 116.

<sup>61</sup> Masapanta, "El Derecho indígena en el contexto constitucional ecuatoriano", 425.

<sup>62</sup> Baltazar, "La Justicia indígena en el Ecuador", 453.

También, cabe señalar que la justicia indígena es milenaria, pues los pueblos indígenas se rigen por su propio sistema normativo desde antes de la llegada de los españoles al continente americano; que está en permanente evolución, ajustándose a la realidad de la comunidad respectiva; que es ágil y oportuna, aun en los conflictos graves o complicados, pues busca restablecer el equilibrio armónico dentro de la comunidad; y que, por lo mismo, es gratuita<sup>63</sup>.

A continuación, para complementar la caracterización de la justicia indígena, y de forma meramente ilustrativa, ya que existen tantos procedimientos como derechos consuetudinarios indígenas, nos referiremos al sistema de justicia indígena de la nacionalidad kichwa, cuestión que a su vez nos permitirá reafirmar que la lógica de la justicia indígena no debiese ser considerada inferior a la de la justicia estatal, siendo incluso posible encontrar similitudes procesales entre ellas.

## 2.2. Procedimiento en la administración de justicia indígena kichwa.

Así como existen procedimientos claros que se deben seguir dentro de la jurisdicción ordinaria, dentro de la jurisdicción indígena hay procedimientos que las autoridades aplican para arribar a la resolución de un conflicto, pero estos varían en cada comunidad, pueblo o nacionalidad, ya que cada una de ellas tiene sus propios procedimientos en función de cada conflicto que se genera y que se debe resolver<sup>64</sup>.

Teniendo presente lo anterior, pasaremos a exponer las distintas “etapas procesales” que contempla la administración de justicia indígena kichwa -según el estudio que ha hecho Mariana Yumbay al respecto<sup>65</sup>-:

- A) Willana. Es el acto de comunicar y poner en conocimiento de la autoridad indígena un conflicto que ha ocurrido.
- B) Tapuna o Mashkana. Es el acto de investigar sobre el conflicto ocurrido.
- C) Ñawinchina o Chimpapurana. Es el acto de diálogo entre las personas que son parte del conflicto, frente a las autoridades indígenas. En este momento se produce el debate y las reflexiones colectivas sobre el conflicto, las responsabilidades en caso de haberlas y la determinación de posibles mecanismos de solución del conflicto.
- D) Allichina. Es el momento en el que se toma la decisión sobre las medidas para resolver el conflicto ocurrido, decisión que es tomada de manera colectiva y consensuada, con

---

<sup>63</sup> Baltazar, “La Justicia indígena en el Ecuador”, 454 y 455.

<sup>64</sup> Yumbay, “La relación entre la justicia indígena y la justicia ordinaria en Ecuador”, 117.

<sup>65</sup> Yumbay, “La relación entre la justicia indígena y la justicia ordinaria en Ecuador”, 117.

la participación de todos los miembros de la comunidad. Cabe destacar que los adultos mayores tienen un papel fundamental en esta decisión.

- E) *Paktachina*. Es el acto mediante el cual se hace cumplir o ejecutar la decisión tomada por la autoridad indígena.
- F) *Katichina*. Es un mecanismo de seguimiento del cumplimiento de las decisiones emitidas por la autoridad indígena, que se implementa sólo cuando su cumplimiento requiere de un tiempo extenso.

### 2.3. Límites de la jurisdicción indígena.

En el entendido de que ningún derecho es ilimitado, se ha sostenido que, “aunque la jurisdicción indígena no cuenta con un *corpus* de derecho escrito que permita tener cierto grado de certeza y seguridad jurídica”<sup>66</sup>, esta debe respetar los límites previstos en el derecho vigente.

También, cabe hacer presente que, mientras que la Constitución de 1998 tenía restricciones mucho más genéricas y amplias, pues incluía entre los límites a la ley y el orden público, además de la propia Constitución y los derechos humanos<sup>67</sup>, la Constitución vigente establece exclusivamente a estos dos últimos como límites al ejercicio de los derechos colectivos<sup>68</sup>.

En efecto, el **artículo 171** de la Constitución de 2008 reconoce a las autoridades de los pueblos indígenas el derecho a ejercer 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*<sup>69</sup>. Además, señala que, para el ejercicio de este derecho colectivo, las autoridades indígenas *aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales*.

A continuación, se tratará a cada uno de los límites de manera separada.

---

<sup>66</sup> Carrillo y Cruz, “Algunos límites a la justicia indígena en Ecuador”, 186.

<sup>67</sup> Artículo 84 de la Constitución de 1998.

<sup>68</sup> Artículo 57 de la Constitución de 2008.

<sup>69</sup> Esta referencia a los derechos de las mujeres indígenas ya constaba en el artículo 211 del Proyecto de Constitución de la CONAIE, lo cual evidencia que tal limitación fue asumida y propuesta por los propios indígenas.

a. Conflicto interno.

Es un requisito o límite a la jurisdicción indígena que la Constitución de 1998 planteaba y que la actual mantiene. Se refiere a la exigencia de que los conflictos sean únicamente internos para que puedan ser resueltos por tal jurisdicción.

Se ha sostenido que, para los pueblos indígenas, “conflicto interno” constituye toda acción o acto que desestabiliza la paz, la armonía y la tranquilidad de un colectivo o de una comunidad<sup>70</sup>.

También, se ha señalado que el término “conflicto interno” es bastante general y que no queda claro si se refiere a actos realizados dentro de un territorio indígena, a conflictos sólo entre indígenas o a conflictos interétnicos que afecten directamente a la comunidad respectiva. Al respecto, se destaca que esta indefinición tendría trascendencia práctica, ya que se dan varios conflictos entre personas de la comunidad y otras personas ajenas a ella, como en los casos de abigeato y robo en general<sup>71</sup>.

b. Persona indígena.

Este límite implica que la justicia indígena tiene jurisdicción para conocer y dar solución a los conflictos que se producen entre los miembros de la comunidad, pueblo o nacionalidad indígena respectiva, con el fin de restablecer su armonía y en pos de alcanzar, bajo su perspectiva, una efectiva administración de justicia.

Es importante que se trate de un conflicto suscitado entre dos o más individuos que, de manera libre y voluntaria, se autodefinan como indígenas. Esto se encuentra ligado con el hecho de que los sistemas indígenas no requieren ni cuentan con un aparato burocrático extenso ni especializado<sup>72</sup>, ya que cada uno de los miembros de la comunidad conoce los principios, procedimientos y castigos del juzgamiento indígena desde que es niño, dado el carácter inherentemente participativo de la justicia indígena<sup>73</sup>.

Cabe destacar que, a juicio del abogado Diego Zambrano Álvarez, las infracciones cometidas por sujetos externos a la comunidad deberían igualmente ser juzgadas por las autoridades indígenas cuando dicha acción produzca sus consecuencias en aquella. Al respecto, plantea que, “si se trata de la imposición de medidas reparatorias, indemnizatorias

---

<sup>70</sup> Raúl Ilaquiche y Lourdes Tibán, *Jurisdicción indígena en la Constitución política del Ecuador* (Ecuador: Fundación Hanns Seidel, 2008), 44, citado en María Carpio, “Pluralismo jurídico en el Ecuador”, *USFQ Law Review* 2 n°1 (2015), 221.

<sup>71</sup> Grijalva, “El Estado plurinacional e intercultural”, 405 y 406.

<sup>72</sup> Diego Zambrano, “Justicias ancestrales: Analogías y disanalogías entre sistemas jurídicos concurrentes”, en *Derechos Ancestrales: Justicia en Contextos Plurinacionales*, ed. Carlos Espinosa y Danilo Caicedo (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009), 235.

<sup>73</sup> Grijalva, “Del presente se inventa el futuro: justicias indígenas y Estado en Ecuador”, 75.

o de prestación de servicios a la comunidad, la autoridad indígena tendría autoridad suficiente para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado”. Pero, “cuando la sanción fuese de carácter físico, no tendría sentido aplicarla”, ya que el carácter purificador que la fundamenta “resultaría ineficaz, inocuo e incluso irrespetado por quien no cree en ello”, además de ser incoherente con la función reintegradora a la vida comunitaria, por lo que una alternativa podría ser la sustitución de penas físicas por reparatorias<sup>74</sup>.

En la misma línea, Zambrano también considera que, cuando el supuesto involucrado sea una persona ajena a la comunidad y se tratase de un acto constitutivo de delito, las autoridades indígenas deberían tener la posibilidad de participar como parte procesal en los juicios sustanciados por la justicia estatal, para evitar que se proceda con irrespeto a la cultura o que se fomente la impunidad, si se logra la evasión del juzgamiento<sup>75</sup>.

### c. Territorio.

Como se observa en los **artículos 171 y 57 N°9**<sup>76</sup>, la Constitución vigente vincula la justicia indígena a los territorios de los pueblos.

Pese a ello, se ha sostenido que los indígenas resuelven conflictos que no pueden restringirse exclusivamente al territorio, sino que su alcance debe determinarse con criterios antropológicos. De manera tal que, no existiría un espacio determinado e inalterable en donde se pueda ejercer jurisdicción indígena, ya que los conflictos a veces traspasan una zona circunscrita, pudiendo presentarse incluso fuera del territorio nacional<sup>77</sup>.

Por su parte, algunos consideran que la Constitución establece una fórmula estrecha, irreal e inadecuada de competencia de la justicia indígena, ya que hay áreas del Ecuador donde tal definición de territorio no es posible, y porque en la práctica la justicia indígena se ejerce más en razón de las personas que del territorio<sup>78</sup>.

En la misma línea, se ha señalado que el problema más complejo que plantea la Constitución de 2008, en materia de justicia indígena, es precisamente el de vinculación entre jurisdicción y territorio indígena<sup>79</sup>, ya que excluye la competencia de la jurisdicción indígena en

---

<sup>74</sup> Zambrano, “Justicias ancestrales”, 232.

<sup>75</sup> Zambrano, “Justicias ancestrales”, 232 y 233.

<sup>76</sup> *Se reconoce y garantizará (...) los siguientes derechos colectivos: 9. Conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia y organización social, y de generación y ejercicio de la autoridad, en sus territorios legalmente reconocidos y tierras comunitarias de posesión ancestral.*

<sup>77</sup> Masapanta, “El Derecho indígena en el contexto constitucional ecuatoriano”, 424 y 425.

<sup>78</sup> Grijalva, “Del presente se inventa el futuro: justicias indígenas y Estado en Ecuador”, 66.

<sup>79</sup> Grijalva, “El Estado plurinacional e intercultural”, 405.

razón de las personas<sup>80</sup>, cuando en los hechos las autoridades indígenas resuelven muchos conflictos que se dan fuera de los territorios que habitan.

De esta manera, se plantea el problema jurídico de si es posible o no cumplir este requisito del ámbito territorial, especialmente donde éste no está definido, como sucede con las áreas en las que conviven indígenas y no indígenas. También, se sostiene que en el caso de los pueblos amazónicos y algunos de la costa, estas normas constitucionales pueden ser operativas, pero con respecto a los pueblos de la región interandina se pueden generar graves dificultades, toda vez que esta se caracteriza por la convivencia de indígenas y mestizos tanto en zonas rurales como en las ciudades. En otras palabras, se considera que en los hechos no se da, sino por excepción, la delimitación territorial a que hace referencia la Constitución<sup>81</sup>.

Cabe tener presente que la dificultad de delimitar los territorios indígenas quedó evidenciada a partir de la Constitución de 1998, la que establecía que mediante una ley podían crearse circunscripciones territoriales indígenas<sup>82</sup>, pero pese al intento, no llegó a concretarse ninguna circunscripción. Actualmente, el **artículo 257** de la Constitución mantiene dichas circunscripciones y añade que para su integración es necesaria la aprobación de su conformación por al menos dos terceras partes de los votos válidos en la respectiva circunscripción, de lo cual surgiría la pregunta antropológica de, si se consideran votos válidos los de los indígenas que residen en cierta área, ¿la identidad o pertenencia a la comunidad de quienes viven fuera de tal área se diluye por haber cambiado su residencia?<sup>83</sup>.

Por otro lado, también se debe entender que lo territorial no implica únicamente el espacio físico en el que viven los pueblos indígenas, sino que es aquel espacio en el que desarrollan sus actividades, reproducen su cultura, conservan sus prácticas médicas, económicas, espirituales, jurídicas y organizativas, y es el espacio en el cual buscan vivir en completa armonía con la naturaleza, respetando la biodiversidad allí existente<sup>84</sup>.

En la misma línea, el **artículo 55 N°2** del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional señala que *se entiende por territorio indígena a aquellos espacios territoriales donde se encuentran asentados y desarrollando su vida social, cultural, económica y política, así como en los territorios que habitualmente han sido utilizados por los pueblos.*

---

<sup>80</sup> Es decir, cuando un juez asume la competencia para juzgar algo no porque el acto sucedió en determinado lugar, sino considerando las características personales de quien lo ejecutó.

<sup>81</sup> Grijalva, "El Estado plurinacional e intercultural", 405.

<sup>82</sup> Artículo 224 de la Constitución de 1998.

<sup>83</sup> Grijalva, "El Estado plurinacional e intercultural", 405.

<sup>84</sup> Yumbay, "La relación entre la justicia indígena y la justicia ordinaria en Ecuador", 116.

d. Materia.

Teniendo en cuenta lo dispuesto en el **artículo 11 N°3** de la Constitución vigente - según el cual, *para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley-*, y que en ninguna de las dos constituciones en que se les reconoce a los pueblos indígenas el derecho colectivo a administrar justicia se han fijado límites en cuanto a la materia, es posible sostener que la jurisdicción indígena puede extenderse a todos los ámbitos, incluso el penal.

En definitiva, se ha señalado que, no habiéndose establecido algo concreto respecto a los límites en cuanto a la materia, hay un reconocimiento tácito de la aplicabilidad de la justicia indígena en todos los ámbitos<sup>85</sup>.

Al respecto, no se debe olvidar que en la justicia indígena el parámetro de conducta inapropiada está dado por la afectación a la armonía con la comunidad y para con la naturaleza<sup>86</sup>, por tanto, no existe una distinción de materias como la del sistema estatal.

Sin embargo, pese a lo anterior, la Corte Constitucional ecuatoriana emitió en el año 2014 una sentencia que limitó la competencia de las autoridades indígenas para administrar justicia, en base a la materia. Dada su relevancia, este caso será analizado en el último apartado de este capítulo (3.2.).

e. Derechos Humanos.

Otro límite que deben respetar las autoridades indígenas al ejercer su función jurisdiccional son los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por Ecuador<sup>87</sup>, respecto a los cuales *se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución*<sup>88</sup>.

Por tanto, el derecho a la vida<sup>89</sup>, a la integridad física, psíquica, moral y sexual, a una vida libre de violencia en el ámbito público y privado, la prohibición de la tortura, la desaparición forzada y los tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes<sup>90</sup>, entre otros, serían un límite para la justicia indígena, cuya vulneración podría incluso desencadenar la intervención del

---

<sup>85</sup> Carpio, "Pluralismo jurídico en el Ecuador", 218.

<sup>86</sup> Zambrano, "Justicias ancestrales", 235.

<sup>87</sup> Ecuador ratificó el convenio 169 en 1998; la Convención Americana sobre Derechos Humanos en 1977, la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 1984 y la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el mismo año.

<sup>88</sup> Artículo 417 de la Constitución de 2008.

<sup>89</sup> Artículo 66 N°1 de la Constitución 2008.

<sup>90</sup> Artículo 66 N°3 de la Constitución 2008.

Estado para garantizar que los propios miembros de los pueblos indígenas no vean afectado el núcleo esencial de sus derechos individuales<sup>91</sup>.

No obstante, y bajo un criterio interpretativo integral de la Constitución, si bien se tiene la obligación de atender a la universalidad de los derechos humanos, también se debe atender a las particularidades que se dan en los seres humanos a los que se aplica, sobre todo tratándose de colectividades históricamente excluidas como lo son los pueblos indígenas<sup>92</sup>.

Ahora, reconociendo la existencia de este límite, es importante referirse a una problemática latente relacionada. Desde el mundo occidental, se suele sostener que las sanciones que contempla la jurisdicción indígena atentarían contra los derechos humanos, en muchos casos sin evaluar el contorno cultural en el que se desenvuelven las prácticas correctivas y sancionatorias de las comunidades indígenas<sup>93</sup>.

Ante esta situación, se estima que no es válido concebir que los castigos contemplados por los pueblos indígenas son “per se” contrarios a los derechos humanos, pues aquellos “obedecen a una peculiar apreciación de la sanción, propia de su cosmovisión ancestral, en donde se ve garantizado, desde su óptica, un verdadero acceso a la justicia”<sup>94</sup>. En definitiva, al valorar si vulneran los derechos humanos, no se debe caer en la banalidad de equiparar sistemáticamente tales castigos a tratos degradantes o de tortura, pues aquello sería ir en contra de una interpretación intercultural de los mismos. En efecto, se debe tener presente que las prácticas ancestrales no implican la vulneración al derecho humano que prohíbe toda forma de tortura, trato cruel, inhumano o degradante, mientras aquellas respondan a una costumbre o práctica ancestral aceptada y reconocida por los miembros de la comunidad respectiva.

En definitiva, es claro que en una sociedad pluricultural existen diferencias en cuanto a la comprensión y la valoración de los derechos humanos, por lo que es fundamental -siguiendo en ello a Christian Masapanta, Doctor en Jurisprudencia y Abogado- aprender de las distintas culturas y superar, por un lado, la postura según la cual se trata de imponer a toda costa un modelo universal de derechos humanos, y por otro, el relativismo cultural excesivo que promueve la diferencia bajo el entendido de superioridad e inamovilidad, teniendo siempre en cuenta que “una sociedad sin derechos humanos es ciega, pero sin pluralidad cultural es vacía”<sup>95</sup>.

---

<sup>91</sup> Zambrano, “Justicias ancestrales”, 245.

<sup>92</sup> Masapanta, “El Derecho indígena en el contexto constitucional ecuatoriano”, 448.

<sup>93</sup> Masapanta, “El Derecho indígena en el contexto constitucional ecuatoriano”, 447.

<sup>94</sup> Masapanta, “El Derecho indígena en el contexto constitucional ecuatoriano”, 448.

<sup>95</sup> Masapanta, “El Derecho indígena en el contexto constitucional ecuatoriano”, 448.

Es más, algunos sostienen que “los discursos liberales occidentales sobre derechos humanos han desempeñado un rol paradójico, tanto durante el momento constituyente inicial, cuando se reconoció la justicia indígena, como durante un segundo momento, cuando la Corte Constitucional ecuatoriana abordó su aplicabilidad e implementación”<sup>96</sup>, cuestión que se abordará en el apartado 3.2. de este trabajo.

Por ahora, cabe tener presente que el enjuiciamiento penal “a menudo se equipara con la materialización de la obligación del Estado de proteger los derechos fundamentales”<sup>97</sup>, lo que ha generado una serie de problemáticas que repercuten en contra del derecho a administrar justicia reconocido a los pueblos indígenas.

#### 2.4. Conflictos de competencia entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena.

Luego de haber revisado los límites de la jurisdicción indígena, surge la siguiente pregunta: ¿Qué sucede cuando ellos son sobrepasados?

En Ecuador, la institución que tiene la facultad de conocer y decidir si, en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales de los pueblos indígenas, se ha incurrido en alguna violación de los límites establecidos constitucionalmente, es la Corte Constitucional.

En otras palabras, esta verifica, en casos concretos, la concordancia de los procedimientos o de las normas sustantivas utilizadas en la justicia indígena con los límites previstos en la Constitución. Sin embargo, como se verá, la Corte ha tenido una función bastante polémica en lo relacionado con la jurisdicción indígena y sus límites.

Por su parte, el **artículo 171** de la Constitución dispone que *la ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria*, pero esta ley aún no ha visto la luz<sup>98</sup>. Solo se han presentado distintos proyectos de ley, “algunos de los cuales incluyen restricciones inconstitucionales a la justicia indígena, especialmente en lo que hace relación a la exclusión de ciertas materias de su competencia”<sup>99</sup>.

Al respecto, Agustín Grijalva, Abogado y ex juez de la Corte Constitucional, estima que una ley sería un instrumento insuficiente y no indispensable para lograr esta coordinación. Insuficiente, porque la interacción entre la justicia indígena y la estatal desborda los aspectos procesales y la casuística que podría incluir una ley de coordinación; y no indispensable,

---

<sup>96</sup> Sebastián López y Silvana Tapia, “Colonialidades legales: la constitucionalización de la justicia indígena y la continuidad del discurso judicial hegemónico en Ecuador”, *Revista Derecho del Estado*, n°52 (2022): 302, <https://doi.org/10.18601/01229893.n52.10>

<sup>97</sup> López y Tapia, “Colonialidades legales”, 312.

<sup>98</sup> Ello según la información disponible en el “sistema de consultas” de la Asamblea Nacional del Ecuador, disponible en <https://leyes.asambleanacional.gob.ec/>

<sup>99</sup> Grijalva, “Del presente se inventa el futuro: justicias indígenas y Estado en Ecuador”, 67.

porque la coordinación puede ser desempeñada por otras vías, como ha sucedido en Colombia con el rol de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la actividad del Consejo de la Judicatura<sup>100</sup>.

En la misma línea, se teme que la inclusión de una ley que norme la cooperación y coordinación entre ambas justicias podría implicar una disminución de los márgenes de pluralismo jurídico, interculturalidad y plurinacionalidad ya reconocidos, para satisfacer la tendencia unificadora consustancial al Estado moderno<sup>101</sup>.

Por ello, debe haber claridad con respecto a que, mediante una ley, no podrían restringirse los derechos ya reconocidos en la Constitución, sobre todo considerando que dicha herramienta normativa no es imprescindible para materializar estos derechos, ya que la Constitución es una norma directamente aplicable, que no necesita de una ley complementaria que viabilice su ejercicio<sup>102</sup>.

Por su parte, Victoria Tauli, Relatora Especial de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas (2014-2020), constata en su informe del año 2019 la falta de avances en la coordinación y cooperación entre los sistemas de justicia ecuatorianos, cuestión que es muy relevante pues uno de sus objetivos es evitar que se originen dobles enjuiciamientos. Además, hace mención de la criminalización de las autoridades de la justicia indígena por el hecho de ejercer sus funciones, que en muchos casos son acusadas de secuestro, extorsión, daño a bien ajeno, plagio o usurpación de funciones públicas, lo que refleja la falta de comprensión por parte del sistema de justicia ordinaria sobre las prácticas y procesos legítimos del sistema de justicia indígena<sup>103</sup>.

En definitiva, más allá de una ley, lo que requiere la coordinación entre la justicia indígena y la estatal es el desarrollo de una institucionalidad intercultural, que permitirá establecer una cultura de diálogo y mutuo respeto en un plano de igualdad<sup>104</sup>, para lo cual también es necesario que tanto los operadores de justicia estatales como las autoridades indígenas entren en un proceso de mutuo conocimiento y reconocimiento.

---

<sup>100</sup> Grijalva, "Del presente se inventa el futuro: justicias indígenas y Estado en Ecuador", 67.

<sup>101</sup> Carrillo y Cruz, "Algunos límites a la justicia indígena en Ecuador", 178.

<sup>102</sup> Carrillo y Cruz, "Algunos límites a la justicia indígena en Ecuador", 178.

<sup>103</sup> Organización de las Naciones Unidas. *Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas*, A/HRC/42/37, (2019), <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g19/232/04/pdf/g1923204.pdf>.

<sup>104</sup> Grijalva, "Del presente se inventa el futuro: justicias indígenas y Estado en Ecuador", 68.

### 3. Control constitucional de la jurisdicción indígena.

#### 3.1. Acción Extraordinaria de Protección contra las decisiones de la justicia indígena.

En virtud del **artículo 171** de la Constitución, las decisiones que tomen las autoridades indígenas, en ejercicio de su función jurisdiccional, están sujetas al control de constitucionalidad, control que está a cargo de la Corte Constitucional, *máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia*<sup>105</sup>.

Actualmente, dicho control se ejerce a través de la acción extraordinaria de protección, que es desarrollada en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

En efecto, según lo dispone su **artículo 65**, *la persona que estuviere inconforme con la decisión de la autoridad indígena en ejercicio de funciones jurisdiccionales, por violar los derechos constitucionalmente garantizados o discriminar a la mujer por el hecho de ser mujer, podrá acudir a la Corte Constitucional y presentar la impugnación de esta decisión, en el término de veinte días de que la haya conocido.*

No obstante, es fundamental tener presente que, para ejercer este control son necesarios métodos de interpretación como el de interculturalidad de los hechos y del derecho, que permite hacer lecturas de los derechos humanos a la luz de los principios del derecho consuetudinario indígena. En otras palabras, la función de este control no es la de desvirtuar la autonomía que la propia Constitución reconoce y garantiza a la jurisdicción indígena.

En este sentido, el **artículo 66** de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional señala los principios y reglas que la Corte Constitucional deberá respetar, entre los cuales encontramos i) el de interculturalidad, según el cual, el procedimiento que se lleve a cabo en el marco de esta acción *garantizará la comprensión intercultural de los hechos y una interpretación intercultural de las normas aplicables a fin de evitar una interpretación etnocéntrica y monocultural*; ii) el de pluralismo jurídico, toda vez que *el Estado ecuatoriano reconoce, protege y garantiza la coexistencia y desarrollo de los sistemas normativos, usos y costumbres de los pueblos indígenas, de conformidad con el carácter plurinacional, pluriétnico y pluricultural del Estado*; iii) el de autonomía, en virtud del cual las autoridades indígenas *gozarán de un máximo de autonomía y un mínimo de restricciones en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, dentro de su ámbito territorial, de conformidad con su derecho indígena propio*; iv) y el de debido proceso, entendido interculturalmente, que implica *la observancia de las normas, usos y costumbres, y procedimientos que hacen parte del derecho propio de la nacionalidad, pueblo o comunidad indígena.*

---

<sup>105</sup> Artículo 429 de la Constitución de 2008.

Ahora, para finalizar, veremos un caso concreto en que se ejerció esta acción extraordinaria de protección, teniendo en cuenta que, si bien, y como se pudo observar en el apartado 1 de este trabajo, en Ecuador existe un amplio reconocimiento jurídico del derecho colectivo a la administración de justicia, y de otros derechos vinculados con éste, en favor de los pueblos indígenas, en la práctica el Estado no ha generado las políticas públicas necesarias para garantizar el ejercicio pleno de tales derechos, de manera tal que se han generado algunos precedentes constitucionales, judiciales y administrativos que limitan y obstaculizan su ejercicio.

### 3.2. Caso N°0731-10-EP: La Cocha 2.

#### a. Resumen de los hechos:

El domingo 9 de mayo del año 2010, en la parroquia Zumbahua, de población indígena kichwa, Cantón Pujilí, Provincia de Cotopaxi, se produjo la muerte de Marco Antonio Olivo Pallo, miembro de la comunidad indígena de La Cocha.

