



Observatorio
Judicial

Informe N° 43

Pluralismo Jurídico

— Una crítica desde la práctica judicial

Introducción

Una de las innovaciones más relevantes de la propuesta de nueva Constitución es la consagración del pluralismo jurídico. En efecto, el pluralismo jurídico es una excepción a la idea tradicional que el derecho positivo lo establece exclusivamente el Estado. En ese sentido, nuestra tradición institucional establece un límite: sólo es derecho positivo el que ha sido válidamente sancionado por el Estado, sin embargo, el pluralismo jurídico rompe con tal paradigma, porque quita al Estado el monopolio jurídico, al imponerse la obligación de *reconocer* los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas plasmados en sus tradiciones y costumbres.

En caso de aprobarse el proyecto constitucional podrán existir en el país, al menos, 12 sistemas jurídicos: el del Estado chileno junto con el de los pueblos indígenas Mapuche, Aymara, Rapa Nui, Lickanantay, Quechua, Colla, Diaguita, Chango, Kawashkar, Yaghan y Selk'nam¹. En paralelo, la propuesta obliga al Estado a reconocer el sistema de justicia indígena, es decir, la potestad de ciertas autoridades indígenas para resolver sus conflictos en base a su cosmovisión². Ahora bien **¿qué problemas plantea la consagración constitucional del pluralismo jurídico indígena y de qué manera la propuesta constitucional los aborda?**

El presente informe es una reflexión crítica sobre la pregunta planteada. Para ello analizaremos la práctica de los tribunales en la aplicación del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales (“Convenio OIT 169”)³ y el artículo 54 de la Ley N°19.253 (“Ley Indígena”), en específico la jurisprudencia que ha desarrollado la Corte de Apelaciones de Temuco respecto a la procedencia del acuerdo reparatorio entre indígenas mapuches en delitos de violencia intrafamiliar⁴. El objetivo del método propuesto es encontrar los problemas del pluralismo jurídico no en abstracto, sino desde una práctica real. Según veremos, **la disputa jurisprudencial por la procedencia del acuerdo reparatorio en juicios por violencia intrafamiliar es muy útil para comprender los potenciales conflictos que entraña el pluralismo jurídico**, los cuales rebasan lo meramente teórico y que pueden tener importantes consecuencias en los derechos de las personas.

Para lograr nuestro objetivo, primero expondremos algunos antecedentes generales y la aplicación judicial del Convenio OIT 169 y el artículo 54 de la Ley Indígena, en segundo lugar, expondremos en detalle la jurisprudencia de la Corte de Apelaciones de Temuco sobre la procedencia del acuerdo reparatorio entre mapuches por delitos cometidos en contexto de violencia intrafamiliar, luego desarrollaremos los principales problemas que dicha jurisprudencia muestra sobre el pluralismo jurídico y, desde ahí, evaluaremos la propuesta constitucional en la materia. Por último, propondremos algunas reflexiones finales.

¹ Artículo 5, n°2 de la propuesta constitucional.

² Ver artículos: 5, 34, 65, 307, 309 y 322 de la propuesta constitucional.

³ Con fecha 27 de junio de 1989 la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, adoptó el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. El Congreso Nacional, lo ratificó el 15 de septiembre de 2009.

⁴ Para este estudio se analizaron un total de 16 sentencias que abarcan los años 2011 hasta 2019. Los fallos fueron obtenidos en la base jurisprudencial de la plataforma digital Vlex, mediante las siguientes palabras claves: “acuerdo reparatorio” y “OIT”.

La principal conclusión del análisis jurisprudencial es que los límites que la propuesta constitucional fija al pluralismo jurídico, a saber, los derechos humanos y la revisión judicial de la Corte Suprema, son insuficientes para resguardar debidamente las libertades. En contra de la autonomía-inmunidad jurídica y moral que exigen los pueblos originarios, proponemos que la discusión institucional sobre el pluralismo jurídico debe invertirse, es decir, **antes de consagrar en abstracto los sistemas jurídicos indígenas es necesario conocer en concreto cuáles son las tradiciones y costumbres que los indígenas reclaman para regular su vida en comunidad**. Sólo desde ese conocimiento es posible una discusión pública que evalúe la legitimidad de dichas tradiciones y, desde ahí, razone la necesidad de consagrar o no algún tipo de pluralismo jurídico y bajo qué condiciones.

I. Cuestiones generales sobre el Convenio 169 OIT y artículo 54 de la Ley Indígena

Actualmente la normativa chilena establece una especie de pluralismo jurídico atenuado en dos cuerpos normativos: la Ley Indígena y el Convenio OIT 169. En efecto, el artículo 54 de la Ley N°19.253 establece que, en juicios entre indígenas de una misma etnia, la costumbre es derecho siempre y cuando no sea incompatible con la Constitución, y agrega que “en lo penal se la considerará cuando ello pudiere servir como antecedente para la aplicación de una eximente o atenuante de responsabilidad”. En la práctica, las defensas de imputados indígenas han recurrido a la costumbre para argumentar la existencia de un “error de prohibición”, es decir, que las condiciones y usos culturales del imputado impiden la representación de la ilicitud de su conducta⁵.

El Convenio 169 OIT data de 1989, pero su incorporación a la legislación chilena se produjo recién el 2009. A grandes rasgos, el fin del Convenio es asegurar “el derecho de los pueblos indígenas a mantener y fortalecer sus culturas, formas de vida e instituciones propias, y su derecho a participar de manera efectiva en las decisiones que les afectan”⁶. Así, el Convenio busca la preservación de formas de vida indígenas que son preexistentes a la época de conquista y aún perduran⁷.

Para lograr su objetivo, el Convenio exige al Estado adecuar su legislación y tomar acciones positivas conforme a las disposiciones que el propio tratado establece. En ese sentido, respecto al sistema penal el Convenio 169 establece dos normas importantes, de las cuales citamos lo siguiente (el destacado es nuestro):

- Artículo 9: “...2. Las autoridades y **los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia**”.

⁵ Al respecto se puede consultar las sentencias rol n°281-2012 de la ICA de Arica, en la cual se condena a un Aymara por tráfico de hojas de coca. También la sentencia rol n°130-2013 de la ICA de Temuco, en un juicio que se condenó a un mapuche por una usurpación no violenta.

⁶ Introducción al Convenio (Pág. 8. Obtenido en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_345065.pdf).

⁷ Al respecto el académico Sebastián Donoso ha señalado que: “El Convenio se basa en la idea que los pueblos indígenas son sociedades permanentes llamadas a conservar su identidad, formas de vida y organización. Ello exigía de los estados hacer un reconocimiento de la diversidad étnica-cultural, afirmar y garantizar el respeto a una serie de derechos políticos, sociales, económicos y culturales de los indígenas, y otorgar a éstos un estatuto especial de protección considerando sus graves carencias socioeconómicas y la discriminación histórica en su contra” (Obtenido en: <https://politicaspUBLICAS.uc.cl/wp-content/uploads/2015/02/chile-y-el-convenio-169-de