Los hechos ocurrieron mientras se realizaba un baile en la comunidad. Durante la fiesta se produjo una pelea, que terminó con la muerte de la víctima por heridas graves.

Por petición de los familiares de la víctima, de las autoridades de la comunidad de Guantapolo, y en base a los artículos 171 de la Constitución y 343 del Código Orgánico de la Función Judicial, las autoridades indígenas de la comunidad de La Cocha asumieron el juzgamiento del caso y se instalaron en Asamblea General.

Luego de la investigación, lograron establecer la culpabilidad de cinco jóvenes indígenas de la comunidad de Guantapolo, cuatro de ellos considerados coautores y uno identificado como autor material.

El 16 de mayo, la Asamblea General resolvió sancionar a los coautores de la muerte de Marco Olivo, conforme a la justicia indígena, con: i) baño de agua con ortiga durante 30 minutos; ii) cargada de tierra y piedras alrededor de la plaza pública desnudos; iii) expulsión de la comunidad durante 2 años, con la consecuente prohibición de participar en las fiestas y actividades sociales y culturales de la parroquia de Zumbahua por el mismo tiempo; y iv) pagar una indemnización de 5.000 dólares, dinero que sería entregado a la UNOCIC, organización indígena a la que pertenecen las autoridades de la comunidad, para la compra de equipos y materiales en beneficio de la colectividad.

Luego, el 23 de mayo, la Asamblea resolvió sancionar al autor material de la muerte de Marco Olivo, conforme a la justicia indígena, con: i) un "fuate"; ii) una vuelta a la plaza pública desnudo cargando un quintal de tierra; iii) el pedido de perdón público a los familiares

y a la Asamblea; iv) baño con agua con ortiga durante 40 minutos; v) “tenderse en la mitad de los palos” y en la presencia de toda la Asamblea, seguido de consejo por parte de los dirigentes; vi) trabajo comunitario por el tiempo de 5 años y vii) pagar una indemnización de 1.750 dólares a favor de la madre de la víctima.

Ante estos hechos, que llegaron a los medios de comunicación, la policía nacional entró por la fuerza a la comunidad indígena de La Cocha para “rescatar” a los culpables que habían sido “secuestrados”, y dado que había evidencia de que se había cometido un homicidio, ellos y las autoridades indígenas fueron arrestadas. Luego, la fiscalía inició una nueva investigación, a pesar de que el caso ya había sido juzgado y los responsables sancionados.

Ante esta situación, Víctor Olivo Pallo, hermano de la víctima y miembro de la comunidad de La Cocha, interpuso una acción extraordinaria de protección “en contra”<sup>106</sup> de las decisiones adoptadas por la justicia indígena el 16 y 23 de mayo de 2010 ante la Corte Constitucional, exigiendo su pronunciamiento sobre la aplicación de la justicia indígena y su alcance.

b. Sentencia de la Corte Constitucional: Sentencia N°113-14-SEP-CC.

La Corte estima que, tanto en el ejercicio de la administración de justicia indígena por parte de la Asamblea General Comunitaria de La Cocha, como por parte del Ministerio Público y la judicatura penal ordinaria, no se han vulnerado los derechos constitucionales.

Luego, señala que dicha Asamblea del pueblo kichwa Panzaleo es la autoridad de justicia indígena habilitada y competente para resolver los conflictos internos en los territorios de la comunidad.

Añade que la Asamblea, cuando se pronunció sobre la muerte de Marco Olivo, no resolvió respecto de la protección del bien jurídico “vida” como fin en sí mismo, sino en función de los efectos sociales y culturales que esa muerte provocó en la comunidad, estableciendo diversos niveles de responsabilidad que son distribuidos entre los directamente responsables y sus respectivas familias. Mientras que, el Ministerio Público y la justicia penal ordinaria actuaron bajo la obligación constitucional y legal de investigar y juzgar la responsabilidad individual de los implicados en la muerte, por lo que declara que no se ha configurado el *non bis in idem* o doble juzgamiento.

---

<sup>106</sup> Cabe señalar que, según lo dispuesto por la misma Corte en la página 10 párrafo primero de la sentencia en comento, en este caso **no** existe inconformidad por parte del accionante respecto a la resolución de justicia indígena, sino que su preocupación es por los procesos judiciales en la jurisdicción ordinaria y la supuesta falta de diligencia por parte de las autoridades indígenas para hacer eficaz su decisión y competencia. Por ello, se trataría, de una acción extraordinaria de protección relacionada directamente con la ejecución de las decisiones dictadas por la comunidad indígena.

Luego, de conformidad con los artículos 11 N°8 y 436 N°1 y 6 de la Constitución, la Corte establece reglas de aplicación obligatoria que las autoridades indígenas, administrativas y jurisdiccionales, así como los medios de comunicación<sup>107</sup>, observarán de manera obligatoria, a partir de la publicación de la sentencia.

En lo que atañe a este trabajo, cabe mencionar las siguientes reglas de aplicación establecidas por la Corte en este caso:

a) *La jurisdicción y competencia para conocer, resolver y sancionar los casos que atenten contra la vida de toda persona, es facultad exclusiva y excluyente del sistema de Derecho Penal Ordinario, aun en los casos en que los presuntos involucrados y los presuntos responsables sean ciudadanos pertenecientes a comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, así los hechos ocurran dentro de una comunidad, pueblo o nacionalidad indígena.*

*La administración de justicia indígena conserva su jurisdicción para conocer y dar solución a los conflictos internos que se producen entre sus miembros dentro de su ámbito territorial y que afecten sus valores comunitarios.*

b) *Las autoridades de la justicia penal ordinaria, en el procesamiento y resolución de casos penales que involucren a ciudadanos indígenas, aplicarán lo establecido en el Convenio 169 de la OIT.*

c. Voto salvado: juez Fabián Marcelo Jaramillo Villa.

En ejercicio de la facultad que le confiere el artículo 92 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y el artículo 27 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de la Corte Constitucional, el señor Fabián Jaramillo deja constancia de su opinión discrepante respecto de la decisión adoptada por la mayoría del Pleno de la Corte.

En lo que incumbe a este trabajo, primero declara que no ha habido vulneración al derecho constitucional a la seguridad jurídica en las decisiones de la justicia indígena adoptadas por la Asamblea General Comunitaria de La Cocha.

Luego, señala que, en el caso concreto, las autoridades indígenas de la comunidad actuaron en aplicación directa del artículo 171 de la Constitución, así como del artículo 343 del Código Orgánico de la Función Judicial.

Además, indica que se ha vulnerado el derecho constitucional de no revictimización<sup>108</sup> de Víctor Olivo y su familia.

---

<sup>107</sup> Por razones de espacio, no nos referiremos a este aspecto de la problemática.

<sup>108</sup> Artículo 78 de la Constitución de 2008.

Por último, dispone diversas medidas de reparación integral, dentro de las que se encuentra la siguiente: *Las autoridades judiciales ordinarias en cumplimiento de lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 171 de la Constitución deberán respetar las decisiones adoptadas por las autoridades de la comunidad indígena de La Cocha, quienes conocieron, investigaron, juzgaron y sancionaron la muerte de Marco Antonio Olivo Pallo en aplicación del derecho propio, por lo que les corresponde archivar los procesos correspondientes a fin de evitar un doble juzgamiento.*

d. Comentarios.

La sentencia estudiada es muy relevante, ya que, según lo dispone el **artículo 2 N°3**<sup>109</sup> de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, toda resolución emitida por la Corte es vinculante, de manera tal que, constituye el primer precedente que contempla un límite concreto a la competencia material de la jurisdicción indígena<sup>110</sup>.

Al respecto, Yumbay señala que, en virtud de esta sentencia, “los delitos que se encuentran tipificados en el Capítulo Segundo del Código Orgánico Integral Penal, como los delitos contra la inviolabilidad de la vida, no podrían ser resueltos por la justicia indígena”, ya que se les pasa a considerar como de competencia exclusiva de la jurisdicción ordinaria. Es más, en la práctica, se ha ido más lejos, pues las autoridades estatales se han atribuido la prerrogativa de establecer límites que exceden de los impuestos por la Corte, por ejemplo, ante casos de robo, violación, agresión, problemas de linderos de tierras, etc.<sup>111</sup>.

Se puede sostener que, en este caso, la Corte ha vulnerado los derechos constitucionales respectivos al restringir el derecho propio indígena y modificar la competencia y jurisdicción de las autoridades indígenas, reconocida por la Constitución. En efecto, Yumbay considera que con tal sentencia la Corte “afecta y cambia el contenido de la norma constitucional establecida en el artículo 171 al limitar las facultades jurisdiccionales desde una perspectiva eurocéntrica, segmentando el conflicto en materia penal”, siendo que “para el pueblo indígena, cualquier hecho que afecte la armonía y el equilibrio social es simplemente un “llaki-conflicto”, susceptible de ser resuelto por la jurisdicción indígena”<sup>112</sup>.

En la misma línea, Carpio considera que, al ser la división de la competencia material una concepción que proviene de la visión occidental del Derecho, imponerla a los sistemas de justicia indígena, en donde no existen jueces especializados, “resulta contraproducente y

---

<sup>109</sup> Artículo 2 N°3: *Obligatoriedad del precedente constitucional. - Los parámetros interpretativos de la Constitución fijados por la Corte Constitucional en los casos sometidos a su conocimiento tienen fuerza vinculante (...).*

<sup>110</sup> Carpio, “Pluralismo jurídico en el Ecuador”, 223.

<sup>111</sup> Yumbay, “La relación entre la justicia indígena y la justicia ordinaria en Ecuador”, 109.

<sup>112</sup> Yumbay, “La relación entre la justicia indígena y la justicia ordinaria en Ecuador”, 110.

refleja en cierta medida, que a pesar de los avances constitucionales respecto al pluralismo e interculturalidad jurídica, aún perdura la imposición de la perspectiva occidental por sobre la indígena”<sup>113</sup>.

En definitiva, tal como lo destacan los abogados Sebastián López y Silvana Tapia, la Corte Constitucional consideró que la justicia indígena es inadecuada e insuficiente para proteger la vida individual como inherentemente valiosa. Ello en el entendido de que la Corte “legitimó una imagen monolítica de la justicia, restringiendo la protección del derecho a la vida a los límites del derecho penal”, en otras palabras, reafirmó “al aparato penal como el único mecanismo legítimo para proteger la vida como bien jurídico, lo que a su vez subordina a la justicia indígena, restringiendo severamente su aplicabilidad”<sup>114</sup>.

Es más, sostienen que, “en el fondo, la justicia indígena fue interpretada por la Corte Constitucional como un obstáculo para la eficacia del sistema legal estatal que “verdaderamente” protege los derechos humanos”, y que “la Corte no solo consideró al ejercicio de las funciones jurisdiccionales indígenas como una justicia “inferior”, sino que, además, alejándose del propio mandato constitucional, la relegó como “inexistente”, al desconocer un proceso anterior”<sup>115</sup>.

Por otro lado, Yumbay<sup>116</sup> ha señalado que con esta sentencia se contravienen “los mecanismos de reforma constitucional<sup>117</sup>, el principio que garantiza que el contenido de los derechos debe desarrollarse de manera progresiva<sup>118</sup>, y que será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos<sup>119</sup>.

También, se ha dicho que la decisión de la Corte no genera ningún avance real en la cuestión del pluralismo jurídico, ya que en vez de buscar que se establezcan verdaderas pautas para fijar los mecanismos de cooperación entre ambas justicias, “lo único que se obtuvo es la fijación de un solo límite que no hace más que referirse al caso en concreto”<sup>120</sup>. Al respecto, surge la interrogante de si se tendrá que esperar a que se presenten ante la Corte causas vinculadas a todos los tipos penales para que, de manera discrecional, aquella reglamente las potestades de la jurisdicción indígena.

---

<sup>113</sup> Carpio, “Pluralismo jurídico en el Ecuador”, 226.

<sup>114</sup> López y Tapia, “Colonialidades legales”, 300.

<sup>115</sup> López y Tapia, “Colonialidades legales”, 324.

<sup>116</sup> Yumbay, “La relación entre la justicia indígena y la justicia ordinaria en Ecuador”, 110.

<sup>117</sup> Artículo 441 de la Constitución de 2008.

<sup>118</sup> Artículo 442 de la Constitución de 2008.

<sup>119</sup> Artículo 444 de la Constitución de 2008.

<sup>120</sup> Carpio, “Pluralismo jurídico en el Ecuador”, 224.

Por último, cabe tener presente que la Relatora Especial de la ONU<sup>121</sup> sobre los derechos de los pueblos indígenas considera en su informe del año 2019, a raíz de este caso, que ha habido un retroceso “en el adecuado reconocimiento del pluralismo jurídico, en la pasada década”, toda vez que “la actitud del Gobierno y del sistema de justicia ordinaria sigue siendo racista y discriminatoria”, pues estiman que “los sistemas de justicia indígena se consideran apropiados solo para tratar cuestiones domésticas y menores, mientras que solo la justicia ordinaria es competente en cuestiones penales graves”, perjuicios que la misma Relatora pudo constatar en ciertas reuniones con autoridades de la justicia estatal, “que parecían confundir la justicia indígena con casos de justicia por mano propia y linchamientos”.

En el mismo sentido, Yumbay estima que esta sentencia “denota una concepción discriminatoria y racista en la administración de justicia”, al “insinuar la falta de capacidad y conocimiento de los pueblos indígenas para resolver este tipo de conflictos”. En suma, coloca a la justicia indígena “en un lugar de subordinación y dependencia de la justicia ordinaria”, cuestión que “evidentemente vulnera la naturaleza jurídica y política del Estado constitucional, plurinacional e intercultural”<sup>122</sup>.

## **CAPÍTULO II. JURISDICCIÓN INDÍGENA EN LA REPÚBLICA DE CHILE.**

### **4. Marco normativo vigente.**

#### 4.1. Convenio N°169, de la OIT, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes.

En virtud de lo señalado en el Decreto N°236, que promulga el Convenio N°169, del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, aquel es aprobado por el Congreso Nacional el 9 de abril del año 2008 y entra en vigencia para nuestro país el 15 de septiembre del año 2009, pasando a formar parte de nuestro sistema jurídico.

Sin embargo, el proceso de tramitación para la ratificación de este Convenio se inició en 1990, como parte de uno de los compromisos adquiridos en 1989 en el denominado “Acuerdo de Nueva Imperial”<sup>123</sup>, celebrado entre organizaciones de los pueblos Mapuche, Aymara, Rapa Nui y el entonces candidato a la presidencia Patricio Aylwin<sup>124</sup>.

---

<sup>121</sup> Organización de las Naciones Unidas. *Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas acerca de su visita al Ecuador*, A/HRC/42/37/Add.1, (2019), <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g19/204/08/pdf/g1920408.pdf>.

<sup>122</sup> Yumbay, “La relación entre la justicia indígena y la justicia ordinaria en Ecuador”, 109 y 110.

<sup>123</sup> En el apartado correspondiente a la Ley N°19.253 (4.3.) nos referiremos con mayor profundidad a este acuerdo.

<sup>124</sup> Javier Aguas y Héctor Nahuelpan, “Los límites del reconocimiento indígena en Chile neoliberal. La implementación del Convenio 169 de la OIT desde la perspectiva de dirigentes Mapuche Williche”, *Revista CUHSO*, vol. 29 n°1 (2019): 109, doi: 10.7770/CUHSO-V29N1-ART1976

La ratificación de este instrumento internacional constituyó un avance sustantivo en el respeto y promoción de los derechos de los pueblos indígenas en Chile, a partir del cual estos son sujetos colectivos de derecho, "a quienes se les reconoce la titularidad de derechos y en consecuencia la facultad de reclamar como hasta entonces sólo ocurría respecto de individuos o de los propios Estados"<sup>125</sup>.

Además, cabe destacar que el Convenio contiene normas de derechos fundamentales y por ello, en virtud de lo señalado en el artículo 5 inciso 2 de la Constitución, los derechos que asegura constituyen un límite al ejercicio de la soberanía<sup>126</sup>.

Tal como se indicó en la letra b) del apartado 1.1. del capítulo I de este trabajo, debemos tener en especial consideración los artículos 8, 9 y 10 del Convenio N°169, que son las normas que este instrumento contiene en materia de jurisdicción.

Respecto a los artículos 9 y 10, se pronunció nuestro Tribunal Constitucional en sentencia Rol N°309 del año 2000, frente al requerimiento<sup>127</sup> formulado por diversos diputados para que dicho Tribunal resolviera la constitucionalidad del Convenio N°169, de acuerdo al artículo 82 N°2 de la Constitución.

Respecto al inciso primero del artículo 9<sup>128</sup> del Convenio, el Tribunal Constitucional señaló, en el considerando 52° de dicha sentencia, que "lo que el Convenio dispone es absoluta y nítidamente incompatible con el sistema procesal nacional", pues "nuestra Constitución es categórica en cuanto ordena que todos los conflictos que se promuevan dentro del territorio de la República, deberán someterse a la jurisdicción de los tribunales nacionales", perteneciendo "la facultad de conocer las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, a los tribunales establecidos por la ley".

No obstante, también indicó, en el considerando 53°, que "al ser (el inciso primero del art. 9) incompatible con el sistema constitucional chileno de solución de conflictos penales, no puede tener aplicación y, como su natural consecuencia, no permite ser tachado de inconstitucional, toda vez que dispone el tratado que la norma en análisis va a recibir aplicación solo en cuanto sea compatible con el sistema jurídico propio de cada Estado, lo que en el caso

---

<sup>125</sup> Jorge Contesse, ed., *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2010* (Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, 2010), 215.

<sup>126</sup> Meza-Lopehandía, "El Convenio N°169 sobre pueblos indígenas y tribales de la Organización Internacional del Trabajo", 343.

<sup>127</sup> Los requirentes no cuestionaron la constitucionalidad del artículo 8, sino que se dirigieron, entre otros, contra los artículos 9 y 10.

<sup>128</sup> El que dispone: *En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.*

de Chile, no ocurre”. En otras palabras, la norma en comento no sería inconstitucional y su plena vigencia estaría sujeta a la reforma del derecho interno<sup>129</sup>.

Luego, el Tribunal Constitucional consideró que el inciso segundo del artículo 9<sup>130</sup> del Convenio “no se encuentra en contradicción con la Constitución, toda vez que se limita a incorporar a la costumbre como antecedente que el juez podrá tomar en cuenta al aplicar la norma decisoria litis para resolver en la sentencia definitiva acerca de su responsabilidad y eventual sanción”<sup>131</sup>. Es decir, dicha norma “en la medida en que autoriza al juez para tomar en cuenta la costumbre, no contraviene la Constitución Política, toda vez que la jurisdicción que ejerce y que, para el caso concreto, se singulariza en su competencia específica, lo autoriza para ponderar todos los elementos de hecho y de derecho ventilados en el proceso, entre los cuales pueden encontrarse las costumbres de los pueblos indígenas, sin que ello violente, de manera alguna, la igualdad ante la ley, y menos, la igual protección de sus derechos ante la justicia que esta le brinda”<sup>132</sup>.

Por su parte, en relación con el artículo 10, el Tribunal Constitucional señaló que su inciso primero<sup>133</sup> confirma “los principios que inspiran el proceso penal (...) por lo cual no se divide, al reafirmar el Convenio este principio, violación alguna a la igualdad ante la ley”<sup>134</sup>. Es más, estima que “este mecanismo o recomendación ya se encuentra incorporado como ley interna por el artículo 54, de la Ley Indígena (...)”<sup>135</sup>. En otras palabras, el Convenio no lesionaría la normativa vigente, sino que se armonizaría con las actuales facultades judiciales de apreciar las circunstancias del caso para juzgar de manera correcta<sup>136</sup>.

Respecto al inciso segundo<sup>137</sup> del artículo 10, indicó que “debe entenderse dicha norma dentro de lo que estrictamente la Constitución y la ley ponen a la esfera de la competencia del juez”<sup>138</sup>.

Ahora, cabe destacar que, si bien el Tribunal Constitucional no encontró incompatibilidad entre estas normas del Convenio y nuestro ordenamiento jurídico, en lugar

---

<sup>129</sup> Salvador Millaleo, “Informe en Derecho: Derecho Consuetudinario indígena y Derecho Penal estatal en Chile: sentido y alcance del artículo 54 de la Ley indígena y el reconocimiento de la costumbre como eximente y atenuante, a la luz del Convenio 169 de la OIT y la Declaración Universal de Derechos de los Pueblos”, en *Aspectos culturales de la defensa de imputados indígenas* (Santiago: Defensoría Penal Pública, 2016), 31.

<sup>130</sup> *Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.*

<sup>131</sup> Tribunal Constitucional de Chile, *Sentencia Rol N° 309/2000*, considerando 54°, 16 de agosto de 2000.

<sup>132</sup> Tribunal Constitucional de Chile, *Sentencia Rol N° 309/2000*, considerando 56°.

<sup>133</sup> *Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales.*

<sup>134</sup> Tribunal Constitucional de Chile, *Sentencia Rol N° 309/2000*, considerando 57°.

<sup>135</sup> Tribunal Constitucional de Chile, *Sentencia Rol N° 309/2000*, considerando 59°.

<sup>136</sup> Millaleo, “Derecho Consuetudinario indígena y Derecho Penal estatal en Chile”, 31.

<sup>137</sup> *Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.*

<sup>138</sup> Tribunal Constitucional de Chile, *Sentencia Rol N° 309/2000*, considerando 60°.

de señalar cómo el Convenio puede tener aplicación, enumeró las obligaciones que no emanarían del Convenio, restándole su fuerza normativa<sup>139</sup>.

En la misma línea, se ha sostenido que, si bien la sentencia menciona los derechos fundamentales que pudieran considerarse agraviados (debido proceso, igual protección de la ley y juez natural), carece de una reflexión en torno al modo en que el reconocimiento de la jurisdicción indígena afectaría a los mismos, y tampoco considera los impactos que la negación del pluralismo jurídico puede tener en el ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas ni en el deber estatal constitucional contenido en el artículo 1° de la Constitución, referido a contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible<sup>140</sup>.

Por su parte, con respecto al artículo 8 del Convenio<sup>141</sup>, se ha sostenido que este establece dos vertientes de reconocimiento del derecho propio indígena<sup>142</sup>. La primera, está dirigida particularmente a los jueces, en tanto ordena que *al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario*. La segunda, se refiere al reconocimiento propiamente tal de la jurisdicción indígena, en tanto les reconoce a los pueblos indígenas *el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias*, cuestión que incluye el derecho a la justicia propia, y establece la necesidad de disponer de *procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir* al respecto.

Por último, es importante mencionar que la aplicación del Convenio N°169 “ha estado marcada por diversos obstáculos políticos, jurídicos, ideológicos y económicos, que han buscado el fracaso de esta normativa o su restricción”<sup>143</sup>, por lo que también “ha presentado dificultades de legitimación, porque los actores no expresan una evaluación positiva de su proceso de implementación”<sup>144</sup>.

---

<sup>139</sup> Nicolás Espejo, ed., *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2008* (Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, 2008), 372.

<sup>140</sup> Meza-Lopehandía, “El Convenio N°169 sobre pueblos indígenas y tribales de la OIT”, 423.

<sup>141</sup> Artículo 8: 1. *Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.*

2. *Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos (...).*

<sup>142</sup> Meza-Lopehandía, “El Convenio N°169 sobre pueblos indígenas y tribales de la OIT”, 418 y 420.

<sup>143</sup> Aguas y Nahuelpan, “Los límites del reconocimiento indígena en Chile neoliberal”, 125.

<sup>144</sup> Quilaleo, “La implementación del Convenio 169 de la OIT en Chile”, 141.

#### 4.2. Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas.

Al igual que Ecuador, Chile votó a favor de la adopción de esta Declaración, lo que para algunos constituye un mero gesto simbólico, pero para otros implica un estándar normativo dentro del sistema interamericano de Derechos Humanos, siendo por ello vinculante para Chile<sup>145</sup>.

También, se ha sostenido que este instrumento contiene normas generadoras de Derecho Internacional consuetudinario, cuestión relevante si se estima que existe, en palabras de Meza-Lopehandía, un consenso doctrinal en torno a la recepción automática de este Derecho en el Derecho chileno<sup>146</sup>.

Al respecto, el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, ha indicado que, pese a no tener “el carácter vinculante que posee un tratado, la Declaración se refiere a obligaciones preexistentes de los Estados en relación con los derechos humanos (...), por lo tanto puede considerarse que encarna en determinado grado los principios generales del derecho internacional”, y que, “en la medida en que tienen (dichos principios) conexión con una pauta de práctica internacional y estatal continuada, algunos aspectos de la Declaración también pueden considerarse que reflejan las normas del derecho internacional consuetudinario”<sup>147</sup>.

En la misma línea, se ha señalado que, si bien en sentido estricto “las declaraciones no son vinculantes para los Estados, la jurisprudencia internacional y la doctrina, están conteste en que ellas deben ser respetadas por los Estados, en cuanto reflejo de la costumbre internacional y, eventualmente, como normas interpretativas de tratados internacionales vigentes y ratificados”<sup>148</sup>. También, se ha sostenido que, pese a que esta Declaración forma parte de lo que se conoce como *soft law*, el artículo 35<sup>149</sup> del Convenio N°169 la haría aplicable mediante una “interpretación evolutiva” del mismo<sup>150</sup>.

Además, cabe mencionar que, según indica Anaya, se trata de un instrumento que “apunta a reparar las consecuencias actuales de la denegación histórica del derecho a la libre determinación y de otros derechos humanos fundamentales consagrados en instrumentos

---

<sup>145</sup> Millaleo, “Derecho Consuetudinario indígena y Derecho Penal estatal en Chile”, 34.

<sup>146</sup> Meza-Lopehandía, “El Convenio N°169 sobre pueblos indígenas y tribales de la OIT”, 341.

<sup>147</sup> Organización de las Naciones Unidas. *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, S. James Anaya, A/HRC/9/9, (2008), <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g08/149/43/pdf/g0814943.pdf>.

<sup>148</sup> Nicolás Espejo, ed., *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2007*, (Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, 2007), 391.

<sup>149</sup> *La aplicación de las disposiciones del presente Convenio no deberá menoscabar los derechos y las ventajas garantizados a los pueblos interesados en virtud de otros convenios y recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados, o leyes, laudos, costumbres o acuerdos nacionales.*

<sup>150</sup> Millaleo, “Derecho Consuetudinario indígena y Derecho Penal estatal en Chile”, 33.

internacionales de aplicación general”, por lo cual la Declaración “no se propone conferir a los pueblos indígenas una serie de derechos humanos especiales o nuevos, sino que ofrece una versión de los principios y las normas generales de derechos humanos contextualizada respecto de las circunstancias históricas, culturales y sociales de los pueblos indígenas”<sup>151</sup>.

Ahora, para efectos de este trabajo, cabe tener presente lo dispuesto en los artículos 5<sup>152</sup>, 34<sup>153</sup> y 40<sup>154</sup> de la Declaración, ya que reconocen, respectivamente, el derecho de los pueblos indígenas a conservar y reforzar sus propias instituciones jurídicas; a promover, desarrollar y mantener sus costumbres o sistemas jurídicos; y, dentro de su derecho de acceso a la justicia, la necesaria consideración de estos últimos.

Por último, es importante mencionar que, a juicio del profesor Salvador Millaleo, en virtud de este instrumento “queda claro que los pueblos indígenas tienen autodeterminación para conservar y reforzar su propio sistema de justicia, es decir, se les reconoce soberanía y por ende jurisdicción”, por lo que “pueden desarrollar sus propios “sistemas jurídicos”, y la justicia estatal “tiene la obligación de tomar debidamente en consideración el derecho consuetudinario de los indígenas”<sup>155</sup>.

#### 4.3. Ley N°19.253 o Ley Indígena.

Durante la década de los 80 los pueblos indígenas participaron, junto a otras organizaciones sociales y políticas, en un movimiento por la recuperación de la democracia, bajo el entendido de que ello era un requisito previo para luego lograr el reconocimiento de sus demandas como pueblos por parte del Estado. Así, las organizaciones representativas de dichos pueblos orientaron sus demandas y propuestas hacia la coalición de fuerzas

---

<sup>151</sup> ONU, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, 2008.

<sup>152</sup> *Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.*

<sup>153</sup> *Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.*

<sup>154</sup> *Los pueblos indígenas tienen derecho a procedimientos equitativos y justos para el arreglo de conflictos y controversias con los Estados u otras partes, y a una pronta decisión sobre esas controversias, así como a una reparación efectiva de toda lesión de sus derechos individuales y colectivos. En esas decisiones se tendrán debidamente en consideración las costumbres, las tradiciones, las normas y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas interesados y las normas internacionales de derechos humanos.*

<sup>155</sup> Millaleo, “Derecho Consuetudinario indígena y Derecho Penal estatal en Chile”, 34.

democráticas (Concertación de Partidos por la Democracia), que emergía como la alternativa política más probable para la conducción del Estado una vez terminada la dictadura militar<sup>156</sup>.

En ese contexto, parte importante del movimiento indígena suscribió el ya mencionado “Acuerdo de Nueva Imperial” con representantes de la Concertación, en virtud del cual los pueblos indígenas apoyaron a la coalición a cambio del compromiso de obtener su reconocimiento legal y constitucional como pueblos y el de sus derechos.

Luego, sobre la base de tal acuerdo, el gobierno del Presidente Aylwin remitió al Congreso Nacional tres iniciativas relacionadas con dicho reconocimiento<sup>157</sup>: i) un proyecto de reforma a la Constitución de 1980 relativo a los pueblos indígenas, correspondiente al Boletín N°513-07 de 7 de enero de 1991; ii) un proyecto de acuerdo para obtener la ratificación del Convenio N°169 de la OIT, correspondiente al Boletín N°233-10 de 8 de enero del mismo año; y iii) un proyecto de ley referido a los pueblos indígenas y sus derechos, correspondiente al Boletín N°514-01, basado en el anteproyecto elaborado por la Comisión Especial de Pueblos Indígenas (CEPI), entidad compuesta por representantes indígenas, elegidos por los diferentes pueblos del país, y por representantes gubernamentales.

De esta manera, el 15 de octubre de 1991 se somete a la consideración del Congreso Nacional un proyecto de ley relativo a la protección, fomento y desarrollo de los pueblos indígenas, con el que se inicia la tramitación para la posterior promulgación y publicación de la Ley N°19.253 en 1993.

Al respecto, es importante señalar que, para lograr su aprobación, dicho proyecto de ley tuvo que sufrir diversas modificaciones que debilitaron su contenido. En relación con el acceso y administración de justicia, el proyecto proponía en su Título Sexto, denominado “De la Justicia Indígena”, un procedimiento especial de resolución de las causas indígenas y el establecimiento de jueces de paz para la solución de conflictos menores entre indígenas, cuestiones que no fueron incluidas en la Ley N°19.253.

En virtud del **artículo 1 inciso segundo** de esta ley, *el Estado reconoce como principales pueblos o etnias indígenas de Chile a los Mapuche, Aimara, Rapa Nui o Pascuense, Atacameño, Quechua, Colla, Diaguita, Chango del norte del país, Kawashkar o Alacalufe, Yámana o Yagán de los canales australes y Selk’nam.*

Luego, en su **inciso tercero** contempla el deber de la sociedad y del Estado, a través de sus instituciones, de *respetar, proteger y promover el desarrollo de los indígenas, sus*

---

<sup>156</sup> José Aylwin y Nancy Yáñez, “Los derechos de los pueblos indígenas en Chile”, en *Los pueblos indígenas y el derecho*, coordinado por José Aylwin (Santiago: LOM Ediciones, 2013), 158 y 159.

<sup>157</sup> Aylwin y Yáñez, “Los derechos de los pueblos indígenas en Chile”, 160 y 161.

*culturas, familias y comunidades, adoptando las medidas adecuadas para tales fines y de proteger las tierras indígenas, velar por su adecuada explotación, por su equilibrio ecológico y propender a su ampliación.*

Ahora bien, cabe señalar que, en palabras de José Aylwin y Nancy Yáñez, esta “ley en general no reconoce derechos políticos especiales a los indígenas”, más bien, “el único derecho establecido en la ley que tiene tal naturaleza es el derecho propio o consuetudinario indígena”, que la misma “identifica vagamente como “costumbre” indígena al referirse a su aplicación ante la justicia”<sup>158</sup>.

Así, en su **artículo 54** dispone que *la costumbre hecha valer en juicio entre indígenas pertenecientes a una misma etnia, constituirá derecho, siempre que no sea incompatible con la Constitución Política de la República, y que en lo penal se la considerará cuando ello pudiere servir como antecedente para la aplicación de una eximente o atenuante de responsabilidad.*

De esta manera, mediante esta norma nuestro ordenamiento “reconoce que la costumbre indígena puede tener valor jurídico y que en materia penal puede servir como antecedente para la aplicación de una circunstancia eximente o atenuante de responsabilidad criminal”<sup>159</sup>. En otras palabras, dicho artículo es una “regla de derecho doméstico donde se reconoce la costumbre indígena en materia judicial”<sup>160</sup>.

Ante ello, algunos consideran que dicho reconocimiento es insuficiente, pues apuntaría solo a la costumbre y “no a sus instituciones y/o procedimientos, reduciendo el valor del derecho propio de los pueblos indígenas a las circunstancias personales del agente”<sup>161</sup>.

En la misma línea, se ha señalado que la Ley Indígena tiene rezagos muy evidentes en relación con el derecho existente en la materia en la mayor parte de Latinoamérica<sup>162</sup>. Además, existirían notorias brechas entre aquella ley y el derecho internacional aplicable a los pueblos indígenas, siendo la más grave la relativa a los derechos políticos y de participación de dichos pueblos, toda vez que, mientras la Ley N°19.253 no les reconoce esferas de autonomía, tanto el Convenio N°169 como la Declaración de las Naciones Unidas, ya estudiados, son claros en establecer ámbitos de autonomía y control de los pueblos indígenas con respecto a sus propios asuntos, tanto en materia de desarrollo<sup>163</sup>, como en materia de justicia e instituciones propias<sup>164</sup>.

---

<sup>158</sup> Aylwin y Yáñez, “Los derechos de los pueblos indígenas en Chile”, 164.

<sup>159</sup> Eduardo Mella-Seguel y Myrna Villegas, *Cuando la costumbre se vuelve ley. La cuestión penal y la pervivencia de los sistemas sancionatorios indígenas en Chile*. (Santiago: LOM Ediciones, 2017), 23.

<sup>160</sup> Millaleo, “Derecho Consuetudinario indígena y Derecho Penal estatal en Chile”, 35.

<sup>161</sup> Mella-Seguel y Villegas, *Cuando la costumbre se vuelve ley*, 23 y 24.

<sup>162</sup> Aylwin y Yáñez, “Los derechos de los pueblos indígenas en Chile”, 188.

<sup>163</sup> Artículos 7.1 del Convenio N°169 y 4 y 5 de la Declaración.

<sup>164</sup> Artículos 8, 9 y 10 del Convenio N°169 y 5 de la Declaración.

En definitiva, y según sostienen Aylwin y Yáñez, “no obstante los avances que esta legislación introdujo en relación con la legislación aplicable a los pueblos indígenas vigente a la época de su aprobación (...), existe hoy consenso entre analistas y los propios pueblos indígenas de que ella tiene serias deficiencias e insuficiencias”, pues “no reconoce adecuadamente los derechos de estos pueblos ni tampoco asegura su protección”<sup>165</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe destacar la opinión del profesor Salvador Millaleo en esta materia. A su juicio, “la relación armónica de la ley doméstica, reflejada en el artículo 54 de la Ley Indígena, y las normas internacionales que se superponen a ella (ya tratadas en los apartados 4.1 y 4.2 de este capítulo), permite una interpretación más amplia que aquella que se desprende exclusivamente de la norma del citado artículo 54”<sup>166</sup>.

De esta manera, Millaleo estima que “se requiere una interpretación sistémica, correspondiente al pluralismo jurídico-penal incipiente que nos ofrece la eficacia en nuestro ordenamiento”<sup>167</sup> del Convenio N°169 y de la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas.

En efecto, Millaleo señala que, en virtud de dicha interpretación sistémica, “el derecho consuetudinario indígena debe hacerse valer más allá de los casos en que los sujetos partes del proceso penal pertenezcan a un mismo pueblo o etnia”, y que su aplicación “no puede considerarse como una simple aplicación de reglas de mandato, sino como que lo que se plasma ese texto legal (el artículo 54) es un principio jurídico” que se debe aplicar utilizando los debidos juicios de ponderación frente al caso concreto, toda vez que se trataría de “un principio que encarna la realización de derechos fundamentales”<sup>168</sup>.

Por último, para finalizar con este apartado, cabe señalar que, en nuestro ordenamiento jurídico existe legislación sectorial referida a los recursos naturales y al medio ambiente, que tiene implicancias sobre los pueblos indígenas y sus territorios, pero esta no será abordada en este trabajo dado que escapa de su objetivo.

---

<sup>165</sup> Aylwin y Yáñez, “Los derechos de los pueblos indígenas en Chile”, 183.

<sup>166</sup> Millaleo, “Derecho Consuetudinario indígena y Derecho Penal estatal en Chile”, 37.

<sup>167</sup> Millaleo, “Derecho Consuetudinario indígena y Derecho Penal estatal en Chile”, 38 y 39.

<sup>168</sup> Millaleo, “Derecho Consuetudinario indígena y Derecho Penal estatal en Chile”, 39 y 42.

## 5. Propuestas normativas relacionadas con el reconocimiento de la jurisdicción indígena.

### 5.1. Proyectos de ley.

Luego de una investigación que se llevó a cabo mediante los sitios web oficiales de la Cámara de Diputados<sup>169</sup> y del Senado<sup>170</sup>, específicamente a través de la sección "actividad legislativa" y "trámite de proyectos" respectivamente, se pudo obtener información con respecto a los diversos proyectos de ley, presentados a partir del año 1991<sup>171</sup>, que tienen vinculación con los pueblos originarios de nuestro país.

Ahora, dado el objetivo de este trabajo, solo nos referiremos a los proyectos de ley que se relacionan con el reconocimiento constitucional y legal de los pueblos indígenas, de su derecho consuetudinario y de su jurisdicción. Sin embargo, por cuestiones de espacio, solo se abordará el contenido de los proyectos considerados más relevantes en la materia.

La siguiente tabla contiene dichos proyectos, con su número de boletín, su fecha de presentación y el estado actual de su tramitación. También, en los casos correspondientes, se incluye el número de la ley aprobada y su fecha de publicación en el Diario Oficial.

Boletín	Proyecto	Fecha	Estado	Ley	Fecha Publicación
N°513-07	Reforma constitucional relativa a los pueblos indígenas.	07/01/1991	Archivado		
N°514-01	Protección, fomento y desarrollo de los pueblos indígenas.	15/10/1991	Publicado	N°119.253	05/10/1993
N°2360-07	Reforma constitucional que reconoce la existencia de los pueblos indígenas y les otorga participación política en el Estado.	06/07/1999	Archivado		
N°3023-01	Establece normas sobre pueblos indígenas con el objeto de reconocer la existencia y atributos de la Etnia Diaguita y la calidad de indígena diaguita.	08/08/2002	Publicado	N°20.117	08/09/2006
N°4069-07	Establece una reforma constitucional sobre pueblos indígenas.	10/01/2006	Archivado		
N°4941-06	Modifica el artículo 1° de la ley N° 19.253, con el fin de incorporar a los Changos entre las principales	28/03/2007	Archivado		

<sup>169</sup> [https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/proyectos\\_ley.aspx](https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/proyectos_ley.aspx)

<sup>170</sup> <https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php>

<sup>171</sup> Se estudiaron los proyectos presentados desde el año 1991 ante el Congreso Nacional puesto que, para concretar la búsqueda de información, se filtró por "materia", esto es, por "pueblos indígenas", "pueblos originarios", "reconocimiento", "pluralismo", "plurinacionalidad", etc. y el proyecto más antiguo disponible en los sitios web mencionados corresponde a ese año.

	etnias indígenas reconocidas por el Estado.				
N°5324-07	Proyecto de reforma constitucional que reconoce el aporte de los pueblos originarios a la conformación de la nación chilena.	06/09/2007	Archivado		
N°5522-07	Reconoce a los pueblos indígenas de Chile.	23/11/2007	Archivado		
N°8438-07	Modifica la Constitución Política de la República, estableciendo normas sobre la participación y la representación política de los Pueblos Indígenas.	11/07/2012	En tramitación		
N°10281-07	Reconoce a los pueblos originarios y el carácter multicultural de la Nación chilena.	02/09/2015	En tramitación		
N°10936-04	Sobre protección del patrimonio cultural tangible o material de los pueblos y comunidades indígenas.	25/10/2016	En tramitación		
N°11352-17	Modifica la ley N°19.253, que Establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, para otorgar al pueblo pewenche el reconocimiento como etnia indígena principal de Chile.	01/08/2017	En tramitación		
N°11188-17	Modifica la ley N°19.253, que Establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, para reconocer al pueblo chango como etnia indígena de Chile.	06/04/2017	Publicado	N°21.273	17/10/2020
N°11289-07	Modifica la Constitución Política de la República, con el objeto de reconocer a los pueblos originarios y garantizarles cargos de diputados y senadores.	21/06/2017	En tramitación		
N°11335-17	Modifica la ley N°19.253, que Establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, para otorgar al pueblo chango el	20/07/2017	Publicado	N°21.273	17/10/2020

	reconocimiento como etnia indígena de Chile.				
N°11873-07	Reconoce la plurinacionalidad y los derechos de los pueblos indígenas.	04/07/2018	En tramitación		
N°11939-07	Modifica la Carta Fundamental para consagrar el reconocimiento de los pueblos indígenas, su cultura y tradiciones, y garantizar su participación y representación política.	19/07/2018	En tramitación		
N°12406-17	Modifica la ley N° 19.253, que Establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, para reconocer a los huiliches como etnia indígena.	23/01/2019	En tramitación		
N°12862-17	Incorpora al pueblo Selk'nam entre las principales etnias indígenas reconocidas por el Estado.	06/08/2019	Publicado	N°21.606	19/10/2023
N°12616-07	Proyecto de reforma constitucional sobre reconocimiento de los pueblos originarios.	08/05/2019	En tramitación		
N°13189-06	Proyecto de ley que incluye al pueblo selknam en la lista de pueblos originarios de la ley N° 19.253.	13/01/2020	En tramitación		
N°13262-07	Modifica la Carta Fundamental en materia de bases de la institucionalidad, reconocimiento de los pueblos originarios, derechos fundamentales, conformación y atribuciones del Tribunal Constitucional y libre competencia.	31/01/2020	En tramitación		
N°13620-06	Proyecto de ley que otorga al Pueblo Huilliche reconocimiento como etnia indígena de Chile.	30/06/2020	En tramitación		
N°13715-17	Modifica el Código Penal y el Código Procesal Penal, para reconocer derechos penales y procesales, en favor de las personas pertenecientes a los pueblos indígenas.	14/08/2020	En tramitación		
N°15476-07	Modifica la Carta Fundamental, con el objeto de preservar la	26/10/2022	En tramitación		

	existencia y reconocimiento de los Pueblos Originarios.				
N°15467-07	Modifica la Carta Fundamental, con el objeto de reconocer a los pueblos originarios.	26/10/2022	En tramitación		
N°15508-07	Modifica la Carta Fundamental, con el objeto de conferir reconocimiento constitucional a los pueblos indígenas.	22/11/2022	En tramitación		
N°15618-17	Modifica la ley N°19.253, que Establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, con el fin de incorporar al pueblo Huilliche entre las etnias indígenas reconocidas por el Estado.	21/12/2022	En tramitación		
N°16066-06	Modifica la ley N° 19.253, que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, con el objeto de incorporar al pueblo Huilliche entre las etnias indígenas reconocidas por el Estado.	05/07/2023	En tramitación		
N°16164-17	Modifica la ley N°19.253, que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, para reconocer a la etnia huilliche chilote y promover la protección de su hábitat.	02/08/2023	En tramitación		
N°16172-17	Modifica la ley N°19.253, que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, para restringir las causales de reconocimiento de la calidad de indígena.	03/08/2023	En tramitación		
N°16865-17	Modifica la ley N°19.253 para incorporar al pueblo Huilliche o Veliche entre las principales etnias indígenas reconocidas por el Estado.	16/05/2024	En tramitación		

De la tabla se puede apreciar que son solo cinco los proyectos que se convirtieron en ley de la República, seis los que se encuentran archivados y veintiuno los proyectos cuya tramitación está en curso, principalmente en el primer trámite constitucional. Con respecto a estos últimos, y siempre teniendo en cuenta el objetivo de este trabajo, nos referiremos al contenido de los boletines número 5324-07, 5522-07, 8438-07, 10281-07, 11289-07, 11873-07, 11939-07, 12616-07, 13262-07, 15476-07, 15467-07 y 15508-07.

En primer lugar, el boletín N°5324-07<sup>172</sup> contempla la modificación del artículo 2 de la Constitución, introduciendo los siguientes incisos primero y segundo:

*La Nación chilena, **una e indivisible, reconoce y valora la contribución** de los pueblos indígenas originarios, definidos como grupos de culturas anteriores a la organización del Estado y a la conformación del pueblo chileno.*

*Es deber del Estado **respetar la identidad, cultura y tradiciones** de sus raíces ancestrales.*

En segundo lugar, el boletín N°5522-07<sup>173</sup> agrega un inciso cuarto al artículo 3 de la Constitución, según el cual:

*La nación chilena es **multicultural**. El Estado **reconoce la existencia** de los pueblos indígenas que habitan su territorio y el **derecho** de los pueblos, comunidades y personas indígenas a **conservar, desarrollar y fortalecer su identidad, idiomas, instituciones y tradiciones** sociales y culturales.*

En tercer lugar, el boletín N°8438-07<sup>174</sup> reemplaza el artículo 4 de la Constitución por el siguiente:

*El Estado **reconoce la existencia** de los Pueblos Indígenas, descendientes y continuadores históricos de las sociedades prehispánicas que se desarrollaron en el territorio sobre el que actualmente ejerce soberanía.*

*Es deber del Estado **garantizar la preservación** de la **diversidad étnico cultural** de la nación, el **ejercicio** de la **cultura** y la **identidad** de los Pueblos Indígenas, con pleno **respeto** de la **autonomía** de sus miembros.*

*El Estado reconoce y garantiza el ejercicio de los **derechos colectivos** de los Pueblos Indígenas, su representación política y su participación efectiva en las decisiones que los distintos órganos de la Administración adopten referidos a sus derechos colectivos.*

---

<sup>172</sup> Presentado por los parlamentarios Andrés Allamand, Carlos Cantero, Alberto Espina, José García y Sergio Romero.

<sup>173</sup> Presentado por la presidenta Michelle Bachelet.

<sup>174</sup> Presentado por los parlamentarios Gonzalo Arenas, Pepe Auth, Fuad Chahin, Alonso De Urresti, Enrique Jaramillo, Fernando Meza, Cristián Monckeberg, Guillermo Teillier, Joaquín Tuma y Orlando Vargas.

En cuarto lugar, el boletín N°10281-07<sup>175</sup> agrega los siguientes incisos sexto, séptimo y octavo al artículo 1 de la Constitución:

*El Estado **valora** la **multiculturalidad** que configura la esencia y las raíces de la Nación chilena, y **reconoce** en esa diversidad la **existencia** de pueblos originarios, como el Mapuche, Aimara, Rapa Nui o Pascuenses, las comunidades Atacameñas, Quechuas, Collas y Diaguita del norte del país, las comunidades Kawashkar o Alacalufe y Yámana o Yagán de los canales australes.*

*El Estado deberá **respetar, rescatar y preservar** el acervo cultural de las comunidades indígenas, **su cosmovisión o costumbres ancestrales**, y garantizar sus derechos territoriales.*

*Una ley de quórum calificado establecerá un estatuto que regule este deber del Estado, que esta Constitución reconoce como derecho a los pueblos indígenas.*

En quinto lugar, el boletín N°11289-07<sup>176</sup> agrega el siguiente artículo 3 bis en la Constitución:

*La nación chilena es **multicultural**. El Estado **reconoce** la **preexistencia** étnica y cultural de los pueblos indígenas que habitan su territorio y el **derecho** de los pueblos, comunidades y personas indígenas a **conservar, desarrollar y fortalecer su** identidad, idiomas, **instituciones y tradiciones culturales**. Los órganos del Estado deberán garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación intercultural. La ley deberá proteger las tierras y derechos de aguas de las personas y comunidades indígenas.*

En sexto lugar, el boletín N°11873-07<sup>177</sup> agrega al artículo 4° de la Constitución el siguiente texto:

*El Estado de Chile es plurilingüe y **plurinacional**, en virtud de la existencia de los Pueblos Indígenas que habitaban su territorio, anterior a la formación del Estado o de la determinación de sus fronteras actuales, y que, cualquiera que sea su situación, conservan todo o parte de sus **propias instituciones** sociales, económicas, culturales y políticas.*

*El país **reconoce** y **valora** el **aporte** que los Pueblos Indígenas han hecho a la vida común y comparte sus valores de reciprocidad, honestidad, complementariedad, equilibrio con la naturaleza y en la vida social, cooperación, respeto por los bienes comunes, cuidado de la*

---

<sup>175</sup> Presentado por los parlamentarios Fuad Chahin, René García, Fernando Meza, Sergio Ojeda, Diego Paulsen, Yasna Provoste, René Saffirio, Joaquín Tuma y Mario Venegas.

<sup>176</sup> Presentado por los parlamentarios Alfonso De Urresti, Adriana Muñoz, Alejandro Navarro, Jaime Quintana y Rabindranath Quinteros.

<sup>177</sup> Presentado por los parlamentarios Alfonso De Urresti, Francisco Huenchumilla, Juan Latorre, Yasna Provoste y Jaime Quintana.

*diversidad de la vida, respeto y desarrollo de la autonomía colectiva como componentes esenciales del Bien Común.*

*El Estado reconocerá las deudas históricas con los Pueblos Indígenas producto del colonialismo, de la forma en que se produjo su incorporación al país, de su asimilación cultural, procurando eliminar y reparar todas las formas de racismo y discriminación contra ellos, garantizando su igual goce de los derechos humanos comunes, así como de los **derechos indígenas individuales y colectivos**. El Estado respetará las diversas identidades culturales indígenas, a la vez que **protegerá** sus territorios, **instituciones propias** e impulsará su plena inclusión en la vida social, económica, cultural y política del país, promoviendo **relaciones de interculturalidad equitativa** entre estos pueblos, todas las instituciones estatales y la sociedad en su conjunto.*

*Las lenguas indígenas serán idiomas oficiales del Estado de Chile. Los emblemas y símbolos de los Pueblos Indígenas serán protegidos por la ley.*

Luego, reemplaza el inciso primero del artículo 5 de la Constitución por el siguiente:

*La **soberanía reside en la Nación chilena y en los diversos Pueblos Indígenas** que habitan el país. Su ejercicio se realiza por los ciudadanos a través de las elecciones periódicas y los plebiscitos que esta Constitución y las leyes establecen, así como por los órganos y autoridades públicas en el desempeño de sus cargos. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio.*

También agrega el siguiente artículo 19 bis a la Constitución:

*“A los Pueblos Indígenas se les reconoce y garantiza los siguientes **derechos fundamentales**:*

*1. A la **libre determinación para resolver los asuntos de su vida colectiva**, determinar su condición política y perseguir libremente su desarrollo económico, social y cultural. Este derecho se reconoce y protege dentro del marco jurídico y político común del país que establece esta Constitución.*

*2. A la autonomía colectiva en cuestiones internas a ellos para determinar sus miembros y formas de pertenencia; decidir sus formas internas de gobierno, convivencia, organización y formas de vida social, económica, política y cultural; (...) **construir y modificar sistemas normativos propios**; (...).*

*5. A **crear, determinar, modificar y aplicar su derecho propio, en forma consuetudinaria o por decisiones de sus autoridades legítimas respectivas**. Los valores, principios y reglas del derecho indígena se aplicarán respetando los derechos humanos y fundamentales reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales, firmados y ratificados por*

Chile y que se encuentren vigentes, especialmente de las mujeres, niños y niñas indígenas, así como el orden público, las necesidades de la salud pública y la seguridad del Estado.

Una ley establecerá una **jurisdicción indígena, en materia civil y penal**, determinará sus alcances y los límites de competencia, las formas de reconocimiento de las entidades que la ejercerán, los principios comunes de sus procedimientos, así como su relación con los tribunales ordinarios de justicia y con los principios y reglas del derecho estatal, quedando siempre sometida a la superintendencia de la Corte Suprema de Justicia y al control de la justicia constitucional.

El Estado chileno, atendiendo a sus posibilidades de aplicación actual, reconocerá, observará y aplicará los tratados, acuerdos y otros arreglos concertados por él, y sus antecesores, con los Pueblos Indígenas en conformidad con su verdadero espíritu y de buena fe (...).

Por último, agrega el siguiente artículo 19 ter a la Constitución:

Los derechos reconocidos y garantizados en el artículo anterior serán aplicados tomando en consideración la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de la Organización de las Naciones Unidas y la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de la Organización de Estados Americanos.

Ninguno de aquellos derechos podrá ejercerse o interpretarse en el sentido de amenazar total o parcialmente la unidad política, la integridad territorial del Estado o igual goce de los derechos humanos por sus miembros y por los demás ciudadanos. Asimismo, los derechos colectivos de los Pueblos indígenas no podrán entenderse nunca en el sentido de restringir los derechos humanos y fundamentales individuales de sus miembros.

La implementación de los derechos humanos fundamentales individuales de los indígenas, en especial los derechos sociales, económicos y culturales, deberá considerar las identidades y prácticas culturales propias de los Pueblos Indígenas. Las identidades culturales propias serán consideradas para garantizar la igualdad de género de las mujeres indígenas y determinar el interés superior de los niños y niñas indígenas.

En séptimo lugar, el boletín N°11939-07<sup>178</sup> modifica el artículo 1 de la Constitución, introduciendo los siguientes incisos cuarto y quinto, pasando el actual inciso cuarto a ser sexto:

El Estado de Chile **reconoce la pre-existencia** de los pueblos indígenas que habitan su territorio, la **plurinacionalidad** y **multiculturalidad** de la República, así como sus **derechos individuales y colectivos**, tales como, el derecho de los pueblos indígenas a

---

<sup>178</sup> Presentado por los parlamentarios René Alindo, Miguel Crispi, Fidel Espinoza, Hugo Gutiérrez, Marcos Ilabaca, Manuel Monsalve, Emilia Nuyado, Daniel Núñez, Alexis Sepúlveda y Víctor Torres.

conservar, fortalecer y desarrollar su historia, identidad, cultura, idiomas, **instituciones y tradiciones propias**. Es deber del Estado garantizar el ejercicio de este derecho y la preservación de su diversidad cultural. Los pueblos indígenas son los descendientes de las sociedades pre-coloniales, que habitan este territorio desde antes de la formación del Estado chileno, que conservan sus propias manifestaciones culturales y sus instituciones sociales y políticas.

El Estado reconoce, respeta y garantiza el **derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas**, en concordancia y armonía con los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Además, reemplaza el artículo 4 de la Constitución por el siguiente:

Chile es una **comunidad de naciones**, compuesta por la nación chilena y las naciones originarias, que se organizan en un **Estado plurinacional, democrático y participativo**.

En octavo lugar, el boletín N°12616-07<sup>179</sup> modifica el artículo 2 de la Constitución, introduciendo los siguientes incisos primero y segundo, pasando el actual a ser el inciso tercero:

La Nación chilena, como tal, **reconoce y valora la contribución** de los pueblos indígenas originarios tanto a la organización del Estado como a la conformación del pueblo chileno.

Es deber del Estado **respetar la identidad, cultura y tradiciones** de sus raíces ancestrales, no pudiendo establecerse discriminaciones arbitrarias, que se fundamenten en el origen étnico o racial de las personas.

En noveno lugar, el boletín N°13262-07<sup>180</sup> reemplaza el artículo 1° de la Constitución por uno nuevo que, en lo pertinente, dispone:

(...) La Constitución deberá **reconocer** a los pueblos originarios como parte integrante de la nación chilena y asumir la obligación de **respetar y promover** su cultura, identidad, lengua y **tradiciones ancestrales**. De igual forma será obligación del Estado impulsar acciones públicas que faciliten el desarrollo de tales pueblos, su participación política y su acceso a las condiciones de vida que prevalecen en el país (...).

En décimo lugar, el boletín N°15476-07<sup>181</sup> reemplaza el artículo 4 de la Constitución por uno del siguiente tenor:

---

<sup>179</sup> Presentado por los parlamentarios Carmen Aravena, Carlos Bianchi, Francisco Chahuán y Ximena Rincón.

<sup>180</sup> Presentado por los parlamentarios Sofía Cid, Catalina Del Real, Camila Flores, Harry Jürgensen, Miguel Mellado, Luis Pardo, Diego Paulsen, Leonidas Romero, Diego Schalper y Cristóbal Urruticoechea.

<sup>181</sup> Presentado por los parlamentarios José Durana, Alejandro Kusanovic y David Sandoval.

*El Estado de Chile es **unitario**. La nación chilena está construida sobre la base del **respeto** de la **diversidad** y **multiculturalidad** de sus integrantes. Es deber del Estado de Chile **preservar la existencia** y **reconocimiento** de los pueblos originarios que habitan en su territorio, garantizando el pleno ejercicio de sus **usos y costumbres**, los cuales forman parte de la nación chilena y constituyen patrimonio intangible de Chile.*

*La ley garantizará la participación política y plena integración de los ciudadanos y ciudadanas, integrantes de los pueblos originarios, en igualdad de condiciones, con el resto de los miembros e integrantes de la nación chilena, con pleno respeto a su **multiculturalidad**.*

En décimo primer lugar, el boletín N°15467-07<sup>182</sup> reemplaza el artículo 4 de la Constitución por uno que señala:

*Chile es una república democrática. El Estado de Chile es **unitario, multicultural, intercultural** y descentralizado. El Estado **reconoce la existencia** de los pueblos indígenas que habitan el territorio nacional y los derechos que les son inherentes como tal, de acuerdo con los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Asimismo, se garantiza el derecho a la **autonomía** en materias relacionadas con sus **asuntos internos y locales**.*

Por último, el boletín N°15508-07<sup>183</sup> agrega a la Constitución un artículo 2 bis, que indica:

*El Estado **reconoce y valora la existencia** de los pueblos indígenas que habitaban el territorio de Chile antes de su independencia, y al mismo tiempo, se compromete a **promover la interculturalidad y multiculturalidad** como elementos propios de la Nación chilena.*

*La ley regulará la forma de participación y representación política y social de estos pueblos indígenas en las distintas entidades que corresponda, dentro de la unidad nacional que conforma el Estado de Chile.*

Como se puede observar, a partir de todos estos proyectos, una de las principales demandas de los pueblos indígenas, y que data del “Acuerdo de Nueva Imperial”, es su reconocimiento constitucional. Si bien su existencia legal está actualmente circunscrita a la Ley Indígena, esta no satisface en plenitud la aspiración de dichos pueblos de formar parte de las bases de la institucionalidad chilena<sup>184</sup>.

Por ello, se han presentado múltiples proyectos, pero “a pesar de que pareciera existir una tendencia favorable en la opinión pública y en los miembros del Congreso Nacional

---

<sup>182</sup> Presentado por los parlamentarios Pedro Araya, Iván Flores, Javier Macaya, Ximena Rincón y Matías Walker.

<sup>183</sup> Presentado por los parlamentarios Carmen Aravena, Rodrigo Galilea, Sebastián Keitel y Kenneth Pugh.

<sup>184</sup> Nicolás Espejo, *Informe anual 2008*, 366.

respecto al reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas, aún persisten voces, sobre todo en sectores de la derecha, que temen al reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos y ponen énfasis en el carácter unitario del Estado nación, negándose a reconocer la pluralidad y diversidad de la sociedad chilena”<sup>185</sup>. En concordancia, encontramos la opinión del historiador Sergio Villalobos, Premio Nacional de Historia en 1992, reacio a la idea de reconocer al pueblo mapuche en la Constitución, pues entiende que “ya no son propiamente indígenas, sino que son mestizos chilenos, igual que todos los chilenos”<sup>186</sup>.

## 5.2. Propuesta Nueva Constitución, de la Convención Constitucional.

En octubre del año 2019 ocurrió en nuestro país un fenómeno social, conocido como el “estallido social”, que tuvo entre sus consecuencias el pacto político denominado “Acuerdo por la Paz Social y la Nueva Constitución” que fue firmado el 15 de noviembre del mismo año, en virtud del cual se estableció la realización de un plebiscito para que la ciudadanía decidiese si quería que se redactase una nueva Constitución y eligiera el tipo de órgano que lo haría. Las alternativas eran una Convención Constitucional totalmente electa o una Convención Constitucional Mixta que incluía representantes electos y representantes del Congreso<sup>187</sup>.

Dicho plebiscito se llevó a cabo el 25 de octubre del año 2020, cuyos resultados mostraron que la opción “apruebo” se impuso con el 78,27% de los votos, y con respecto al órgano redactor, el 78,99% de los votantes optó por una Convención Constituyente<sup>188</sup>.

Así, las elecciones de las 155 personas que conformarían dicha Convención se realizaron el 15 y 16 de mayo del año 2021. Cabe destacar que en estas elecciones se incluyó, por primera vez en la historia, paridad entre hombres y mujeres y escaños reservados para los pueblos indígenas.

En efecto, la Ley N°21.298 de Reforma Constitucional reservó diecisiete escaños para representantes de los pueblos reconocidos en ese entonces, cuya distribución fue de dos para el Aymara, siete para el Mapuche y uno para el Rapa Nui, el Quechua, el Lickanantay o Atacameño, el Diaguita, el Colla, el Chango, el Kawesqar y el Yagán o Yámana.

---

<sup>185</sup> Antonia Rivas, “Derechos humanos de los pueblos indígenas en Chile”, en *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2020*, ed. Lidia Casas B. y Judith Schönsteiner (Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, 2020), 249.

<sup>186</sup> Sergio Villalobos en “Es absurdo reconocer a los mapuche porque son chilenos igual que todos”, *Cooperativa*, 19 de agosto de 2012, <https://www.cooperativa.cl/noticias/pais/pueblos-origenarios/sergio-villalobos-es-absurdo-reconocer-a-los-mapuche-porque-son/2012-08-19/182443.html>.

<sup>187</sup> Rivas, “Derechos humanos de los pueblos indígenas en Chile”, 249.

<sup>188</sup> Datos obtenidos del sitio web oficial de la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile: <https://www.bcn.cl/portal/noticias?id=resultados-plebiscito-2020>.

El 5 de julio de 2021 se llevó a cabo la primera sesión de la Convención Constitucional, tras su instalación el día anterior, donde se eligió como presidenta de la misma a Elisa Loncon Antileo, representante del pueblo Mapuche.

Luego de un año de trabajo, dicho órgano entregó, el 4 de julio del año 2022, la propuesta constitucional al Presidente de la República, don Gabriel Boric Font.

A continuación, nos referiremos a los artículos de la propuesta que se vinculan con la materia tratada en este trabajo. Cabe destacar los artículos 5, 34, 65, 190, 307, 309, 322 y 329, especialmente estos últimos cuatro.

En primer lugar, en virtud del artículo 5:

*Chile **reconoce la coexistencia** de diversos pueblos y naciones en el marco de la **unidad del Estado**.*

*Luego, establece que son pueblos y naciones indígenas preexistentes los Mapuche, Aymara, Rapanui, Lickanantay, Quechua, Colla, Diaguita, Chango, Kawésqar, Yagán, Selk'nam y otros que puedan ser reconocidos en la forma que establezca la ley.*

Por último, contempla el deber del Estado de *respetar, promover, proteger y garantizar el ejercicio de la **libre determinación**, los **derechos colectivos e individuales** de los cuales son titulares dichos pueblos y naciones y su efectiva participación en el ejercicio y distribución del poder (...).*

En segundo lugar, el artículo 34 dispone que, en virtud de su libre determinación, los pueblos originarios:

*Tienen derecho al pleno ejercicio de sus derechos colectivos e individuales, y que en especial, tienen derecho a la autonomía; al autogobierno; a su propia cultura; a la identidad y cosmovisión; al patrimonio; a la lengua; al reconocimiento y protección de sus tierras, territorios y recursos, (...) **al reconocimiento de sus instituciones, jurisdicciones y autoridades, propias o tradicionales**; y a participar plenamente, si así lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.*

En tercer lugar, el artículo 65 refuerza lo anterior, al señalar que los pueblos indígenas:

*Tienen derecho a la identidad e integridad cultural y al **reconocimiento y respeto** de sus cosmovisiones, formas de vida e **instituciones propias**.*

En cuarto lugar, el artículo 190 prescribe que:

*Las entidades territoriales y sus órganos deben actuar coordinadamente en cumplimiento de los **principios de plurinacionalidad e interculturalidad**; respetar y proteger las diversas formas de concebir y organizar el mundo, de relacionarse con la naturaleza; y*

garantizar los derechos de autodeterminación y de autonomía de los pueblos y naciones indígenas.

En quinto lugar, cabe destacar el artículo 307, que luego de indicar qué es la jurisdicción, establece que esta se ejerce:

*Exclusivamente por los tribunales de justicia y **las autoridades de los pueblos y naciones indígenas** reconocidos por la Constitución o las leyes dictadas conforme a ella (...).*

En sexto lugar, el artículo 309, en concordancia con lo establecido por el artículo 307, preceptúa que:

*El Estado **reconoce los sistemas jurídicos de los pueblos y naciones indígenas**, los que en virtud de su derecho a la libre determinación **coexisten** coordinados en un **plano de igualdad con el Sistema Nacional de Justicia**.*

Además, prescribe como límites el respeto de *los derechos fundamentales que establecen esta Constitución y los tratados e instrumentos internacionales sobre derechos humanos de los que Chile es parte.*

Por último, ordena que *la ley determinará los **mecanismos de coordinación, de cooperación y de resolución de conflictos de competencia** entre los sistemas jurídicos indígenas y las entidades estatales.*

En séptimo lugar, cabe destacar el artículo 322, en virtud del cual:

*La función jurisdiccional se define en su estructura, integración y procedimientos conforme a los principios de **plurinacionalidad, pluralismo jurídico e interculturalidad**.*

Además, indica que *cuando se trate de personas indígenas, los tribunales y sus funcionarios deberán adoptar una **perspectiva intercultural** en el tratamiento y resolución de las materias de su competencia, tomando debidamente en consideración las **costumbres, las tradiciones, los protocolos** y los **sistemas normativos** de los pueblos indígenas, conforme a los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos de los que Chile es parte.*

Por último, es importante señalar que en virtud del artículo 329, sería la Corte Suprema la que conocería y resolvería las **impugnaciones deducidas en contra de las decisiones de la jurisdicción indígena**, asistida por expertos en su cultura y derecho propio.

Como se puede apreciar, en consonancia con el modelo de Estado plurinacional, la propuesta consagra la potestad de las autoridades de los pueblos indígenas para ejercer jurisdicción. Al respecto, se ha sostenido que el texto contempla un tipo de pluralismo jurídico

fuerte o de alto alcance, que se refleja en el derecho de dichos pueblos a dotarse de sus propias autoridades, de su propio derecho y de tener justicia propia<sup>189</sup>.

Ahora bien, el 4 de septiembre de 2022 la ciudadanía manifestó su rechazo al texto propuesto por la Convención Constitucional, con el 61,86% de los votos.

### 5.3. Propuesta de Constitución Política de la República de Chile, del Consejo Constitucional.

El 12 de diciembre de 2022 algunos partidos políticos suscribieron el “Acuerdo por Chile”, acordando la realización de un nuevo proceso constituyente, el cual contaría con 3 órganos encargados de llevarlo a cabo, el Consejo Constitucional, la Comisión Experta y el Comité Técnico de Admisibilidad.

La Comisión Experta estuvo integrada por 24 personas, 12 elegidas por la Cámara de Diputados y 12 por el Senado, y su tarea fue la redacción de un anteproyecto que serviría de base para la discusión y redacción del nuevo texto constitucional. La Comisión se instaló el 6 de marzo de 2023 y concluyó su trabajo el 6 de junio del mismo año. Dicho anteproyecto estuvo compuesto por un total de 211 artículos, de los cuales, solo tres se relacionaban con los pueblos indígenas<sup>190</sup>, mismos que luego fueron reiterados en la Propuesta de Constitución del Consejo<sup>191</sup>.

Por su parte, el Consejo Constitucional estuvo compuesto por 51 personas elegidas por votación popular directa y tuvo por único objeto discutir y aprobar la propuesta de texto de nueva constitución. La votación se llevó a cabo el 7 de mayo de 2023 y el Consejo se instaló el 7 de junio del mismo año, para luego terminar su trabajo el 7 de noviembre.

Por último, el Comité Técnico de Admisibilidad<sup>192</sup> estuvo integrado por 14 abogados, de destacada trayectoria judicial, profesional y/o académica, elegidos por el Senado en base a una propuesta formulada por la Cámara de Diputados. Su tarea fue la revisión de las normas aprobadas en las distintas instancias que se presentaron, tanto en la Comisión como en el Consejo, a fin de determinar su eventual inadmisibilidad cuando fuesen contrarias a las bases institucionales y fundamentales contempladas en el artículo 154 de la Constitución<sup>193</sup>.

---

<sup>189</sup> Alejandra Ovalle et al., “Análisis de la propuesta de nueva Constitución a la luz de principios del constitucionalismo”, Revista Chilena de Derecho vol 49 n°2 (2022): 26, <https://revistachilenadederecho.uc.cl/index.php/Rchd/article/view/53315/43539>

<sup>190</sup> Artículos 7, 53 y 125 del Anteproyecto de Constitución Política de la República de Chile.

<sup>191</sup> Artículos 5, 51 y 127 de la Propuesta de Constitución Política de la República de Chile.

<sup>192</sup> Regulado en el artículo 146 de la Constitución Política.

<sup>193</sup> Artículo 154: *La propuesta de nueva Constitución que se someta a plebiscito deberá contener, al menos, las siguientes bases institucionales y fundamentales: (...)*

2. *El Estado de Chile es unitario y descentralizado.*

En relación con el objeto del presente trabajo, cabe señalar que el Anteproyecto de Constitución Política de la República de Chile, presentado por la Comisión Experta, contemplaba en su artículo 7° lo mismo que el artículo 5° de la Propuesta final entregada por el Consejo Constitucional, que dispuso lo siguiente:

*La Constitución **reconoce** a los pueblos indígenas como parte de la Nación chilena, que es **una e indivisible**. El Estado respetará y promoverá sus **derechos individuales y colectivos** garantizados por esta Constitución, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.*

*El Estado reconoce la **interculturalidad** como un valor de la **diversidad étnica y cultural** del país y promueve el **diálogo intercultural** en condiciones de igualdad y respeto recíprocos. En el ejercicio de las funciones públicas se debe garantizar el reconocimiento y la comprensión de dicha diversidad étnica y cultural.*

Finalmente, el 17 de diciembre de 2023 se llevó a cabo el plebiscito de salida, en el que la ciudadanía debía manifestar si estaba a favor o en contra del texto constitucional propuesto por el Consejo, y la opción "en contra" se impuso con el 55,76% de los votos.

Así, se dio por cerrado el proceso constitucional iniciado en el año 2019 y actualmente continúa vigente la Constitución de 1980, establecida durante la dictadura militar, dado que, en palabras del Presidente Gabriel Boric, "el proceso constitucional no logró canalizar las esperanzas de tener una nueva constitución redactada para todos"<sup>194</sup>.

## 6. Jurisdicción del pueblo Mapuche.

Para finalizar con este capítulo, nos referiremos al derecho propio del pueblo Mapuche, conocido como "Az Mapu".

Nos centraremos específicamente en este por tres motivos: i) Por razones de espacio y de factibilidad, no es posible referirse al derecho consuetudinario de cada uno de los pueblos

---

3. La soberanía tiene como límite la dignidad de la persona humana y los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales ratificados (...).

4. **La Constitución reconoce a los pueblos indígenas como parte de la nación chilena, que es una e indivisible. El Estado respetará y promoverá sus derechos y culturas.**

5. Chile es un Estado social y democrático de derecho, cuya finalidad es promover el bien común (...).

7. Chile tiene tres poderes separados e independientes entre sí: (...)

b) Poder Judicial, con **unidad jurisdiccional** y con pleno respeto de las sentencias judiciales firmes y ejecutoriadas (...).

9. Chile protege y garantiza derechos y libertades fundamentales como el derecho a la vida, la igualdad ante la ley, el derecho de propiedad en sus diversas manifestaciones (...).

<sup>194</sup> Gabriel Boric, en "Chile rechaza una nueva Constitución y deja vigente la establecida durante la dictadura de Augusto Pinochet", *CNN*, 17 de diciembre de 2023, <https://cnnespanol.cnn.com/2023/12/17/chile-plebiscito-rechaza-nueva-constitucion-boric-trax/>.

indígenas que habitan en Chile; ii) Según el Censo del año 2017<sup>195</sup>, el pueblo Mapuche es notoriamente el más numeroso, compuesto por 1.745.147 personas, lo que equivale al 79,8% del total de personas que se consideran pertenecientes a algún pueblo originario; y iii) Dado que el Az Mapu ha encontrado formas de resistencia y de adaptación con el paso del tiempo, logrando cierta permanencia.

En definitiva, es posible considerar que la aplicación del Az Mapu se ha mantenido vigente frente a la hegemonía de la legislación chilena, toda vez que, si bien nuestro ordenamiento jurídico actual no da cabida al pluralismo jurídico, en la práctica, ello no ha sido obstáculo para que el pueblo Mapuche continúe reproduciendo su cultura y aplicando su propio derecho al interior de sus comunidades.

Ahora, antes de entrar al estudio del Az Mapu propiamente tal, nos referiremos a cuestiones preliminares importantes para su comprensión.

#### 6.1. Antecedentes histórico-jurídicos.

Según demuestran distintos antecedentes históricos, desde antes de la colonización española, el pueblo Mapuche contaba con sus propios mecanismos de resolución de conflictos, que eran ejercidos por los dirigentes de cada agrupación territorial. En otras palabras, la vida mapuche se autorregulaba internamente bajo el ordenamiento del Az Mapu en su totalidad, las pautas de conducta eran conocidas, respetadas y transmitidas de generación en generación.

Dichos mecanismos luego fueron reconocidos por la Corona española a través de ciertos Parlamentos y Tratados celebrados entre las autoridades españolas e indígenas durante los siglos XVI y XVIII, que permitieron mantener las relaciones diplomáticas entre ambas naciones.

Cabe destacar que los Parlamentos constituyen un claro reconocimiento del estatus soberano del pueblo Mapuche y de su territorio. En efecto, en aquellos se reconocía el río Biobío como la frontera que dividía los territorios y las jurisdicciones de ambas naciones. El Parlamento de Negrete (1726) fue particularmente claro en este sentido<sup>196</sup>, al contemplar que no se podría cruzar la frontera sin la autorización del otro y al establecer sanciones con respecto a quienes incumplieran el acuerdo<sup>197</sup>.

---

<sup>195</sup> Resultados disponibles en [https://www.ine.gob.cl/docs/default-source/censo-de-poblacion-y-vivienda/publicaciones-y-anuarios/2017/publicaci%C3%B3n-de-resultados/sintesis-de-resultados-censo2017.pdf?sfvrsn=1b2dfb06\\_6](https://www.ine.gob.cl/docs/default-source/censo-de-poblacion-y-vivienda/publicaciones-y-anuarios/2017/publicaci%C3%B3n-de-resultados/sintesis-de-resultados-censo2017.pdf?sfvrsn=1b2dfb06_6)

<sup>196</sup> Aylwin y Yáñez, "Los derechos de los pueblos indígenas en Chile", 76.

<sup>197</sup> Esto puede desprenderse de los artículos 9º, 10º y 11º del Parlamento General de Negrete (1726), disponible en: <https://www.memoriachilena.gob.cl/archivos2/pdfs/MC0074098.pdf>

En definitiva, hacia el sur del río Biobío el pueblo Mapuche era independiente y se autogobernaba de acuerdo con su marco institucional propio. En otras palabras, coexistían dos sistemas jurídicos distintos, el indígena y el occidental<sup>198</sup>, apreciándose así que, desde tiempos coloniales existe un escenario de pluralismo jurídico y de ejercicio del derecho propio, por tanto, ante un conflicto jurídico, se tenía más de una alternativa para su resolución.

Además, cabe señalar que los Parlamentos siguieron siendo utilizados por las autoridades republicanas post independencia, como un instrumento para relacionarse con el pueblo Mapuche y establecer vínculos de colaboración recíproca. En efecto, el 7 de enero de 1825 se celebra entre las autoridades de la naciente República y Juan Mariluán, cacique principal de las tribus de la zona central de la Araucanía, el Tratado de Tapihue, que es considerado como el primer pacto político formal suscrito entre nuestro país y los Mapuche<sup>199</sup>, y que en su artículo 19 concede facultades jurisdiccionales a las autoridades indígenas al establecer que: *El chileno que pase a robar a la tierra; y sea aprendido, será castigado por el Cacique bajo cuyo poder cayere; así como lo será con arreglo a las leyes del país el natural que se pillase en robos de este lado del Biobío, que es la línea divisoria de estos nuevos aliados hermanos*<sup>200</sup>.

Así, el Estado, hasta mediados del siglo XIX, entendía que los mapuche conformaban una nación distinta, con la que debía mantener relaciones de paz y colaboración. Como ha argumentado Alamiro de Ávila Martel<sup>201</sup>, el estatus legal de los Parlamentos era el de un tratado internacional entre naciones soberanas, visión que compartiría el relator especial de las Naciones Unidas, Miguel Martínez (1999)<sup>202</sup>, y algunas organizaciones indígenas<sup>203</sup>. En definitiva, estos acuerdos son un antecedente de la mayor importancia al resolver controversias actuales que involucran al pueblo Mapuche.

Ya avanzado el siglo XIX, se llevó a cabo el despojo territorial por parte del Estado chileno y dicho sistema de coordinación jurídica fue deslegitimado, generándose una pérdida cultural y espiritual de grandes proporciones, además de la alteración de la estructura social mapuche, lo que implicó, en algunos *lof*, la pérdida del rol del *logko* en materias de aplicación del derecho propio, considerado como el garante del Az Mapu. Así, se impuso un sistema de

---

<sup>198</sup> Miguel Melin Pehuen et al., *Az Mapu. Una Aproximación al Sistema Normativo Mapuche desde el Rakizum y el Derecho Propio* (Santiago: INDH, 2016), 62.

<sup>199</sup> Mella-Seguel y Villegas, *Cuando la costumbre se vuelve ley*, 35 y 36.

<sup>200</sup> Artículo XIX del Tratado de Tapihue (1825), disponible en: <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/139580>

<sup>201</sup> Alamiro de Ávila, citado en Aylwin y Yáñez, "Los derechos de los pueblos indígenas en Chile", 76.

<sup>202</sup> Organización de las Naciones Unidas. *Estudio sobre los tratados, convenios y otros acuerdos constructivos entre los Estados y las poblaciones indígenas, Informe final presentado por el Relator Especial Miguel Martínez, E/CN.4/Sub.2/1999/20*, (1999), <https://digitallibrary.un.org/record/276353?v=pdf>

<sup>203</sup> Aylwin y Yáñez, "Los derechos de los pueblos indígenas en Chile", 76 y 77.

justicia monocultural que desconoció la cosmovisión del pueblo Mapuche y su estructura axiológica y normativa. Sin embargo, esta pervivió en espacios de resistencia cultural, en la memoria colectiva y en el conocimiento de los *fvchakeche* o personas mayores<sup>204</sup>.

Luego de la dictadura militar y con la llegada de los gobiernos de la Concertación, a partir de la década de los 90 se produjo un cambio en la mirada hacia los indígenas y se reconoció la deuda histórica que aún se tiene a su respecto. Empero, nuestro ordenamiento sigue sin reconocer al derecho propio indígena, cuestión que ha generado un notable desequilibrio en el ejercicio y disfrute de sus derechos civiles, políticos, sociales y culturales que, como ya se vio, sí son reconocidos por los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile<sup>205</sup>.

## 6.2. Aproximación a la cosmovisión mapuche.

Antes de adentrarnos al sistema jurídico mapuche propiamente tal, es necesario referirnos, sumariamente, a algunos aspectos de la cosmovisión de este pueblo para entender los paradigmas sobre los que se fundamenta su propia explicación del mundo, cuestión íntimamente vinculada con el Az Mapu, toda vez que este viene a ser un sistema metajurídico que regula todos los aspectos de la vida mapuche y en el que las relaciones con la naturaleza, lo espiritual, lo social, lo económico y lo jurídico se mezclan, teniendo así un significado mucho más profundo que el que los occidentales atribuimos al Derecho<sup>206</sup>.

Primero, cabe señalar que, en el universo mapuche se reconocen 3 planos, el *Wen Mapu* o Tierra de Arriba, el *Nag Mapu* o Tierra de aquí y el *Minche Mapu* o Tierra de abajo. En el *Nag Mapu* nace la ley, que está contenida en el Az Mapu, que regula todas las actuaciones del *che* o persona mapuche, vinculadas con dichos planos. Esto demuestra la orientación holística o sistémica del pueblo mapuche y refleja la forma en que se posiciona en el mundo, esto es, como parte de un todo universal. En la misma línea, según la filosofía mapuche, estos nacen de la tierra, viven de ella por un tiempo y luego vuelven a ella, entendiendo así que la existencia humana se integra al sistema cósmico a través de un proceso en el que los individuos rotan constantemente y el Az Mapu es el que regula todos los ciclos de vida del *che*<sup>207</sup>.

Muy importante es entender que la persona mapuche tiene una esencia eminentemente colectiva, su esencia reside en la comunidad, por lo que el “ser mapuche” no

---

<sup>204</sup> Melin et al., *Az Mapu. Una Aproximación al Sistema Normativo Mapuche*, 63.

<sup>205</sup> Melin et al., *Az Mapu. Una Aproximación al Sistema Normativo Mapuche*, 67 y 68.

<sup>206</sup> Mella-Seguel y Villegas, *Cuando la costumbre se vuelve ley*, 97.

<sup>207</sup> Juan Sánchez, “El Az Mapu o sistema jurídico mapuche”, *Revista Crea* n°2 (2001): 29 y 30, <https://repositoriodigital.uct.cl/handle/10925/520>

es concebible sin la dimensión colectiva, cuestión que se vincula directamente con que el centro de protección del Az Mapu es la comunidad. Además, el “ser persona” constituye un proceso en permanente construcción y crecimiento, de allí la importancia que adquieren los *fvchakeche* y los ancianos dentro de la sociedad mapuche, que encaminan al ser persona, principalmente a través del *gvlam*, mecanismo a través del que las personas mayores enseñan las pautas y normas de comportamiento a las nuevas generaciones<sup>208</sup>.

También, cabe destacar que el pueblo Mapuche reconoce una conexión espiritual con los antepasados, la naturaleza y las divinidades, de manera tal que su marco normativo está bajo la tutela de un sistema de creencias y símbolos que se asocian al origen y continuidad de la sociedad mapuche<sup>209</sup>, es decir, que les permite mantener la armonía y equilibrio en coherencia con sus tradiciones y filosofía.

Por último, respecto a la estructura organizacional del pueblo mapuche, cabe mencionar que el *lof* es la estructura sociopolítica más pequeña, cuyo conductor o líder político y espiritual es el *logko*, quien es elegido según las creencias sagradas que entrega el Az Mapu. *Rewe Mapu* es la segunda estructura sociopolítica, está constituida por hasta nueve *lof*, y puede, a su vez, asociarse con hasta otros nueve *Rewe Mapu*, dando lugar al *Aillarewe*, estructura sociopolítica con funcionalidad de un Estado<sup>210</sup>.

### 6.3. Az Mapu o sistema jurídico Mapuche.

#### a. Conceptualización.

En mapuzungun, Az Mapu significa *azküleal taiñ mogen, taiñ mapu egu*, que en español quiere decir *estar bien, en armonía con el ser interno y con todas las fuerzas que rodean al hombre en su entorno natural y cósmico*<sup>211</sup>.

Según Juan Sánchez Curihuentro, investigador Mapuche proveniente del *Lof Huilio*, el Az Mapu es una especie de código universal que expresa las normas de conducta, tanto individuales como colectivas, que debe observar el mapuche para mantener la armonía cósmica. Así, el Az Mapu contempla tanto el qué **no** hacer, como el qué hacer y cómo debe hacerse, y su incumplimiento rompe el equilibrio cósmico en que vive el hombre y el pueblo Mapuche, lo que podrá ser enmendado a través del principio de reciprocidad, que es uno de los valores fundamentales de la cultura mapuche<sup>212</sup>.

---

<sup>208</sup> Melin et al., *Az Mapu. Una Aproximación al Sistema Normativo Mapuche*, 30.

<sup>209</sup> Melin et al., *Az Mapu. Una Aproximación al Sistema Normativo Mapuche*, 26.

<sup>210</sup> Sánchez, “El Az Mapu o sistema jurídico mapuche”, 34 y 35.

<sup>211</sup> Sánchez, “El Az Mapu o sistema jurídico mapuche”, 29.

<sup>212</sup> Sánchez, “El Az Mapu o sistema jurídico mapuche”, 29.

También, se ha señalado que el Az Mapu es un conjunto de experiencias, conocimientos ancestrales y normas vinculadas con la creencia religiosa y la cosmovisión, que ofrece variaciones según el territorio y la época, al no ser un compendio de normas fijas y rígidas fáciles de codificación y compilación<sup>213</sup>.

b. Principios rectores.

Ahora, si bien cada *lof* puede tener su propia interpretación y práctica del derecho mapuche, es posible identificar ciertos principios comunes.

En primer lugar, encontramos los principios del *Yam* y el *Gen*. *Yam* significa “respeto” a todo lo que nos rodea y ha sido interpretado como el derecho a ser respetada/o. Así, se contempla el derecho de la tierra a ser respetada (*Yam Mapu*), el derecho del agua (*Yam ko*), el derecho del fuego (*Yam Kütxa*), etc. *Gen* son las entidades superiores dueñas de todas las cosas (*Gen Mapu*, *Gen Ko*, etc.), incluso de nosotros mismos (*Gen Che*), y encargadas de sancionar las transgresiones a los *Yam*<sup>214</sup>.

En segundo lugar, se reconocen los principios de reciprocidad y de horizontalidad. El primero es un valor fundamental y atemporal que regula la vida, las relaciones, la moral y la religión mapuche. Por su parte, el principio de horizontalidad se relaciona con que, bajo la cosmovisión mapuche, todos los seres y entes del cosmos o *Waj Mapu* tienen vida, la que se genera a partir de fuerzas espirituales o *newen* que se encarnan en un cuerpo, en las especies animales y vegetales, en la materia y en los fluidos, y que a su vez pueden formar parte de la persona. De esta manera, el ser humano es considerado un *newen* más, pues todos los *newen* son iguales, no hay un *newen* superior a otro<sup>215</sup>.

En definitiva, dichos principios se relacionan directamente, ya que los roles y los preceptos que presiden las relaciones entre el *che* y el mundo viviente, y que se encuentran regulados por el Az Mapu, disponen que todos los seres tienen la misma importancia y deben regirse por una relación horizontal y recíproca<sup>216</sup>.

En tercer lugar, encontramos el principio de autorregulación, concepto cultural arraigado en la cosmovisión de este pueblo, y que apunta a que el orden de la sociedad mapuche se basa más en la autorregulación que en la coacción. Por ello, se sostiene que la

---

<sup>213</sup> Jesús Antona Bustos, *Los derechos humanos de los pueblos indígenas. El Az Mapu y el caso Mapuche* (Temuco: Universidad Católica de Temuco Ediciones, 2014), 112.

<sup>214</sup> Myrna Villegas, “Derecho propio indígena y derecho penal chileno: Abriendo camino para su reconocimiento”, *Revista de Ciencias Penales*, vol. XLII n°3 (2015): 267, <https://revistadecienciaspenales.cl/wp-content/uploads/2019/02/Derecho-y-Ciencias-Penales-13.pdf>

<sup>215</sup> Antona, *Los derechos humanos de los pueblos indígenas*, 84.

<sup>216</sup> Antona, *Los derechos humanos de los pueblos indígenas*, 84.

eficacia de la justicia mapuche se sustenta más en el consenso y en la interiorización de las normas, que en la represión y el monopolio de la fuerza, cuestión que se puede explicar por los vínculos que tiene la ley y la moral con la cosmovisión, pues se cree que las entidades sobrenaturales y los ancestros intervienen en la resolución de los conflictos y también los sueños o visiones son elementos importantes, pues las transgresiones al Az Mapu, a la vez que son hechos materiales, pueden deberse a desequilibrios espirituales o desordenes cosmológicos<sup>217</sup>.

c. Infracciones.

Con respecto a las infracciones al Az Mapu, cabe destacar que no es posible diferenciar entre infracciones civiles o penales, pues todas rompen con el equilibrio cósmico.

A modo de ilustración, algunas de las situaciones normadas por el Az Mapu serían<sup>218</sup>:

- i. Hurto de especies.
- ii. Robo de animales.
- iii. Conflictos entre vecinos por deslindes.
- iv. Ofensas verbales.
- v. Conflicto por no cumplimiento de palabra.
- vi. Lesiones por riña.
- vii. *Lagvmche zugu*, muerte u homicidio.
- viii. Formas de relacionarse o dirigirse a los ancianos.
- ix. Transgresión/intromisión de un espacio natural sin permiso del *gen* o dueño espiritual de dicho espacio (extraer remedios, cortar un árbol, quemar, etc.).
- x. Acciones de *yana* o de traición al ser mapuche.
- xi. *Gollife* o de alcoholismo.
- xii. *Zuguyechefe* o el chisme sobre o hacia las personas.
- xiii. Normas detrás de cada evento sociocultural propio, como *gillatun*, *eluwvn* o *palin*.
- xiv. Las relaciones familiares/parentales.
- xv. Organización territorial mapuche (*lof*, *rewe*, *ayllarewe*, *fvtaimapu*),
- xvi. *Kalkutun* o brujería.

---

<sup>217</sup> Antona, *Los derechos humanos de los pueblos indígenas*, 118.

<sup>218</sup> Melin et al., *Az Mapu. Una Aproximación al Sistema Normativo Mapuche*, 52.

d. Procedimientos.

Es importante señalar que la necesidad de mantener el equilibrio implica que operen mecanismos preventivos que se manifiestan al primer atisbo de conflicto. En esta línea, el *gvlam* es el mecanismo principal para la corrección de las conductas que infringen la normativa e incluso actualmente se sigue utilizando como un medio persuasivo y correctivo. Las personas mayores son quienes están autorizadas para su uso, dado que han acumulado los consejos y las prácticas de los antepasados<sup>219</sup>.

En definitiva, el *gvlam* es un proceso permanente al interior de la sociedad mapuche, orientado a la transmisión del deber ser conductual de las personas, cuya finalidad es educativa y de reinserción social.

Ahora bien, según indica el profesor Jesús Antona Bustos, variada bibliografía da cuenta de elaborados procedimientos o protocolos de resolución de conflictos, que él mismo resume de la siguiente manera<sup>220</sup>:

- i. **Güfewün.** Diálogo para llegar a acuerdos que se basan en el conocimiento mapuche o *kimün*.
- ii. **Malokontun.** Visita del *logko* a la familia afectada si el conflicto persiste.
- iii. **Chaf zugun.** “Careo” entre las partes directas en presencia de un colectivo de personas. Esta intervención puede ser a varios niveles (*lof*, *rewe*, etc.) y tiene como objetivo detectar quién es el culpable o determinar la inocencia.
- iv. **Wixatuwün.** Cuando fracasan los procedimientos anteriores, se “invita o desafía” al autor a resolver definitivamente el conflicto. Es una especie de aviso previo antes de que el problema derive en cuestiones mayores.
- v. **Ruka kontun.** Cuando el aviso no surte efecto o nadie se da por aludido, se visita al imputado en su casa señalándole su mala acción o informándole de que hirió la dignidad de otro *che* y debe saldar el agravio. Mediante esta visita el afectado recupera la dignidad y el respeto ante las personas.
- vi. **Weychan.** Procedimiento para situaciones críticas, violentas o peleas colectivas, que está orientado a restablecer o saldar la situación y recuperar el respeto y la tranquilidad dentro de un espacio territorial.

---

<sup>219</sup> Melin et al., *Az Mapu. Una Aproximación al Sistema Normativo Mapuche*, 32.

<sup>220</sup> Antona, *Los derechos humanos de los pueblos indígenas*, 116.

vii. **Xawül lof chen.** Procedimiento impulsado por el *logko*, en que se reúne a toda la gente y todos tienen el derecho y la obligación de hablar. Es el último recurso para restablecer el equilibrio y acordar las acciones a seguir para finiquitar el problema.

e. Sanciones.

Respecto a las sanciones contempladas en el derecho mapuche, cabe destacar que la punición opera después de la conversación entre las autoridades y la víctima y/o su familia, por un lado, y las autoridades y el infractor y/o su familia por otro, y solo cuando ella no ha sido eficaz<sup>221</sup>.

Lo anterior, dice relación con que en la justicia mapuche se observan atisbos de una justicia restaurativa y se considera la punición como un elemento de *última ratio*. Además, se advierte claramente la idea de reinserción del sujeto a la comunidad, ya que, tanto los consejos como las sanciones, en última instancia, buscan que el infractor “entre a ser gente”, o sea, restaurar su condición y calidad de *che*.

Por su parte, la restitución representa un fundamento y elemento constitutivo de la normativa mapuche. Quien hace daño debe restituir y agregar un costo adicional para disminuir las consecuencias del mal provocado por la conducta inadecuada que generó el conflicto interno<sup>222</sup>.

La sanción más grave es la expulsión de la comunidad, cuya importancia es muy alta en la cultura mapuche, dado que su identidad reside en el colectivo.

Respecto a la privación de libertad, los mapuche consideran que no cumple función alguna y más bien trae problemas. En otras palabras, la reclusión para castigar un delito es algo ajeno a la cultura mapuche e incomprensible como elemento reparador<sup>223</sup>.

También cabe señalar que, cuando la transgresión afecta a otros elementos no humanos, se cree que las consecuencias pueden estar relacionadas con daños en el plano físico o espiritual del infractor o su familia, si aquello no se repara según las normas del Az Mapu<sup>224</sup>.

---

<sup>221</sup> Myrna Villegas, “Sistemas sancionatorios indígenas y Derecho penal”, *Política criminal* vol. 9 n°17 (2014): 242, <https://www.scielo.cl/pdf/politcrim/v9n17/art07.pdf>

<sup>222</sup> Melin et al., *Az Mapu. Una Aproximación al Sistema Normativo Mapuche*, 41.

<sup>223</sup> Antona, *Los derechos humanos de los pueblos indígenas*, 118.

<sup>224</sup> Melin et al., *Az Mapu. Una Aproximación al Sistema Normativo Mapuche*, 33.

#### 6.4. Algunos casos.

Para algunos, el Az Mapu, como justicia indígena ancestral, está aún vigente, pero en una forma mucho más rudimentaria en comparación con lo que era<sup>225</sup>.

En otras palabras, muchos de los principios del Az Mapu operan actualmente en las comunidades indígenas, sobre todo en las relaciones sociales y en las prácticas rituales, a partir de juicios morales que emite la misma comunidad en base a los valores compartidos que deben gobernar la vida individual y colectiva<sup>226</sup>.

En la misma línea, se considera que el *gillatun* muestra la materialización actual de la normatividad entregada por el Az Mapu, al ser el evento sociocultural y político mapuche en el que entra en vigor toda la vitalidad del Az Mapu<sup>227</sup>.

Teniendo ello presente, y a modo de ilustración, nos referiremos a algunos casos concretos antiguos.

Juan Sánchez, en su artículo "El Az Mapu o sistema jurídico mapuche", se refiere a ciertos extractos de una entrevista realizada al *logko* de la comunidad Carriman Sánchez del *lof* de Huilio<sup>228</sup>, Juan Bautista Sánchez Licanqueo, en la que relata tres casos en los que debió actuar de acuerdo con las normas del Az Mapu.

El primer caso se trata de un homicidio ocurrido el año 1987 dentro de dicha comunidad, en que el hechor mató a su concuñado producto de una discusión. Aquel fue sancionado por la ley *winka* y luego de estar tres meses privado de libertad en la cárcel de Temuco, regresó a la comunidad. Ante estos hechos, el *logko* citó a la comunidad a una reunión y en conjunto se acordó aislar durante dos años al hechor y su familia, sanción que fue cumplida por todos los miembros de la comunidad. Además, el *logko* indicó que se incluyó a la familia en la sanción porque en la mencionada reunión alegaron que a la comunidad no le correspondía tomar decisión alguna, es decir, en palabras del *logko*, "negaron el Az Mapu"<sup>229</sup>.

El segundo caso data de 1995 y versa sobre una sobrina que le sustrae el carnet de identidad a su tía, con quien vivía en Santiago, para hacerse pasar por ella y vender marihuana. Cuando detuvieron a la tía, sin saber ella porque, se enteró de dicha situación y se dirigió a la comunidad a solicitarle ayuda al *logko*, pues a pesar de que vivía hace 20 años en Santiago, nunca perdió contacto con la comunidad.

---

<sup>225</sup> Villegas, "Sistemas sancionatorios indígenas y Derecho penal", 217.

<sup>226</sup> Antona, *Los derechos humanos de los pueblos indígenas*, 113.

<sup>227</sup> Melin et al., *Az Mapu. Una Aproximación al Sistema Normativo Mapuche*, 35.

<sup>228</sup> *Lof* ubicado en la comuna de Freire, Región de la Araucanía.

<sup>229</sup> Sánchez, "El Az Mapu o sistema jurídico mapuche", 36.

Sánchez sostiene que este caso es importante al reflejar cómo el Az Mapu “aún permanece en la conducta de la gente mapuche”<sup>230</sup>, pues la mujer involucrada, aun cuando había constituido su vida en Santiago, frente a este problema legal, solucionable por la vía de la ley chilena, decide acudir a su comunidad de origen para solucionarlo. Sin embargo, el *logko* no pudo hacer mucho, citó a conversar a los padres de la joven involucrada pero no tuvo respuesta y la sanción fue llamarle la atención a la familia de la joven para que ordenara a sus hijos y aconsejarlos con respecto a no hacerse daño entre familiares.

El tercer caso se refiere a la infracción de un acuerdo celebrado el año 2000 “entre las 35 familias que tenían derecho en la comunidad”<sup>231</sup>. Dicho acuerdo disponía que, para evitar futuros conflictos, los bonos estatales que recibieran las familias seleccionadas por el INDAP (Instituto de Desarrollo Agropecuario) se juntarían para comprar fertilizantes y semillas que luego se repartirían entre los acordantes. Todas las familias postularon a dicho beneficio y 15 fueron las beneficiadas, pero solo 14 cumplieron el acuerdo celebrado antes de esta selección. Ante ello, la comunidad se reunió y acordó que al infractor se le “expulsaría” de todos los beneficios que pudiesen llegar a la comunidad hasta que diese una explicación y reintegrara al menos parte del dinero a la comunidad.

Por su parte, en el libro titulado “Lonco Pascual Coña. Testimonio de un cacique mapuche” se aborda el tema de la administración de justicia, a través de los testimonios que dicho lonco dictó al padre capuchino Ernesto Wilhelm de Moesbach. Al respecto, se describe detalladamente un caso de robo de una vaca.

El lonco indica que “cuando había un pleito, los mismos caciques juzgaban y sentenciaban como jueces”<sup>232</sup>. Ante un robo, “el cacique del mocetón perjudicado se dirige mediante un mensajero al cacique del mocetón que robó”<sup>233</sup>, solicitándole que se reúnan, dado que el mocetón perjudicado le pidió ayuda en el asunto. Ya en la reunión, el cacique del mocetón perjudicado relata los hechos del caso y señala al supuesto responsable, en vistas de solucionar pronto el conflicto, a lo que el cacique del mocetón que robó se muestra dispuesto y el mocetón señalado termina confesando. Luego, el cacique del mocetón responsable señala que su mocetón “está convicto y confeso”<sup>234</sup>, con lo que el asunto queda solucionado y, luego de comer todos juntos, se fija el plazo en que se debe pagar a la víctima.

---

<sup>230</sup> Sánchez, “El Az Mapu o sistema jurídico mapuche”, 37.

<sup>231</sup> Sánchez, “El Az Mapu o sistema jurídico mapuche”, 38.

<sup>232</sup> Ernesto Wilhelm de Moesbach, *Lonco Pascual Coña ñi tuculpazugun: Testimonio de un cacique mapuche*, 7ª ed. (Santiago: Pehuén, 2002), 143.

<sup>233</sup> Wilhelm, *Lonco Pascual Coña*, 143.

<sup>234</sup> Wilhelm, *Lonco Pascual Coña*, 145.

Cabe destacar que, del testamento del lonco, se logra apreciar que el cacique era una especie de garante del pago, ya que era su responsabilidad asegurar que su mocetón cumpliera con la sanción en el plazo acordado<sup>235</sup>. Además, el lonco relata el modo tradicional de pagar por un animal perdido, si el ladrón era habido. Este debía devolver seis animales, de los cuales tres eran para suplir los gastos causados por el pleito, y también se le debía pagar el dinero gastado a quien delató al responsable<sup>236</sup>.

### **CAPÍTULO III. COMPARACIÓN DE LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS DE ECUADOR Y CHILE: ¿ES POSIBLE EL RECONOCIMIENTO DE LA JURISDICCIÓN MAPUCHE EN NUESTRO PAÍS?**

#### **7. Semejanzas y diferencias entre la realidad social y jurídica ecuatoriana y chilena.**

##### 7.1. Semejanzas.

En cuanto a las semejanzas, cabe señalar que ambos países se caracterizan por contar con una gran presencia de población indígena. Según la última entrega del año 2017 del Instituto Nacional de Estadísticas (INE), órgano gubernamental que tiene la labor de confeccionar el Censo Nacional, en Chile se autoidentifican como indígena un total de 2.185.729 personas, lo que equivale a un 12,8% de la población total del país (17.076.076 personas). El grupo más numeroso pertenece al pueblo mapuche con 1.574.003 personas (79,9% de la población nacional), seguido, con gran distancia, por aimaras (156.754 personas), diaguitas (88.474 personas), quechuas (33.868 personas) y atacameños o lican antai (30.369 personas). En los últimos puestos se encuentra el pueblo rapa nui (9.399 personas) y los pueblos kawésqar (3.448 personas) y yagán o yámana (1.600 personas)<sup>237</sup>.

Por su parte, según datos del año 2022 del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INEC), la población actual de Ecuador es de 16.938.986 personas y en el país habitan 14 nacionalidades indígenas, que suman 1.302.057 personas, es decir, en su conjunto, son menos que el pueblo mapuche. Además, la nacionalidad Kichwa es la de mayor porcentaje (73,6%) e incluye 535.826 personas<sup>238</sup>, pero a todas las nacionalidades les asisten los mismos derechos colectivos.

---

<sup>235</sup> Wilhelm, *Lonco Pascual Coña*, 146.

<sup>236</sup> Wilhelm, *Lonco Pascual Coña*, 146 y 147.

<sup>237</sup> Instituto Nacional de Estadística. Síntesis de resultados censo 2017, disponible en: <http://www.censo2017.cl/descargas/home/sintesis-de-resultados-censo2017.pdf>

<sup>238</sup> Instituto Nacional de Estadísticas y Censos. Resultados tabulados censo 2022, disponibles en: <https://www.censoecuador.gob.ec/resultados-censo/>

En base a lo anterior, se puede observar que la cantidad de derechos reconocidos en favor de los pueblos indígenas no guarda, necesariamente, una relación directa con el número de indígenas que habita en un territorio específico<sup>239</sup>. En efecto, pese a la importante demografía indígena existente en Chile, los pueblos indígenas y sus derechos, no están reconocidos en la Constitución vigente impuesta en 1980 por la dictadura militar, es más, esta no menciona a los pueblos indígenas en ninguno de sus artículos.

Por su parte, cabe destacar que ambos países han ratificado, en distintas fechas, el Convenio 169 de la OIT, considerado como la herramienta por excelencia en la defensa de los derechos de los pueblos indígenas<sup>240</sup>; y han votado a favor de la adopción de la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Por tanto, cabe recalcar que, a nivel internacional, se rigen por el mismo marco normativo.

No obstante, cabe hacer presente que se discute cuál es el alcance de los deberes que establece el Convenio 169 OIT con respecto al derecho de los pueblos indígenas de conservar sus costumbres e instituciones propias, contemplado en su artículo 8.

Por un lado, hay quienes sostienen que “el Convenio 169 no establece que los países firmantes tengan la obligación de crear tribunales indígenas, sino que los pueblos tienen derecho a conservar sus tradiciones, lo que alcanza a lo jurídico”, y que “tanto a la hora de juzgar como de ejecutar sanciones se deben tener en cuenta estas costumbres y las características económicas, culturales y sociales de la persona perteneciente a alguna etnia”<sup>241</sup>. Por el contrario, hay quienes indican que nuestro país, al estar suscrito a dicho Convenio, “tiene la obligación de establecer tribunales indígenas”, con lo cual no estaría siendo precursor, sino que estaría “saldando una brecha” y “respondiendo adecuadamente a sus obligaciones en la materia”<sup>242</sup>.

## 7.2. Diferencias.

En cuanto a las diferencias, y como se pudo apreciar en los capítulos anteriores, cabe destacar que Ecuador contempla el reconocimiento de los pueblos indígenas y sus respectivos

---

<sup>239</sup> Juan Fernández y Claudio Fuentes, “Reconocimiento de los pueblos indígenas: Qué y cuánto se reconoce en las constituciones del mundo”, *ICSO* N°46 (2018): 23, <https://icsu.udp.cl/publicacion/reconocimiento-de-los-pueblos-indigenas-que-y-cuanto-se-reconoce-en-las-constituciones-del-mundo/>

<sup>240</sup> Ramírez, “Igualdad como Emancipación”, 48.

<sup>241</sup> Sebastián Donoso, en “Cómo funcionarían los tribunales de justicia indígena en Chile”, por Eduardo Olivares, *Pauta* (radio en línea), 8 de abril de 2022, <https://www.pauta.cl/tendencias/2022/04/08/como-funcionarian-los-tribunales-de-justicia-indigena-en-chile.html>

<sup>242</sup> Nancy Yáñez, en la misma noticia anterior.

derechos tanto a nivel constitucional como legal, en cambio, en nuestro país ello se aborda solamente en la ley y de manera mucho más acotada y superficial.

En efecto, la Constitución ecuatoriana de 2008 les reconoce funciones jurisdiccionales a las autoridades de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, otorgándoles competencia y jurisdicción “para resolver los conflictos internos en sus territorios que afectan principios esenciales como el *ama llulla, ama killa, ama shwa* (no mentir, no ser flojo, no robar) o el *ranti ranti* (la reciprocidad y la solidaridad)”<sup>243</sup>, en virtud de sus costumbres, normas, procedimientos y sanciones propias.

En cambio, la Constitución chilena de 1980 perpetúa una concepción del mundo en la cual la perspectiva de los pueblos indígenas no tiene cabida alguna, y pese a las distintas reformas que ha experimentado a lo largo de los años, sus límites ideológicos no le permiten acoger la diversidad cultural e insisten en preceptuar el principio de igualdad ante la ley, sin hacer distinciones de ningún tipo<sup>244</sup>.

Ahora, con respecto al reconocimiento legal de los pueblos indígenas y sus derechos, cabe señalar que dentro del ordenamiento ecuatoriano se encuentran distintos cuerpos normativos que contemplan principios y reglas relacionadas con el derecho y la jurisdicción indígena, tales como el Código Orgánico de la Función Judicial y el Código Orgánico Integral Penal, los que fueron abordados en el capítulo I de este trabajo.

En cambio, en nuestro país solo existe un tipo de reconocimiento específico y muy acotado del derecho indígena, por medio de la Ley N°19.253, específicamente su artículo 54<sup>245</sup>. Al respecto, se ha sostenido que dicho reconocimiento “apunta sólo a la costumbre indígena mas no a sus instituciones y/o procedimientos”<sup>246</sup>, lo que corrobora una ausencia de reconocimiento real a los derechos de los pueblos y a su propia capacidad para resolver conflictos.

En la misma línea, cabe señalar que, si bien dicha ley puede considerarse como el cuerpo normativo fundamental en materia indígena en Chile, que significó un progreso en cuanto al reconocimiento y supervivencia cultural y la protección de las tierras indígenas, presenta varias limitaciones con respecto a las tendencias actuales del derecho comparado, por ejemplo, no reconoce el pluralismo jurídico, le otorga un valor mínimo a la costumbre indígena en la aplicación del derecho, no aborda el fenómeno de la población indígena urbana

---

<sup>243</sup> Yumbay, “La Justicia Indígena en el Ecuador”, IWGIA.

<sup>244</sup> Jaime Gajardo, “Multiculturalismo y el debate constitucional chileno”, *Revista de Derecho Escuela de Postgrado* n°6 (2014): 218, <https://revistaderecho.uchile.cl/index.php/RDEP/article/view/36009>

<sup>245</sup> Ovalle et al., “Análisis de la propuesta de nueva constitución”, 26.

<sup>246</sup> Mella-Seguel y Villegas, *Cuando la costumbre se vuelve ley*, 23.

y presenta contradicciones en la forma en que se regulan algunas instituciones y el entendimiento que tienen de ellas las comunidades indígenas, como es el caso de la propiedad comunitaria<sup>247</sup>.

## **8. Eventual reconocimiento de la jurisdicción indígena en Chile.**

### 8.1. Cuestiones preliminares.

Para analizar si alguno de los elementos del sistema ecuatoriano resulta compatible con el nuestro, es necesario antes dejar establecidos ciertos puntos importantes sobre la jurisdicción indígena y su reconocimiento.

Primero, cabe señalar que, tal como indica Boaventura de Sousa, “la justicia indígena, al contrario de la plurinacionalidad, no es un proyecto, algo por construir, una novedad”, toda vez que ella ya existe, “es una realidad que, reconocida o no por el Estado, ha formado y forma parte de la vida de las comunidades”<sup>248</sup>.

En la misma línea, Raquel Yrigoyen destaca que, si bien hay quienes “objetan el reconocimiento constitucional de los sistemas jurídicos indígenas bajo el argumento de que se va a generar caos por la “creación” de muchos sistemas”, las Constituciones no estarían “creando sino reconociendo algo que ya existe”, cuestión que permite crear puentes de entendimiento y condiciones para su desarrollo<sup>249</sup>. En este sentido, la Constitución ecuatoriana, en su artículo 57, no autoriza la existencia de la jurisdicción indígena, sino que la reconoce.

También, cabe tener presente que la justicia indígena no se refiere simplemente a métodos alternativos de resolución de conflictos, “sino a aquella justicia ancestral que presupone el control de un territorio, autonomía y cosmovisión”<sup>250</sup>. En esta línea, los propios indígenas hacen presente que antes de cualquier reconocimiento a su justicia es necesario que se les entregue autonomía y control de sus territorios. En palabras de José Millalén, concejal mapuche de Galvarino, “en la medida que el Estado reconozca derechos al ejercicio de la autonomía mapuche, por ejemplo, sí estaríamos en condiciones de echar mano a lo propio para resolver nuestros problemas, pero si no hay un reconocimiento de la autonomía mapuche vas a tener encima todas estas instituciones (...) mientras esté encima ese aparataje

---

<sup>247</sup> Gajardo, “Multiculturalismo y el debate constitucional chileno”, 221.

<sup>248</sup> Boaventura de Sousa, “Cuando los excluidos tienen Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad”, en *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, ed. Boaventura de Sousa y Agustín Grijalva (Quito: Ediciones Abya-Yala, 2013), 16.

<sup>249</sup> Raquel Yrigoyen, “Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos”, *Revista El Otro Derecho* n°30 (2003): 174, <https://ilsa.org.co/2022/01/el-otro-derecho-n-30/>

<sup>250</sup> Villegas, “Sistemas sancionatorios indígenas y Derecho penal”, 216.

institucional la recurrencia va a ser a él porque eso es lo que tienes a mano. Si (...) el Estado chileno te reconoce el derecho al ejercicio de la autonomía (...) vamos a empezar a reconstruir nuestro propio sistema jurídico de impartir justicia y empezar a echar mano a eso, pero sabiendo que efectivamente tú lo puedes empezar a aplicar y eso va a tener un reconocimiento (...) del otro sistema y de que efectivamente es una resolución válida”<sup>251</sup>.

Además, según indica Villegas, “quienes se muestran más proclives (a la creación de tribunales indígenas), hacen referencia al deber que tiene el Estado de ayudar a los pueblos indígenas a recuperar su derecho propio”, cuya mayor o menor pérdida fue consecuencia directa del proceso de reducción<sup>252</sup>.

Respecto a esto último, es importante tener presente que la heterogeneidad del mundo indígena genera situaciones disímiles. Así, existen pueblos cuyos sistemas de justicia aún se preservan y son utilizados para resolver conflictos, mientras que otros han ido debilitándose de manera tal que enfrentan su recuperación identitaria y no se encuentran en condiciones de administrar su justicia. Ante ello, a juicio de Silvina Ramírez, Abogada y Doctora en Derecho, es el Estado quien debe prestarles ayuda y contribuir a la recuperación y fortalecimiento de sus instituciones<sup>253</sup>.

Ahora, no se puede negar que el reconocimiento de la jurisdicción indígena consiste en un cambio estructural de gran envergadura que conlleva una compleja implementación<sup>254</sup>, cuestión que se abordará un poco más adelante.

A juicio de algunos, tal reconocimiento incrementaría las posibilidades de conflicto y generaría altos niveles de inseguridad jurídica, “incluso para aquellos que se identifiquen como integrantes de algún pueblo indígena”<sup>255</sup>, quienes podrían sufrir los costos de la aplicación de normas consuetudinarias, particularmente en materia penal y procesal penal, al incluirse elementos que las reglas estatales no imponen a los no indígenas<sup>256</sup>.

No obstante, cabe señalar que dicho reconocimiento no implica que los indígenas no puedan acceder a la justicia ordinaria y tampoco deja de ser necesario que esta garantice un acceso igualitario a la justicia y sin discriminación por pertenencia étnica.

---

<sup>251</sup> José Millalén, entrevista en “Sistemas sancionatorios indígenas y Derecho penal”, por Villegas, 239.

<sup>252</sup> Villegas, “Sistemas sancionatorios indígenas y Derecho penal”, 243.

<sup>253</sup> Silvina Ramírez, *La justicia indígena y la justicia ordinaria frente a los conflictos civiles. Camino para su articulación*, (Santiago: CEJA, 2021), 23, <https://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/5697>

<sup>254</sup> La magnitud de este cambio podría considerarse parecido al que provocó la reforma procesal penal en el sistema judicial chileno a inicios de este siglo, donde se pasó de un sistema inquisitivo a uno acusatorio y se incorporó una nueva forma de investigar los hechos a cargo de un nuevo órgano, el Ministerio Público.

<sup>255</sup> Ovalle et al., “Análisis de la propuesta de nueva Constitución”, 26.

<sup>256</sup> Lucas Sierra, “Simposio Desafíos y alcances de la implementación del Convenio N°169 de la OIT en Chile”, *Anuario de Derechos Humanos* vol. 6 (2010): 54, <https://anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/11481>

Por su parte, hay quienes sostienen que es un mito creer que, con el reconocimiento de la jurisdicción indígena, las personas no indígenas se podrían ver perjudicadas, toda vez que normalmente, en el derecho comparado, la jurisdicción indígena no alcanza a los no indígenas. Además, se suele contemplar la garantía de la revisión del caso concreto en una instancia superior, lo que protege tanto a indígenas como a no indígenas de los errores de la administración de justicia<sup>257</sup>.

También, cabe tener presente que, según algunos, la unidad jurisdiccional no es incompatible con la inclusión de diversos subsistemas de justicia que protegen los mismos bienes jurídicos, pues no se descuida ningún aspecto de su protección ni se genera una jurisdicción fragmentada<sup>258</sup>.

Es más, algunos consideran que todo país latinoamericano que pretenda constituirse como una verdadera democracia, de carácter participativo, tolerante e inclusivo, debe garantizar la pluralidad para reconocer como legítimas las formas de vida, la cultura, las instituciones y el derecho indígena<sup>259</sup>.

## 8.2. Complejidades del reconocimiento de la jurisdicción indígena.

Con respecto al reconocimiento de la justicia indígena, surgen diversas interrogantes que van de la mano con la complejidad de su implementación y que serán fundamentales en una futura discusión legislativa, tales como: ¿La jurisdicción indígena sería aplicable solo a conflictos suscitados entre miembros del pueblo indígena respectivo?, ¿Sería una jurisdicción plena o sujeta a revisión?, ¿Tendría competencia solo sobre asuntos civiles o también penales? En caso de que tenga competencia sobre estos últimos, ¿ella estaría determinada por la identidad del imputado o de la víctima?, ¿Podría haber una opción de los intervinientes para “volver” a la jurisdicción ordinaria?, ¿Cuáles serían los límites del derecho propio indígena?, ¿Cómo se resolverían las controversias vinculadas a la coordinación entre los tribunales indígenas y los ordinarios?, ¿Cómo debería implementarse una jurisdicción culturalmente pluralista que respete la libre determinación de los pueblos indígenas, pero que proteja a sus miembros más débiles de vulneraciones amparadas por la élite local?, etc.

En definitiva, la normativa que reconozca y regule a la justicia indígena deberá definir ciertos puntos clave para su correcto funcionamiento, los que, en general, se pueden resumir

---

<sup>257</sup> Salvador Millaleo, en “Sistemas de justicia: ¿Cómo convivirá la Justicia Indígena con la Justicia Nacional?”, por Uchile constituyente, 12 de mayo de 2022, <https://constituyente.uchile.cl/clavesconstituyentes/sistemas-de-justicia-como-convivira-la-justicia-indigena-con-la-justicia-nacional/>

<sup>258</sup> López y Tapia, “Colonialidades legales”, 316.

<sup>259</sup> Luiz Arcaro y Angela Jank, “Pluralismo Jurídico y Justicia Indígena: Propuestas para la nueva Constitución Chilena”, *Estudios Constitucionales* n°especial (2021): 351.

en: i) cuáles son los conflictos que juzgará la jurisdicción indígena; ii) quiénes la ejercerán; iii) respecto de quiénes lo harán; y iv) cómo se relacionarán los sistemas de justicia indígena y estatal.

A continuación, se abordarán estos tópicos, con el objetivo de contribuir a una eventual discusión que, en el futuro, podría culminar en una legislación que reconozca a la justicia indígena en nuestro país.

a. Cuestiones orgánicas.

En la justicia indígena no opera la figura de los tribunales o jueces propiamente tales, sino que es la autoridad indígena respectiva la que está a cargo de la interpretación y aplicación de las reglas consuetudinarias de su comunidad para la resolución de sus conflictos<sup>260</sup>.

De esta manera, es posible afirmar que las autoridades indígenas son aquellos individuos u órganos colectivos que tienen facultad para gobernar, regular la vida en comunidad y resolver conflictos, siendo esta última potestad lo que la sociedad occidental denomina “función jurisdiccional”.

Ahora, en el entendido de que no se trataría de un tribunal indígena *ad hoc*, sino de “mecanismos autocompositivos” del conflicto, que ya vienen operando al margen del Estado<sup>261</sup>, sería adecuado, para garantizar la autonomía de la justicia indígena, que las autoridades sean designadas bajo las reglas tradicionales indígenas y tengan las atribuciones que el mismo pueblo les asigna. Ello porque, tal como sostiene Yrigoyen, las prácticas o regulaciones estatales “que implican el nombramiento o la imposición de determinadas personas, indígenas o no, para que sean autoridades de pueblos o comunidades indígenas, son incompatibles”<sup>262</sup> con el derecho de estos a contar con sus propias autoridades e instituciones, definidas de acuerdo con su derecho propio.

En este sentido, cabe tener en consideración el artículo 171 de la Constitución ecuatoriana, mediante el que se reconoce el papel de las autoridades indígenas en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, de conformidad con sus tradiciones, su derecho propio y sobre la base de sus propias normas que regulan el funcionamiento de sus órganos jurisdiccionales.

Por tanto, resultaría apropiado que el ordenamiento jurídico ordinario haga referencia al órgano a cargo de ejercer la jurisdicción indígena en términos amplios, pues la expresión

---

<sup>260</sup> Cantillana y del Solar, “Justicia indígena y nueva constitución”, 269.

<sup>261</sup> Mella-Seguel y Villegas, *Cuando la costumbre se vuelve ley*, 185.

<sup>262</sup> Yrigoyen, “Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial”, 179.

concreta la debiese determinar cada pueblo. Sin embargo, también es muy importante comprender que ello solo será posible si la comunidad indígena respectiva cuenta con una autoridad que se reconozca, ella misma y por parte de sus integrantes, con la capacidad para resolver conflictos, entendiendo que su rol como tal viene dado por las tradiciones y cosmovisión propia del pueblo de que se trate<sup>263</sup>.

En definitiva, y siguiendo a Villegas y Mella-Seguel<sup>264</sup>, cabe considerar que el reconocer que “una autoridad indígena tenga capacidad de resolución de conflictos con validez para el ordenamiento jurídico oficial, al igual que un árbitro que puede impartir justicia desde su oficina y un mediador participar en la solución de un conflicto”, importa velar por la igualdad de acceso a la justicia. Y, “para ello, no es necesario que la autoridad ancestral (...) sea transformada en un árbitro o en un mediador”, sino que, “bastaría que el Estado, con la misma voluntad que ha creado las figuras de estos últimos, reconozca a esas autoridades la capacidad de resolver conflictos”.

#### b. Cuestiones competenciales.

Al momento de definir la competencia de la jurisdicción indígena, se deben tener en consideración los factores referidos al territorio, a la materia y a la persona.

Con respecto al **territorio**, si bien la delimitación territorial es trascendental a la hora de determinar qué conflictos conocerá la autoridad indígena, esta no es una tarea sencilla, toda vez que, lo que los indígenas consideran como “territorio” difiere bastante del concepto tradicional u occidental del mismo. En otras palabras, su relación con la tierra va más allá de la simple demarcación física, importando aspectos espirituales y ancestrales al ámbito de la resolución de conflictos.

Así, para dar contenido a la competencia territorial, se debe tener presente lo dispuesto en los artículos 13 y 14 del Convenio 169. El primero indica que *los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera (...) y que el “territorio indígena” cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan (...)*. El segundo contempla, dentro de los derechos territoriales, las *tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia (...)*.

---

<sup>263</sup> Cantillana y del Solar, “Justicia indígena y nueva constitución”, 269.

<sup>264</sup> Mella-Seguel y Villegas, *Cuando la costumbre se vuelve ley*, 185.

No obstante, puede estimarse que la realidad en Chile es más compleja, porque muchas de las comunidades indígenas reconocidas por la CONADI se encuentran cerca de grandes ciudades y existen territorios compartidos, de manera tal que la delimitación del espacio geográfico donde las autoridades indígenas administrarían la justicia indígena es especialmente desafiante, sobre todo considerando que “la movilidad de personas indígenas fuera de sus territorios ancestrales en ningún caso supone la pérdida”<sup>265</sup> de sus derechos como tales.

En este punto, podría ser uno de los elementos a considerar, el que se trate de comunidades que hayan recuperado sus territorios. Por ejemplo, Villegas estima que “tratándose de comunidades que han recuperado sus territorios, como la de Temulemu, o algunos *ayllus* en el norte del país, es perfectamente posible sostener que pueden administrar su propia justicia, por ahora tratándose de delitos menores, a la que el Estado debería reconocer validez”<sup>266</sup>.

En suma, la delimitación territorial es un tema que se vincula con debates que exceden del marco de este trabajo.

Sin embargo, es pertinente considerar que la competencia territorial es un mínimo, mas no una limitante. Es decir, si bien podría estimarse que la jurisdicción indígena tendría competencia respecto de los conflictos jurídicos que se dan dentro de cierto ámbito territorial, el alcance de la justicia indígena se puede ampliar en base a la competencia material y personal.

Ahora, con respecto a la **materia**, cabe destacar que ni las constituciones de Ecuador, Bolivia, Colombia, Venezuela y Perú, ni el Convenio 169, establecen limitaciones referidas a las cuestiones que puede juzgar la justicia indígena, de manera tal que, en principio, puede conocer materias de todo tipo, amplitud que es coherente con que ella se imparte de acuerdo con el subsistema jurídico del pueblo o comunidad que se trate.

En otras palabras, la jurisdicción indígena tendría competencia para conocer todo tipo de conflictos, cualquiera sea su gravedad o cuantía, en tanto tenga un interés legítimo en hacerlo, de acuerdo con sus normas y costumbres.

Lo anterior se vincula con que en los sistemas jurídicos indígenas, en general, no se diferencia entre el ámbito público y el privado o entre infracciones civiles y penales, pues todas rompen el equilibrio o la paz de la comunidad, que se erige, en palabras de Mella-Seguel y Villegas, como un “verdadero bien jurídico colectivo” que, a su vez, permite entender por qué

---

<sup>265</sup> Cantillana y del Solar, “Justicia indígena y nueva constitución”, 271.

<sup>266</sup> Villegas, “Derecho propio indígena y derecho penal chileno”, 279.

ciertas conductas que para la justicia ordinaria no son delictivas o son simples delitos de bagatela, para las comunidades indígenas son muy graves, como la hechicería, la vagancia y la ociosidad<sup>267</sup>.

En el caso ecuatoriano, específicamente, la Constitución no contiene un listado de los bienes jurídicos que podrían ser protegidos por la justicia indígena, quedando así abierta la pregunta sobre cómo se daría en la práctica la coexistencia de ambos subsistemas jurídicos<sup>268</sup>. Ante tal escenario, ha sido la justicia estatal la que ha decidido, de manera discrecional, las materias sobre las que puede ejercerse jurisdicción indígena. Al respecto, se observa que la otra alternativa es que sea la ley la que circunscriba la justicia indígena a determinados asuntos, cuestión que será analizada en la letra c) del presente apartado, al referirnos a la coordinación entre ambas jurisdicciones.

Ahora bien, en Chile se observan distintas posiciones con respecto a este tópico. Algunos estiman que la no limitación de las materias que podrán ser tratadas por la justicia indígena abre un espacio peligroso para que ella se transforme en un sinónimo de impunidad<sup>269</sup>. También, se señala que, de preferencia, la justicia indígena no debiese tratar materias criminales<sup>270</sup>. Otros, consideran que los ámbitos en los que actuará dicha justicia deben ser definidos por los mismos pueblos indígenas a través de un proceso de consulta indígena que culmine en una ley de coordinación<sup>271</sup>.

Por último, el factor **personal** implica que la justicia indígena es competente para resolver los conflictos suscitados entre los miembros del pueblo respectivo, es decir, aquellos deben darse al interior de la misma comunidad para que puedan ser resueltos en conformidad a sus usos y costumbres.

Esto se relaciona directamente con que las personas que integran la comunidad indígena respectiva aceptan y adhieren a mecanismos de resolución de controversias diferentes a los que imperan en la justicia estatal. En otras palabras, el factor personal supone dos dimensiones, primero, la autoidentificación individual de la persona como indígena y,

---

<sup>267</sup> Mella-Seguel y Villegas, *Cuando la costumbre se vuelve ley*, 73.

<sup>268</sup> López y Tapia, "Colonialidades legales", 319.

<sup>269</sup> Cozzi Ruggero, en "Pleno de la Convención aprueba que la Corte Suprema dirima impugnaciones de la justicia indígena", Pauta (radio en línea), 12 de abril de 2022, <https://www.pauta.cl/actualidad/2022/04/12/consejo-de-la-justicia-convencion-constitucional-justicia-indigena.html>

<sup>270</sup> Matías Meza-Lopehandía et al., "Desafíos y alcances de la implementación del Convenio N°169 de la OIT en Chile", 60.

<sup>271</sup> Eugenio Alcamán, en "Pluralismo jurídico: los límites de la justicia indígena que se votan en la Convención Constitucional", por María Arriagada, *El mostrador*, 11 de abril de 2022, <https://www.elmostrador.cl/nueva-constitucion/2022/04/11/pluralismo-juridico-los-limites-de-la-justicia-indigena-que-se-votan-en-la-convencion-constitucional/>

segundo, el reconocimiento de aquella por parte de la comunidad como integrante de la misma<sup>272</sup>.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que, tal como señalan Cantillana y del Solar, “adherir a la tesis del factor personal como delimitación de la competencia significa cuestionar quiénes se reconocen como indígenas y a quién compete dicho reconocimiento”<sup>273</sup>.

En este sentido, el Convenio 169 otorga relevancia a la conciencia de la identidad indígena como criterio fundamental para la aplicación de sus disposiciones<sup>274</sup>. A su vez, la ley N°19.253, en su artículo 2 letra c), también reconoce “la autoidentificación como criterio para el reconocimiento de la calidad indígena”<sup>275</sup>.

Por su parte, Yrigoyen reconoce dos problemáticas asociadas con la competencia personal, que en definitiva deberán ser abordadas por la futura legislación. Por un lado, la voluntariedad u obligatoriedad de la justicia indígena para los propios indígenas, esto es, si quienes no desean ser sometidos a su jurisdicción están igualmente obligados a la misma o pueden recurrir a la justicia estatal. Al respecto, indica que “los textos de las diferentes constituciones andinas establecen claramente que la potestad para aplicar el derecho y la justicia indígena corresponde a las autoridades” ancestrales respectivas, es decir, dicha potestad reside en “los pueblos y sus órganos de decisión colectiva”, por lo que “no es una atribución de los individuos decidir si se someten o no al derecho y la justicia indígenas”<sup>276</sup>.

Por otro lado, la competencia personal con respecto a los miembros que viven fuera del territorio ancestral. Al respecto, sostiene que “aplicaría el fundamento cultural del derecho”, es decir, “cuando se trata de situaciones o hechos que sólo afectan a indígenas, aunque se realicen fuera del territorio comunal (por ejemplo un conflicto de pareja o familiar, o una sucesión), es claro que el derecho y la jurisdicción indígena podrían intervenir, pues el marco cultural y normativo sigue rigiendo para tales personas”<sup>277</sup>.

En síntesis, tres son los factores que se debiesen analizar al momento de determinar la competencia de la jurisdicción indígena: el factor territorial, el factor material y el factor personal.

Respecto al primero, si bien la delimitación territorial puede considerarse fundamental para efectos de definir qué asuntos serán conocidos por la justicia indígena, no es una tarea

---

<sup>272</sup> Cantillana y del Solar, “Justicia indígena y nueva constitución”, 272.

<sup>273</sup> Cantillana y del Solar, “Justicia indígena y nueva constitución”, 271.

<sup>274</sup> Art 1.2: *La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente convenio.*

<sup>275</sup> Cantillana y del Solar, “Justicia indígena y nueva constitución”, 272.

<sup>276</sup> Yrigoyen, “Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial”, 185.

<sup>277</sup> Yrigoyen, “Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial”, 186.

sencilla. A esto se suma que, tal como indican Cantillana y del Solar, “la regulación constitucional en Latinoamérica no entrega más información”, simplemente se refiere al territorio “como un factor importante de determinación de competencia, sin entregar sus características”, así, la Constitución de Bolivia “habla de territorio o elemento territorial”, la de Venezuela “se refiere a él como el hábitat en el que deben ocurrir los hechos objeto del conflicto” y las de Perú y Ecuador “se refieren al ámbito territorial como el lugar en el que se acota la conflictividad indígena”<sup>278</sup>.

Específicamente, en relación con el sistema ecuatoriano, Grijalva y Exeni sostienen que “una interpretación puramente exegética de esta norma (el artículo 171 de la Constitución ecuatoriana) llevaría a concluir que la justicia indígena solo regiría en territorios claramente delimitados de las comunidades indígenas”, pero “tal interpretación no es materialmente aplicable pues restringiría y en algunos casos suprimiría la justicia indígena, exceptuando quizá algunos pueblos indígenas amazónicos”<sup>279</sup>.

Ante tal panorama, para arribar a una legislación que trate sobre la competencia de la jurisdicción indígena, será menester estudiar y analizar la correcta interpretación y aplicación de este primer factor que, a su vez, se vincula con la compleja cuestión de las tierras indígenas.

En relación con el factor material, es dable estimar que la Constitución no es el instrumento jurídico adecuado para establecer específicamente cuáles serían los bienes jurídicos cuya protección quedaría fuera de la competencia de la justicia indígena. Empero, sigue siendo problemática la restricción misma de esta y el órgano encargado de realizarla, es decir, será necesario decidir bajo qué criterios y por quién se llevaría a cabo la exclusión de ciertas materias de tal competencia, si acaso la justicia ordinaria o el legislador. Esta cuestión, a su vez, se vincula directamente con el tipo de coordinación que se establecerá entre los subsistemas jurídicos indígenas y el sistema estatal, lo que será profundizado en el apartado siguiente.

Por último, y en relación con el factor personal, es pertinente referirse al principio de igualdad ante la ley. Por un lado, podría considerarse que el reconocimiento de diversos sistemas de justicia en un mismo Estado vulnera tal principio y quienes no pertenezcan a algún pueblo originario eventualmente quedarían en una posición desventajosa frente a quienes sí. En esta línea, comentarios como “Se aprueba el pluralismo jurídico. Empecemos a despedirnos de la igualdad ante la ley. Sigue avanzando una CC separatista y

---

<sup>278</sup> Cantillana y del Solar, “Justicia indígena y nueva constitución”, 270.

<sup>279</sup> Agustín Grijalva y José Luis Exeni, “Coordinación entre justicias, ese desafío”, en *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, ed. Boaventura de Sousa y Agustín Grijalva (Quito: Ediciones Abya-Yala, 2013), 600.

refundacional”<sup>280</sup> o “Adiós a la igualdad ante la ley. Aprobado el pluralismo jurídico”<sup>281</sup> estuvieron muy presentes en el desarrollo de la Convención Constitucional.

Por otro lado, es posible estimar que el reconocimiento de la jurisdicción indígena no violaría el principio de igualdad ante la ley, sino que lo profundizaría<sup>282</sup>, toda vez que permite que los pueblos indígenas puedan acceder a sus derechos colectivos para así estar en igualdad con respecto de los demás ciudadanos. Y, para hacer frente a dichos comentarios, es pertinente poner el énfasis en que se trataría de “un (sub)sistema de justicia paralelo, pero no necesariamente independiente”, ya que “funciona en coordinación con el resto del sistema de justicia”<sup>283</sup>.

En definitiva, es factible considerar que, admitir, reconocer y respetar la administración de justicia indígena demuestra que el camino a una igualdad plena es posible. En otras palabras, permitir que en un mismo Estado la administración de justicia no sea “semejante” para toda la ciudadanía, en base a que parte de ella presenta características tales que ameritan la vigencia de un sistema de justicia diferente, no es otra cosa que un reflejo del compromiso con el principio de igualdad<sup>284</sup>.

#### c. Coordinación entre ambas justicias.

Antes de adentrarnos en este tema, cabe señalar que, Boaventura de Sousa Santos<sup>285</sup> identifica, en la experiencia comparada, cuatro posibles formas de relación entre la justicia indígena y la ordinaria:

- i. La negación. Es la negativa a reconocer la existencia de otra justicia.
- ii. La coexistencia a distancia. Implica un reconocimiento recíproco, pero con la prohibición de contactos.
- iii. La reconciliación. La justicia políticamente dominante, que es la ordinaria, reconoce a la justicia subalterna indígena, y para reparar su represión e ignorancia le confiere cierta dignidad, bajo un sistema de subordinación.

---

<sup>280</sup> Eduardo Cretton en twitter, 16 de febrero 2022, <https://x.com/cretton15/status/1493783287952642049>

<sup>281</sup> Martín Arrau en twitter, 2 de marzo 2022, <https://x.com/martinarrau/status/1499160266763747337>

<sup>282</sup> Osvaldo Solís, entrevista en “La caricaturización del pluralismo jurídico es por el miedo a la autonomía territorial indígena”, por Paula Huenchumil, Interferencia, 21 de febrero de 2022, <https://interferencia.cl/articulos/investigador-la-caricaturizacion-del-pluralismo-juridico-es-por-el-miedo-la-autonomia>

<sup>283</sup> Mario Herrera, en “Propuesta constitucional ¿Qué es el Pluralismo Jurídico?”, 27 de julio de 2022, <https://www.24horas.cl/proceso-constituyente/propuesta-constitucional-que-es-el-pluralismo-juridico>

<sup>284</sup> Ramírez, “Igualdad como Emancipación”, 47.

<sup>285</sup> Boaventura de Sousa, “Cuando los excluidos tienen Derecho”, 35 y 36.

iv. La convivencia. Consiste en un ideal cuya aspiración es que ambas justicias se reconozcan recíprocamente, respetando su autonomía y enriqueciéndose mutuamente.

Esta última forma es especialmente compleja, pues “presupone una cultura jurídica de convivencia, compartida por los operadores de las dos justicias en presencia”<sup>286</sup>, de la que claramente carece el sistema jurídico chileno.

Teniendo presente lo anterior, cabe señalar que la coordinación entre ambas justicias es un elemento trascendental para su correcto funcionamiento, toda vez que permite obtener su efectiva legitimidad, evitando impunidad, decisiones contradictorias y arbitrarias<sup>287</sup>. Además, generar herramientas para dicha coordinación implica a su vez respetar a la institucionalidad indígena<sup>288</sup>.

Sin embargo, encontrar puntos de equilibrio que permitan una convivencia armónica es una cuestión bastante compleja que exige superar ciertos obstáculos, entre ellos, evitar que se produzca, por un lado, una exacerbada subordinación del derecho propio indígena al derecho occidental y, por otro, una estrecha delimitación de los ámbitos de competencia en desmedro de la jurisdicción indígena<sup>289</sup>.

De esta manera, tal como destaca Ramírez, es muy importante que la coordinación no se visualice como una “concesión generosa” del Estado que “permite” la resolución de conflictos al interior de las comunidades dentro de un marco muy limitado que le deje pronunciarse sólo sobre cuestiones menores<sup>290</sup>.

Ahora bien, se discute cuál es la herramienta más efectiva para lograr la convivencia de ambas justicias. En términos generales, se observan dos opciones.

Por un lado, se estima que la dictación de una ley de coordinación sería la vía adecuada, sobre todo considerando que, cuando se establecen las reglas competenciales en el texto constitucional, existe un riesgo de petrificación. Sin embargo, también cabe considerar que dicha ley solo debiese marcar “con trazos gruesos los principales aspectos de la coordinación”, es decir, de ninguna forma “debe avanzar sobre lo que el derecho indígena es o sobre su contenido”<sup>291</sup>, sino que debe atenerse a precisar los puntos de tensión y las reglas que permitirían la armonía entre ambas jurisdicciones.

---

<sup>286</sup> Boaventura de Sousa, “Cuando los excluidos tienen Derecho”, 36.

<sup>287</sup> Cantillana y del Solar, “Justicia indígena y nueva constitución”, 264.

<sup>288</sup> Ramírez, *La justicia indígena y la justicia ordinaria frente a los conflictos civiles*, 23.

<sup>289</sup> Ramírez, *La justicia indígena y la justicia ordinaria frente a los conflictos civiles*, 23.

<sup>290</sup> Ramírez, *La justicia indígena y la justicia ordinaria frente a los conflictos civiles*, 23.

<sup>291</sup> Ramírez, *La justicia indígena y la justicia ordinaria*, 24.

Con todo, si bien en este caso la coordinación quedaría entregada a la ley, igualmente se atiende a que la Constitución debiese proporcionar orientaciones en cuanto al ámbito de vigencia material, territorial y personal de la jurisdicción indígena<sup>292</sup>, cuya importancia se destacó en el apartado anterior.

Es pertinente señalar que esta fue la alternativa que se vio plasmada en nuestro país en el contexto de la Convención Constitucional. En palabras de Mario Herrera, cientista político, la propuesta de Nueva Constitución estableció que “en esos ámbitos en que haya una especie de choque de competencia entre los tribunales de los pueblos originarios, versus los tribunales de justicia ordinarios va a ser una ley que fije los mecanismos mediante los cuales se van a resolver esas controversias”<sup>293</sup>.

Además, cabe mencionar que la mayoría del Pleno de la Convención Constitucional rechazó una indicación realizada por algunos convencionales, en virtud de la cual los sistemas de justicia indígena solo conocerían de aquellas materias que la ley estableciera expresamente y que en ningún caso podría conocer de asuntos penales; ello bajo el entendido de que debe ser la ley, y no la Constitución, la que en un futuro se haga cargo de la implementación del sistema de justicia indígena, según las normas consuetudinarias de cada pueblo<sup>294</sup>.

Por otro lado, se encuentra la opción de que la coordinación entre ambas justicias se realice de manera jurisprudencial o casuísticamente, mediante las interpretaciones que adopten los tribunales superiores en sus sentencias. Por ejemplo, en Colombia, la Corte Constitucional es la que se encarga de la coordinación entre ambas justicias, estableciendo reglas y principios generales<sup>295</sup>.

En la misma línea, Mella Seguel y Villegas se refieren a “la creación de un tribunal que tenga jurisdicción especial e independiente, que se extienda a todo el territorio nacional, cuya función sea la de coordinar las justicias indígenas con la justicia oficial, en el sentido de revisar las resoluciones que se tomen en las comunidades indígenas, a fin de comprobar que ellas no vulneren las garantías fundamentales, con un enfoque intercultural”<sup>296</sup>.

Ahora bien, si se opta por esta segunda alternativa, es dable sostener que la composición del órgano a cargo de la coordinación debe ser mixta o intercultural, puesto que

---

<sup>292</sup> Ovalle et al., “Análisis de la propuesta de nueva constitución”, 27.

<sup>293</sup> Mario Herrera, en “Propuesta constitucional ¿Qué es el Pluralismo Jurídico?”, 24 horas, 27 de julio de 2022, <https://www.24horas.cl/proceso-constituyente/propuesta-constitucional-que-es-el-pluralismo-juridico>

<sup>294</sup> Andrés Cruz y Natividad Llanquileo, en “Pleno zanja discusión sobre justicia indígena y establece que sus límites serán materia de ley”, *El mostrador*, 12 de abril de 2022, <https://www.elmostrador.cl/destacado/2022/04/12/pleno-zanja-discusion-sobre-justicia-indigena-y-establece-que-sus-limites-seran-materia-de-ley/>

<sup>295</sup> Cantillana y del Solar, “Justicia indígena y nueva constitución”, 266.

<sup>296</sup> Mella-Seguel y Villegas, *Cuando la costumbre se vuelve ley*, 186.

los indígenas serían actores claves en la generación de estándares de aplicabilidad de sus propias tradiciones<sup>297</sup>.

En el sistema ecuatoriano en concreto, pese a que desde la Constitución de 1998 se ordenó la dictación de una ley para implementar esta coordinación, ello no ha sucedido. No obstante, el Código Orgánico de la Función Judicial, contempla la figura de la “declinación de competencia” como forma de coordinación entre ambas justicias, en virtud de la cual las autoridades indígenas pueden solicitar al juez estatal que respete la garantía al juez natural y se abstenga de juzgar determinado conflicto. Sin embargo, en la práctica, los jueces solicitan requisitos no previstos en la norma, por lo que son pocos los casos en que se ha dado dicha declinación<sup>298</sup>.

De esta manera, la regulación que entrega dicho cuerpo normativo ha sido criticada, precisamente, “por la ausencia de mecanismos que permitan una efectiva delimitación competencial”<sup>299</sup> de los conflictos que le corresponde juzgar a cada justicia. En definitiva, termina siendo la práctica jurisprudencial la que, caso a caso, va delimitando la competencia, cuestión que podría facilitar que se den eventuales arbitrariedades e irregularidades.

#### d. Derechos Humanos.

Por último, cabe referirse a los derechos humanos<sup>300</sup> como límite a la aplicación de la justicia indígena, que es una de las problemáticas más complejas de abordar en un sistema jurídico que consagre el pluralismo jurídico, sobre todo considerando que “los límites a los sistemas sancionatorios indígenas no han sido fruto de un consenso entre culturas, sino que han sido impuestos por la cultura dominante a través de su normativa internacional y nacional, en una especie de “imperialismo cultural””<sup>301</sup>.

En efecto, se observa que se puede producir una tensión entre los valores supuestamente universales que informan los derechos humanos y el respeto de la diversidad cultural<sup>302</sup>, toda vez que, tal como indica la Corte Constitucional de Colombia, mientras los derechos humanos “se fundamentan en normas transculturales, pretendidamente universales, que permitirían afianzar una base firme para la convivencia y la paz entre las naciones, el

---

<sup>297</sup> Cantillana y del Solar, “Justicia indígena y nueva constitución”, 267.

<sup>298</sup> Yumbay, “La Justicia Indígena en el Ecuador”, IWGIA.

<sup>299</sup> Cantillana y del Solar, “Justicia indígena y nueva constitución”, 266.

<sup>300</sup> Entendiendo por tales tanto los derechos fundamentales consagrados en la normativa nacional como los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

<sup>301</sup> Mella-Seguel y Villegas, *Cuando la costumbre se vuelve ley*, 141 y 142.

<sup>302</sup> Luis Villavicencio y Yanira Zúñiga, “El caso de la “Ley Pascua”. Un enfoque más allá del todo o nada”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XXXV n°1 (2022): 177, doi: 10.4067/S0718-09502022000100167.

respeto de la diversidad cultural supone la aceptación de cosmovisiones y de estándares valorativos diversos y hasta contrarios a los valores de una ética universal”<sup>303</sup>.

En otras palabras, el reconocimiento jurídico de los derechos humanos colectivos - como lo es el derecho al derecho propio de los pueblos indígenas- puede originar ciertas tensiones entre aquellos derechos y los derechos humanos individuales<sup>304</sup>. Por ejemplo, y trasladando este asunto a nuestro ordenamiento jurídico, es posible apreciar que la aceptación de acuerdos reparatorios en casos de violencia intrafamiliar, invocando los artículos 8 y 9 del Convenio 169, es una de las materias donde más se ha discutido con respecto a la colisión de los derechos establecidos en el Convenio con otros derechos fundamentales<sup>305</sup>.

Ante dicho escenario, tradicionalmente se han contemplado dos formas de situarse frente a esta problemática. Una, es “teniendo un criterio absoluto respecto de la aplicación de los derechos humanos, en cuya virtud no habría restricciones a los mismos”<sup>306</sup> en base a la cultura. La otra, es “interpretar los límites a los sistemas sancionatorios indígenas con un criterio relativo”, en cuya virtud las actuaciones que configuran el conflicto jurídico “deben ser valoradas solo a la luz de la propia cultura”<sup>307</sup> o cosmovisión de que se trate.

Claramente, y tal como señalan Mella-Seguel y Villegas, “tanto una como otra postura impiden el diálogo, la primera, porque trata de eliminar o neutralizar al indígena, y la segunda, porque si en la sociedad indígena todo es tan bueno, no debería haber posibilidad de interactuar con ellos *so pena* de contaminarlos”<sup>308</sup>

Por ello, “la doctrina se inclina por morigerar estas distancias” y encuentra una “solución en la reinterpretación del carácter universal de los derechos humanos”<sup>309</sup>. En esta línea, el abogado y académico Claudio Nash, sostiene que, para lograr un efectivo goce y ejercicio de los derechos humanos, la labor interpretativa de aquellos debe necesariamente hacerse en función del contexto y las particularidades del titular del derecho, en este caso los indígenas<sup>310</sup>, cuestión que no implica crear una situación de privilegio para estos, sino, al contrario, reconocer su desigualdad estructural a la hora de aplicar la normativa nacional e internacional que reconoce y protege los derechos humanos.

---

<sup>303</sup> Sentencia N°T-254/94 de 30 de mayo de 1994 Corte Constitucional de Colombia.

<sup>304</sup> Millaleo, “Derecho Consuetudinario indígena y Derecho Penal estatal en Chile”, 86.

<sup>305</sup> Cuestión que rebasa el objetivo de este trabajo, pero altamente interesante.

<sup>306</sup> Mella-Seguel y Villegas, *Cuando la costumbre se vuelve ley*, 142.

<sup>307</sup> Mella-Seguel y Villegas, *Cuando la costumbre se vuelve ley*, 143.

<sup>308</sup> Mella-Seguel y Villegas, *Cuando la costumbre se vuelve ley*, 143.

<sup>309</sup> Mella-Seguel y Villegas, *Cuando la costumbre se vuelve ley*, 143.

<sup>310</sup> Claudio Nash, “La interpretación culturalmente sensible de los derechos humanos”, en *Justicia constitucional y derechos fundamentales N°4 pluralismo* jurídico, ed. por Víctor Bazán y Claudio Nash (Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2014), 62.

Además, se observa que una alternativa dable, para resolver una posible colisión entre los derechos humanos individuales y las reglas consuetudinarias del derecho indígena, es la ponderación, caso a caso, de la afectación de los derechos en conflicto<sup>311</sup>. Ello, sin perder de vista que el intérprete, al dotar de contenido y alcance a un derecho en un caso concreto, debiese privilegiar la “lectura de la norma que le permita al titular gozar y ejercer sus derechos humanos frente a nuevas realidades que pudieran estar fuera del imaginario de los Estados al momento de consagrar los derechos en instrumentos internacionales”<sup>312</sup>.

En definitiva, el que los derechos humanos sean un límite aceptable con respecto a la administración de justicia, tanto indígena como estatal, resulta inobjetable, pero el cómo se entienden e interpretan los mismos es algo que aún se discute<sup>313</sup>, por lo que una futura legislación debe ser capaz de contemplar herramientas que reflejen lo trascendental que es que los derechos humanos sean interpretados interculturalmente, bajo el entendido de que la cosmovisión indígena se rige por otros principios que considera relevantes, por ejemplo, el cuidado de la naturaleza y la relación de las personas con esta prima por sobre el derecho de propiedad.

Así, es necesario que, junto con el reconocimiento de la jurisdicción indígena, se supere de una vez “el paradigma de la neutralidad en la interpretación, incorporando la situación de vulnerabilidad que afecta a las comunidades indígenas y el factor cultural preponderante” como elementos imprescindibles para el efectivo reconocimiento y funcionamiento de aquella, dado que “para lograr el pleno goce y ejercicio de los derechos es necesario tener en cuenta las particularidades culturales”<sup>314</sup>.

Ello, sin desatender que, “la aplicación de los usos y costumbres indígenas no puede ser una excusa para violar los derechos humanos de los miembros de dichas comunidades, en particular, de aquellos tradicionalmente excluidos, como mujeres, niños y niñas y personas con capacidades distintas”<sup>315</sup>.

### 8.3. Alternativas de reconocimiento bajo la normativa chilena vigente.

Luego de haber abordado las múltiples dificultades asociadas con el reconocimiento de la jurisdicción indígena, es pertinente referirse a las formas en que esta podría ser

---

<sup>311</sup> Millaleo, “Derecho Consuetudinario indígena y Derecho Penal estatal en Chile”, 98.

<sup>312</sup> Nash, “La interpretación culturalmente sensible de los derechos humanos”, 63.

<sup>313</sup> Gajardo, “Multiculturalismo y el debate constitucional chileno”, 214.

<sup>314</sup> Nash, “La interpretación culturalmente sensible de los derechos humanos”, 71.

<sup>315</sup> Nash, “La interpretación culturalmente sensible de los derechos humanos”, 71.

efectivamente reconocida por nuestro ordenamiento jurídico, en conformidad con la normativa actual.

Dado que nuestro sistema jurídico no reconoce, a nivel constitucional, a los pueblos indígenas ni a sus derechos, a primera vista podría pensarse que es imposible incorporar alguno de los elementos del sistema ecuatoriano para efectos de implementar la justicia indígena en Chile. Sin embargo, en este trabajo se considera que existen algunas alternativas jurídicas compatibles con la Constitución vigente que permitirían **reconocer la jurisdicción indígena y otorgarles valor a las decisiones** que se toman en las comunidades indígenas en el contexto de la administración de justicia, **como ocurre en Ecuador**.

A continuación, se analizarán dos figuras jurídicas que podrían ser valoradas como alternativas para el reconocimiento de la jurisdicción indígena en nuestro país: Los tribunales indígenas especiales y los tribunales indígenas arbitrales.

Lo anterior, a la luz de lo dispuesto en el artículo 76 de la Constitución, que luego de señalar que *“para hacer ejecutar sus resoluciones, y practicar o hacer practicar los actos de instrucción que determine la ley, los tribunales ordinarios de justicia y los especiales que integran el Poder Judicial, podrán impartir órdenes directas a la fuerza pública o ejercer los medios de acción conducentes de que dispusieren”*, dispone que **“Los demás tribunales lo harán en la forma que la ley determine”**, es decir, admite la posibilidad de que existan otros tribunales. Lo que vamos a analizar en los siguientes puntos de este apartado es, precisamente, qué clase de tribunales podrían ser.

#### 8.2.1. Tribunales especiales.

En este punto, es importante destacar el trabajo de Myrna Villegas y Eduardo Mella-Seguel titulado “Cuando la costumbre se vuelve ley: La cuestión penal y la pervivencia de los sistemas sancionatorios indígenas en Chile”, específicamente su capítulo V, denominado “Posibilidades de implementación de la justicia indígena en Chile”. Para abordar esta problemática, dichos autores parten de la base de que la interpretación que hizo nuestro Tribunal Constitucional en la sentencia Rol N°309-2000, en el sentido de que la jurisdicción indígena sería incompatible con el sistema procesal chileno al contrariar los artículos **73** (actual artículo **76**)<sup>316</sup> y **19 n°3**<sup>317</sup> de la Constitución, es totalmente discutible<sup>318</sup>.

---

<sup>316</sup> En virtud del cual *la facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece **exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley.***

<sup>317</sup> Según el cual *nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el **tribunal que señalare la ley** y que se hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho, y toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un **proceso previo legalmente tramitado.***

<sup>318</sup> Mella-Seguel y Villegas, *Cuando la costumbre se vuelve ley*, 170.

En efecto, Villegas y Mella-Seguel sostienen que no existirían “impedimentos para el reconocimiento de la validez del derecho propio indígena o de sus sistemas sancionatorios”<sup>319</sup>, e interpretando *a contrario sensu* lo señalado por el Tribunal Constitucional, bastaría con la promulgación de una ley para la creación de los tribunales indígenas<sup>320</sup>.

Cabe recordar que el contenido de dicha sentencia fue estudiado en el segundo capítulo del presente trabajo, específicamente en el apartado 4.1. Mediante ella, el Tribunal Constitucional declaró la constitucionalidad del Convenio 169 de la OIT. No obstante, en el considerando 52°, confrontando el texto del artículo 9 del Convenio con el contenido de las dos normas constitucionales mencionadas, concluyó que “lo que el Convenio dispone es absoluta y nítidamente incompatible con el sistema procesal nacional”, dado que la Constitución “es categórica en cuanto ordena que todos los conflictos que se promuevan dentro del territorio de la República, deberán someterse a la jurisdicción de los tribunales nacionales para ser resueltos por medio de un debido proceso” y que “la facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutado lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley”, de manera tal que “excluye el empleo de cualquier otro medio de solución de conflictos que pudieran usar los pueblos interesados para la represión de los delitos cometidos por sus miembros, como lo es el que propone el artículo 9 del Convenio”<sup>321</sup>.

Ahora, si bien algunos podrían estimar que la ausencia de un reconocimiento constitucional previo es un obstáculo para la aprobación de una ley que reconozca a la jurisdicción indígena, ello, jurídicamente hablando, no es un impedimento, pues no habría infracción al artículo **76** de la Constitución<sup>322</sup>, es más, en nuestro ordenamiento ya existen tribunales especializados<sup>323</sup> y procedimientos especiales<sup>324</sup> establecidos por la ley.

Entonces, será el legislador quien regule la creación, competencia y funcionamiento de estos tribunales especiales indígenas, para lo cual deberá abordar diversas aristas jurídicas, políticas y culturales complejas, toda vez que su implementación debe equilibrar, por un lado, el respeto a la autonomía indígena, y por otro, el respeto al marco constitucional vigente.

En este sentido, dado que dichos tribunales especiales pasarían a ser órganos del Estado, es trascendental tener en consideración lo dispuesto en los artículos **7** y **19 N°3** de nuestra Constitución.

---

<sup>319</sup> Mella-Seguel y Villegas, *Cuando la costumbre se vuelve ley*, 170.

<sup>320</sup> Mella-Seguel y Villegas, *Cuando la costumbre se vuelve ley*, 171.

<sup>321</sup> Tribunal Constitucional de Chile, *Sentencia Rol N° 309/2000*, considerando 56. El subrayado es nuestro.

<sup>322</sup> Villegas, “Sistemas sancionatorios indígenas y Derecho penal”, 237.

<sup>323</sup> Por ejemplo, en materia de familia.

<sup>324</sup> Por ejemplo, el procedimiento abreviado.

El primero dispone que los actos de dichos órganos deben realizarse *previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley*, de lo contrario, carecen de validez y generan *las responsabilidades y sanciones que la ley señale*.

Por su parte, el artículo 19 N°3 de la Constitución se refiere a las garantías que conforman el debido proceso, tales como el derecho a ser juzgado *por el tribunal que señale la ley y que se hallare establecido por esta con anterioridad a la perpetración del hecho*, cuya sentencia *debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado* y respetando *las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos*.

En el caso de los tribunales especiales indígenas, el desafío radicaría principalmente en garantizar que se respeten ambas normas constitucionales, a pesar de basarse en un derecho consuetudinario que no está escrito. En definitiva, cumplir con dichos parámetros normativos requiere de un diseño cuidadoso que considere las particularidades del derecho propio indígena y respete los principios fundamentales del sistema jurídico chileno.

En este punto, es pertinente destacar que, en la jurisdicción indígena, en general, sí existe el debido proceso, pero no en el mismo sentido de la justicia estatal<sup>325</sup>. En efecto, según el académico Boaventura de Sousa, este derecho "debe ser entendido de manera intercultural y no rígida". Para explicar esto, se pregunta lo siguiente: Si en la justicia indígena no es necesario que las personas sean representadas por abogados -ya que ello puede hacerlo un familiar o la autoridad de la comunidad- ¿Significa que el debido proceso fue vulnerado? Para él, responder que sí, "sería una manera eurocéntrica de resolver el problema"<sup>326</sup>, cuestión que resulta incompatible con la normativa internacional que protege a los pueblos indígenas y que, como ya vimos, es vinculante para nuestro ordenamiento.

Acercando lo anterior específicamente a la jurisdicción Mapuche, cabe recalcar que en esta no existe un procedimiento establecido en términos de "un debido proceso legal", dadas las diversas formas de interpretación del Az Mapu que tiene cada comunidad<sup>327</sup>, pero sí existen principios comunes fundamentales, propios de la cosmovisión de dicho pueblo, que iluminan su aplicación.

En la misma línea, y con respecto a la exigencia constitucional de que se trate de un "proceso previo legalmente tramitado", es de interés la postura de la Corte Constitucional colombiana, según la cual "la exigencia (...) no puede ir más allá de lo que es necesario para

---

<sup>325</sup> Yumbay, "La Justicia Indígena en el Ecuador", IWGIA.

<sup>326</sup> Boaventura de Sousa Santos, en "El teórico portugués que recomendó el pluralismo jurídico ante la Convención", Pauta (radio en línea), 23 de febrero de 2022, <https://www.pauta.cl/actualidad/2022/02/23/boaventura-de-sousa-santos-pluralismo-juridico-convencion-constitucional.html>

<sup>327</sup> Villegas, "Sistemas sancionatorios indígenas y Derecho penal", 235.

asegurar la previsibilidad de las actuaciones de las autoridades (indígenas); de otra manera, el requisito llevaría a un completo desconocimiento de las formas propias de producción de normas y de los rituales autóctonos de juzgamiento (...). Luego, agrega que “para determinar lo previsible, deberá consultarse (...) la especificidad de la (...) comunidad de que se trate, así como los caracteres de su ordenamiento jurídico”. Pero, “deben evitarse, no obstante, dos conclusiones erradas en torno a esta formulación. Por una parte, el reducir el principio de legalidad a una exigencia de previsibilidad no implica abrir paso a la arbitrariedad absoluta, ya que las autoridades están obligadas necesariamente a actuar conforme lo han hecho en el pasado, con fundamento en las tradiciones que sirven de sustento a la cohesión social. Por otra parte, no puede extenderse este requerimiento hasta volver completamente estáticas las normas tradicionales, en tanto que toda cultura es esencialmente dinámica (...)”<sup>328</sup>.

Ahora, en concreto, para dar cumplimiento a lo prescrito por los dos artículos citados, en el contexto de la creación de los tribunales especiales indígenas, se considera menester que la ley, a lo menos, (i) reconozca a las autoridades indígenas como parte del sistema jurídico y las habilite para actuar como jueces con respecto a los conflictos suscitados en sus comunidades; (ii) establezca un procedimiento formal para su designación, en armonía con los usos y costumbres de cada comunidad indígena; (iii) defina de manera clara la competencia de estos tribunales, en atención a los factores territorial, personal y material, con el objetivo de que los individuos sepan de antemano cuándo y por qué están sujetos a la jurisdicción indígena; (iv) disponga los principios fundamentales mínimos que deben observarse en los procedimientos indígenas para que cumplan con las condiciones del debido proceso; (v) regule mecanismos de supervisión para asegurar que, en el ejercicio de su función jurisdiccional, no excedan sus competencias ni vulneren los derechos fundamentales; y (vi) contemple instancias de capacitación, tanto para las autoridades indígenas, como para los jueces de la justicia ordinaria.

Sin perjuicio de lo señalado, es también necesario tener presente que existen ciertos riesgos vinculados con la legalización del pluralismo jurídico, ya que, como indica la profesora Catherine Walsh, si bien “ayuda a fortalecer la jurisdicción indígena con sus autoridades y competencias propias”, también “puede fortalecer a la burocratización de las estrategias de argumentación a través de la presión por la codificación y regularización”<sup>329</sup>.

---

<sup>328</sup> Sentencia T-349/96 Corte Constitucional colombiana.

<sup>329</sup> Catherine Walsh, “Interculturalidad y Plurinacionalidad: Elementos para el debate constituyente”, *Revista Yachaykuna* n°8 (2008): 63, <http://www.icci.nativeweb.org/yachaykuna/>

En otras palabras, si los usos y costumbres ancestrales se reinterpretan para adaptarse a las categorías legales occidentales, se puede llegar a limitar cómo se definen y se aplican los sistemas consuetudinarios indígenas<sup>330</sup>, por lo cual el legislador debe ser sumamente cuidadoso al momento de regular esta materia, sobre todo teniendo en cuenta que, con respecto al establecimiento de tribunales indígenas, se observan, en general, dos posiciones en los pueblos indígenas, una que niega la posibilidad de un reconocimiento estatal, y una más conciliadora con esta idea, pero escéptica<sup>331</sup>. Ambas se fundan en el temor de que sea solamente el Estado el que regule la creación de estos tribunales con sus leyes, dado que en su mayoría no confían en aquel a causa de la criminalización que han sufrido por demandar la recuperación de sus territorios<sup>332</sup>.

### 8.2.2. Tribunales arbitrales.

Sin perder de vista que la justicia indígena, en general, no consiste simplemente en un método alternativo de resolución de conflictos, como lo son el arbitraje, la conciliación, los jueces de paz o la justicia comunitaria<sup>333</sup>, toda vez que en ella se mezclan normas y procedimientos culturales propios que no están destinados a satisfacer una necesidad de “mecanismos alternativos” a la aplicación de la justicia ordinaria, es dable estimar que dichas formas de administración de justicia “se parecen mucho al derecho indígena y la resolución según usos y costumbres, ya que buscan el equilibrio, la armonía en las relaciones humanas y el rol de un tercero neutral parecido a la autoridad indígena”<sup>334</sup>.

En tal orden de ideas, reconocer a la justicia indígena mediante la figura de los tribunales arbitrales podría ser una alternativa más sencilla, en comparación a la de los tribunales especiales, desde un punto de vista legislativo y práctico, ya que no requeriría modificar profundamente el sistema de justicia vigente ni crear un marco jurídico completamente nuevo. En otras palabras, bajo el entendido de que los árbitros actúan como particulares investidos de la facultad de jurisdicción, estos no son, estrictamente hablando, órganos del Estado -a diferencia de los tribunales especiales que, tal como vimos en el apartado anterior, están directamente vinculados a aquel como entidades públicas-, por lo que las exigencias normativas que impone al respecto nuestra Constitución operarían de una manera menos rígida.

---

<sup>330</sup> López y Tapia, “Colonialidades legales”, 308.

<sup>331</sup> Villegas, “Sistemas sancionatorios indígenas y Derecho penal”, 238.

<sup>332</sup> Villegas, “Sistemas sancionatorios indígenas y Derecho penal”, 225.

<sup>333</sup> Boaventura de Sousa, “Cuando los excluidos tienen Derecho”, 24.

<sup>334</sup> Cletus Gregor, “Derecho Indígena y Medios Alternativos de Resolución de Conflictos”. URVIO, *Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, n°3 (2008): 114, <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=552656563009>

En concordancia con lo anterior, el profesor Rodrigo Bordachar estima que “la necesidad (de los indígenas) de ser juzgados por sus pares y por normas jurídicas propias podía ser suplida por instituciones ya existentes, como el arbitraje de arbitrador”. Además, señala que el arbitraje en materia indígena no sería una figura novedosa, ya que “la Ley indígena contempla que la CONADI cumpla funciones como árbitro para controversias que se susciten entre los miembros de alguna asociación indígena, pudiendo incluso imponer sanciones, como amonestaciones, multas a la asociación y ordenar su disolución”<sup>335</sup>.

En definitiva, es posible apreciar diversas ventajas que traería consigo el vincular la institucionalidad de los tribunales arbitrales con la justicia indígena. Primero, la existencia de un marco jurídico vigente, puesto que el arbitraje ya se encuentra regulado en nuestro ordenamiento, principalmente a través del Código Orgánico de Tribunales<sup>336</sup>, por tanto, las autoridades indígenas encargadas de administrar justicia se integrarían en un marco normativo existente y conocido, sin que sea necesario el reconocimiento de un subsistema jurídico distinto. Segundo, en el arbitraje las partes tienen la libertad de elegir a los árbitros, el procedimiento y las reglas aplicables, lo que, en cierta medida, concuerda con la idea de que las comunidades indígenas resuelvan sus conflictos conforme a sus tradiciones y costumbres, aplicando su derecho propio. Tercero, los tribunales arbitrales tienen un alto grado de autonomía, limitándose la intervención de los tribunales ordinarios a situaciones excepcionales, por ejemplo, la vulneración de derechos fundamentales. Cuarto, el reconocer a los tribunales indígenas como tribunales arbitrales podría ser una opción con mayor aceptabilidad política, al no afectar la unidad jurisdiccional del Estado ni implicar la creación de un sistema de justicia especial.

Ahora, no obstante las mentadas ventajas, también encontramos algunos inconvenientes. Primero, dado que el arbitraje no puede aplicarse a materias penales, se restringiría la facultad de las autoridades indígenas para resolver conflictos que quepan dentro de tales materias, pese a que estos podrían quedar cubiertos por el derecho consuetudinario de cada pueblo. Segundo, y consecuentemente, esta alternativa podría apreciarse como una solución insuficiente al no reconocer plenamente la autonomía de la justicia indígena. Tercero, el arbitraje conlleva ciertas formalidades que podrían no ser del todo compatibles con el derecho propio de algunas comunidades indígenas.

---

<sup>335</sup> Rodrigo Bordachar, en “Justicia indígena: ¿y por qué no mejor arbitraje?”, *El Mercurio*, 24 de agosto de 2022, [https://derecho.uc.cl/images/Justicia\\_ind%C3%ADgena\\_y\\_por\\_qu%C3%A9\\_no\\_mejor\\_arbitraje\\_.pdf](https://derecho.uc.cl/images/Justicia_ind%C3%ADgena_y_por_qu%C3%A9_no_mejor_arbitraje_.pdf)

<sup>336</sup> En sus artículos 222 a 243 específicamente.

Por ello, podría ser una opción más fructuosa el legislar sobre un arbitraje específico para las comunidades indígenas, con características que reflejen de mejor manera las particularidades de la justicia indígena. Así, una ley podría simplificar las formalidades del arbitraje convencional y adaptarlo a los procedimientos indígenas de resolución de conflictos; además de establecer que los árbitros necesariamente serán las autoridades indígenas tradicionales de la comunidad respectiva, designadas conforme a sus costumbres; junto con reconocer explícitamente la validez del derecho propio indígena para la administración de justicia; entre otras cuestiones.

En suma, esta segunda alternativa para el reconocimiento de la justicia indígena en nuestro país podría considerarse menos compleja, bajo el entendido de que, tal como señala Bordachar, "tomando elementos de nuestra actual legislación" sería plausible "integrar la necesidad de los pueblos indígenas de que su tradición jurídica sea reconocida por medio de su homologación o remisión a las normas aplicables al arbitraje de arbitadores", con lo cual es posible garantizar "la unidad de la judicatura, el respeto de las normas de orden público, la igualdad ante la ley y la diversidad de las tradiciones culturales y jurídicas que coexisten en nuestra nación"<sup>337</sup>.

Sin embargo, para que esta vía sea adecuada, resulta necesario incluir ciertas modificaciones que reflejen la realidad cultural y jurídica de las comunidades indígenas, para que así no sea percibida como una mera subordinación de sus tradiciones al sistema estatal.

## **CONCLUSIÓN.**

Para finalizar, cabe subrayar que el principal objetivo de este trabajo de investigación ha sido estudiar la posibilidad de un eventual reconocimiento normativo de la jurisdicción indígena por parte del Estado de Chile, particularmente del pueblo Mapuche, teniendo como guía ilustrativa al ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Para ello, en primer lugar, se identificó y examinó el marco normativo aplicable a la jurisdicción indígena en la República del Ecuador, las características y limitaciones de esta, y el control constitucional que ejerce sobre la misma la Corte Constitucional, mediante la Acción Extraordinaria de Protección.

En paralelo, también se estudió la normativa vigente en Chile vinculada con el reconocimiento de los pueblos indígenas y su jurisdicción. Además, se identificaron los distintos proyectos de ley asociados a esta cuestión y las propuestas entregadas, en el

---

<sup>337</sup> Bordachar, en "Justicia indígena: ¿y por qué no mejor arbitraje?", *El Mercurio*.

contexto del añorado reemplazo del cuerpo constitucional vigente, por la Convención y por el Consejo Constitucional.

Luego, con el propósito de aterrizar la investigación a un plano más concreto, se indagó en la experiencia del pueblo Mapuche, estudiándose su cosmovisión, su sistema normativo, denominado "Az Mapu", y los antecedentes histórico-jurídicos vinculados con el reconocimiento de la potestad de las autoridades indígenas de administrar justicia.

Por último, se establecieron las diferencias y semejanzas existentes entre ambos países y sus respectivos ordenamientos jurídicos, con el fin de, en un futuro, nutrir la eventual discusión con la posible adopción de algunos de los elementos del sistema ecuatoriano en nuestro país, para efectos de reconocer la jurisdicción indígena.

Con respecto a la normativa internacional vinculada con el reconocimiento y respeto de la jurisdicción indígena, tanto Ecuador como Chile se encuentran obligados por las disposiciones de la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y el Convenio N°169 de la OIT. Empero, a nivel local, la normativa estatal que integra sus respectivos ordenamientos jurídicos, y que versa sobre la materia, es del todo disímil.

En el caso de Ecuador, se identificó la presencia de una regulación tanto a nivel constitucional, en las Constituciones de los años 1998 y 2008, como a nivel legal, en los Códigos Orgánicos de la Función Judicial e Integral Penal, y la Ley Orgánica de Control Constitucional. En estos instrumentos normativos se reconocen y protegen los derechos colectivos de los pueblos indígenas, dentro de los que se encuentran las facultades jurisdiccionales que ejercen las autoridades de las respectivas comunidades y naciones indígenas, para administrar justicia en base a sus tradiciones y derecho propio. Asimismo, se regulan los límites a que se encuentra sujeta la jurisdicción indígena, esto es, en términos generales, que se trate de conflictos internos, dentro de su ámbito territorial y entre personas indígenas, siempre respetando los derechos humanos. No obstante, también se observan algunos déficits en el sistema ecuatoriano y sigue pendiente la regulación de los conflictos de competencia entre ambas jurisdicciones.

Por el contrario, en nuestro país, pese a que un 12,8% de la población total se autoidentifique como indígena, y que el pueblo Mapuche, por sí solo, supere la totalidad de la población que es parte de las nacionalidades indígenas en Ecuador, ni siquiera se reconoce constitucionalmente a los pueblos indígenas, y menos su jurisdicción. Por su parte, la

denominada *Ley Indígena* si bien consagra ciertos derechos de los pueblos indígenas, estos “no siguen una matriz de derecho colectivo, sino que un paradigma liberal-individualista”<sup>338</sup>.

Ante tal escenario es, a lo menos, preocupante la dilación con que se han discutido los diversos proyectos de ley que buscan suplir tal falta de reconocimiento y protección de los pueblos indígenas y sus derechos. No obstante, es esencial destacar la importancia del debate instaurado por la Convención Constitucional, que en sí misma fue un hito al contar con la participación directa de los pueblos indígenas, y demostró la presencia de ciertos consensos con respecto a la convivencia armónica del sistema estatal y los subsistemas indígenas, siendo un gran paso para lograr un efectivo reconocimiento de las diversas culturas y tradiciones que conviven en nuestro país.

Ahora, si bien se identificó la presencia de diversas complejidades relacionadas con el reconocimiento de la jurisdicción indígena, ellas no son insalvables y simplemente requieren de una voluntad política de cambio. En efecto, es posible estimar que nuestra actual Constitución Política permitiría la instauración de tribunales indígenas, empero, el gran desafío está en decidir bajo qué figura institucional podrían operar.

Al respecto, en esta memoria se presentaron dos alternativas viables, por un lado, la creación de tribunales especiales indígenas, mediante la dictación de una ley, y por otro, el establecimiento de tribunales arbitrales indígenas.

Ambas opciones presentan ventajas y dificultades, pero persiguen el mismo fin, que es utilizar las normas habilitantes vigentes en nuestro ordenamiento jurídico que, junto con permitir el rescate de las tradiciones ancestrales de los pueblos indígenas presentes en nuestro país, admitan velocidades distintas según el pueblo de que se trate, para así reconocer sus facultades jurisdiccionales y otorgarles valor a las sentencias que dictan las autoridades indígenas, tal como ocurre en Ecuador, cuidando no vulnerar, por un lado, las garantías mínimas del debido proceso, y el derecho de los pueblos indígenas a recuperar y conservar sus instituciones jurídicas propias, por el otro, para lo cual es indudablemente trascendental la escrituración de los procedimientos y normas consuetudinarias indígenas.

---

<sup>338</sup> Katherine Becerra, “¿Pluralismo jurídico, interlegalidad o entrelazamiento jurídico?”, *Estudios Constitucionales*, vol. 21 n°2 (2023): 235.

## BIBLIOGRAFÍA

### Libros y revistas:

Aguas, Javier y Nahuelpan. Héctor. "Los límites del reconocimiento indígena en Chile neoliberal. La implementación del Convenio 169 de la OIT desde la perspectiva de dirigentes Mapuche Williche". *Revista CUHSO*, vol. 29 n°1 (2019): 108-130. <http://dx.doi.org/10.7770/0719-2789.2018.cuhso.04.a01>.

Antona Bustos, Jesús. *Los derechos humanos de los pueblos indígenas. El Az Mapu y el caso Mapuche*. Temuco: Universidad Católica de Temuco Ediciones, 2014.

Arcaro, Luis y Jank, Ángela. "Pluralismo jurídico y justicia indígena: Propuestas para la nueva Constitución Chilena". *Estudios Constitucionales Número Especial* (2021): 350-382.

Aylwin, José, y Yáñez, Nancy. "Los derechos de los pueblos indígenas en Chile". En *Los pueblos indígenas y el derecho*, coordinado por José Aylwin, 41-316. Santiago: LOM Ediciones, 2013.

Baltazar, Rosa. "La Justicia indígena en el Ecuador". En *Derechos Ancestrales: Justicia en Contextos Plurinacionales*, editado por Carlos Espinosa y Danilo Caicedo, 451-472. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.

Becerra, Katherine. "¿Pluralismo jurídico, interlegalidad o entrelazamiento jurídico? Consecuencias del uso del derecho consuetudinario indígena y la justicia indígena en los procesos constituyentes chilenos y en perspectiva comparada latinoamericana". *Estudios Constitucionales*, vol. 21 n°2 (2023): 221-255.

Cantillana, Pablo y Del Solar, María José. "Justicia indígena y nueva constitución: Desafíos para el futuro de Chile". *Anuario de Derechos Humanos* vol. 18 n°2 (2022): 253-280. <https://doi.org/10.5354/0718-2279.2022.66675>

Carpio, María Bernarda. "Pluralismo jurídico en el Ecuador ¿existencia de una verdadera aplicabilidad en el ámbito penal?". *USFQ Law Review* 2 n°1 (2015): 207-230. <https://doi.org/10.18272/lr.v2i1>

Carrillo, Yoel, y Cruz, Juan Pablo. "Algunos límites a la justicia indígena en Ecuador". *Ratio Juris*, 11 n°23 (2016): 155-188. <https://doi.org/10.24142/raju.v11n23a6>

- Contesse, Jorge, ed. *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2010*. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, 2010.
- Espejo, Nicolás, ed. *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2007*. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, 2007.
- Espejo, Nicolás, ed. *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2008*. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, 2008.
- Fernández, Juan y Fuentes, Claudio. "Reconocimiento de los pueblos indígenas: Qué y cuánto se reconoce en las constituciones del mundo". *ICSO* n°46 (2018): 1-26. <https://icso.udp.cl/publicacion/reconocimiento-de-los-pueblos-indigenas-que-y-cuanto-se-reconoce-en-las-constituciones-del-mundo/>
- Gajardo, Jaime. "Multiculturalismo y el debate constitucional chileno". *Revista de Derecho Escuela de Postgrado* n°6 (2014): 205-236. <https://revistaderecho.uchile.cl/index.php/RDEP/article/view/36009>
- Gregor, Cletus. "Derecho Indígena y Medios Alternativos de Resolución de Conflictos". *URVIO, Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad* n°3 (2008): 110-118. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=552656563009>
- Grijalva, Agustín. "Del presente se inventa el futuro: justicias indígenas y Estado en Ecuador". En *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, editado por Boaventura de Sousa y Agustín Grijalva, 51-76. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2013.
- Grijalva, Agustín. "El Estado plurinacional e intercultural en la Constitución ecuatoriana de 2008". En *Derechos Ancestrales: Justicia en Contextos Plurinacionales*, editado por Carlos Espinosa y Danilo Caicedo, 389-407. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Grijalva, Agustín y Exeni, José Luis. "Coordinación entre justicias, ese desafío". En *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, editado por Boaventura de Sousa y Agustín Grijalva, 581-613. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2013.
- Herreño, Ángel. "Evolución política y legal del concepto de territorio ancestral indígena en Colombia". *Revista El Otro Derecho*, n°31-32 (2004): 247-272.

- Llasag, Raúl. "Constitucionalismo y pluralismo jurídico: balance de la aplicación de las reformas constitucionales relativas al Derecho indígena en el Ecuador". En *Emancipación y transformación constitucional*, editado por Luis Ávila Linzán, 243-271. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011.
- López, Sebastián y Tapia, Silvana. "Colonialidades legales: la constitucionalización de la justicia indígena y la continuidad del discurso judicial hegemónico en Ecuador". *Revista Derecho del Estado*, n°52 (2022): 299-331. <https://doi.org/10.18601/01229893.n52.10>
- Masapanta, Christian. "El Derecho indígena en el contexto constitucional ecuatoriano: Entre la exigibilidad de derechos y el reconocimiento del pluralismo jurídico". En *Derechos Ancestrales: Justicia en Contextos Plurinacionales*, editado por Carlos Espinosa y Danilo Caicedo, 409-450. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Melin, Miguel; Coliqueo, Patricio, Curihuinca, Elsy y Royo, Manuela. *Az Mapu. Una Aproximación al Sistema Normativo Mapuche desde el Rakizum y el Derecho Propio*. Santiago: INDH, 2016.
- Mella-Seguel, Eduardo y Villegas, Myrna. *Cuando la costumbre se vuelve ley. La cuestión penal y la pervivencia de los sistemas sancionatorios indígenas en Chile*. Santiago: LOM Ediciones, 2017.
- Meza-Lopehandía, Matías; Sierra, Lucas; Salazar, Francisca y Ribera, Teodoro. "Simposio Desafíos y alcances de la implementación del Convenio N°169 de la OIT en Chile". *Anuario de Derechos Humanos* vol. 6 (2010): 49-67.
- Meza-Lopehandía, Matías. "El Convenio N°169 sobre pueblos indígenas y tribales de la Organización Internacional del Trabajo". En *Los pueblos indígenas y el derecho*, coordinado por José Aylwin, 337-433. Santiago: LOM Ediciones, 2013.
- Millaleo, Salvador. "Derecho Consuetudinario indígena y Derecho Penal estatal en Chile: sentido y alcance del artículo 54 de la Ley indígena y el reconocimiento de la costumbre como eximente y atenuante, a la luz del Convenio 169 de la OIT y la Declaración Universal de Derechos de los Pueblos Indígenas". En *Aspectos culturales de la defensa de imputados indígenas*, 15-103. Santiago: Defensoría Penal Pública, 2016.

- Nash, Claudio. "La interpretación culturalmente sensible de los derechos humanos". En *Justicia constitucional y derechos fundamentales N°4 pluralismo jurídico*, editado por Víctor Bazán y Claudio Nash, 61-72. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2014.
- Ovalle, Alejandra; Cea, José Luis; Concha, Germán; Fermandois, Arturo; Romero, Juan José; Rosales, Cecilia, y Soto, Sebastián. "Análisis de la propuesta de nueva Constitución a la luz de principios del constitucionalismo". *Revista Chilena del Derecho* Vol 49 n°2 (2022): 5-33.  
<https://revistachilenadederecho.uc.cl/index.php/Rchd/article/view/53315/43539>
- Palma, Rosario, y Sandrini, Renata. "Mujer mapuche y retos de la justicia intercultural: aplicación del derecho propio indígena en delitos de violencia intrafamiliar". *Anuario de Derechos Humanos* n°10 (2014): 151-161.
- Quilaleo, Fernando. "La implementación del Convenio 169 de la OIT en Chile: La paradoja de los derechos indígenas". *Anuario de Derechos Humanos* 2018, n°14 (2018): 141-153,  
<https://doi.org/10.5354/0718-2279.2018.49199>.
- Quiroz, Cristián. "Pluralismo jurídico y justicia indígena en Ecuador". *INNOVA Research Journal* 2 n°12 (2017): 49-58. <https://doi.org/10.33890/innova.v2.n12.2017>
- Ramírez, Silvina. "Igualdad como Emancipación: Los Derechos Fundamentales de los Pueblos Indígenas". *Anuario de Derechos Humanos* 2007 n°3 (2007): 33-50.
- Ramírez, Silvina. *La justicia indígena y la justicia ordinaria frente a los conflictos civiles. Camino para su articulación*. Santiago: CEJA, 2021.  
<https://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/5697>
- Rivas, Antonia. "Derechos humanos de los pueblos indígenas en Chile". En *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2020*, editado por Lidia Casas B. y Judith Schönsteiner 241-277. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, 2020.
- Sánchez, Juan. "El Az Mapu o sistema jurídico mapuche". *Revista Crea* n°2 (2001): 28-39.
- Santos, Boaventura de Sousa. "Cuando los excluidos tienen Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad". En *Justicia indígena, plurinacionalidad e*

*interculturalidad en Ecuador*, editado por Boaventura de Sousa y Agustín Grijalva, 13-50. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2013.

Sierra, Lucas. "Simposio Desafíos y alcances de la implementación del Convenio N°169 de la OIT en Chile". *Anuario de Derechos Humanos* vol. 6 (2010): 50-67. <https://anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/11481>

Villavicencio, Luis y Zúñiga, Yanira. "El caso de la "Ley Pascua". Un enfoque más allá del todo o nada". *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XXXV n°1 (2022): 167-189.

Villegas, Myrna. "Derecho propio indígena y derecho penal chileno: Abriendo camino para su reconocimiento". *Revista de Ciencias Penales*, vol. XLII n°3 (2015): 265-284. <https://revistadecienciaspenales.cl/wp-content/uploads/2019/02/Derecho-y-Ciencias-Penales-13.pdf>

Villegas, Myrna. "Sistemas sancionatorios indígenas y Derecho penal. ¿Subsiste el Az Mapu?", *Política Criminal* vol. 9, N°17 (2014): 213-247.

Walsh, Catherine. "Interculturalidad y Plurinacionalidad: Elementos para el debate constituyente". *Revista Yachaykuna* n°8 (2008): 36-71. <http://www.icci.nativeweb.org/yachaikuna/>

Wilhelm, Ernesto. *Lonco Pascual Coña ñi tuculpazugun: Testimonio de un cacique mapuche*. 7ª edición. Santiago: Pehuén, 2002.

Yrigoyen, Raquel. "Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos". *Revista El Otro Derecho* n°30 (2003): 171-196. <https://ilsa.org.co/2022/01/el-otro-derecho-n-30/>

Yumbay, Mariana. "La Justicia Indígena en el Ecuador". IWGIA. Grupo de Trabajo Internacional para Asuntos Indígenas, 28 de noviembre de 2022. <https://www.iwgia.org/es/ecuador/4967-la-justicia-ind%C3%ADgena-en-el-ecuador.html>

Yumbay, Mariana. "La relación entre la justicia indígena y la justicia ordinaria en Ecuador". En *Pluralismo Jurídico en Latinoamérica. Cooperación, coordinación y tensiones entre la*

*Justicia Indígena y la Justicia Ordinaria*, editado por Goerg Dufner, Bernardo Ponce y Miguel Vargas, 99-123. La Paz: Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 2019.

Zambrano, Diego. "Justicias ancestrales. Analogías y disanalogías entre sistemas jurídicos concurrentes". En *Derechos Ancestrales: Justicia en Contextos Plurinacionales*, editado por Carlos Espinosa y Danilo Caicedo, 219-249. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.

### **Jurisprudencia:**

- Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia N°T-254/94*, 30 de mayo de 1994.
- Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia T-349/96*, 8 de agosto de 1996.
- Tribunal Constitucional de Chile. *Sentencia Rol N°309/2000*, 16 de agosto de 2000.
- Corte Constitucional de Ecuador. *Sentencia N°113-14-SEP-CC*, 30 de julio de 2014.

### **Normativa:**

#### **Internacional:**

- Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas.
- Convenio N°169, de la OIT, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes.

#### **Ecuatoriana:**

- Constitución de la República del Ecuador de 1830.
- Constitución de la República del Ecuador de 1945.
- Constitución de la República del Ecuador de 1946.
- Constitución de la República del Ecuador de 1979.
- Constitución de la República del Ecuador de 1998.
- Constitución de la República del Ecuador de 2008.
- Código Orgánico de la Función Judicial.
- Código Orgánico Integral Penal.
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

#### **Chilena:**

- Constitución Política de la República de Chile de 1980.
- Ley N°19.253.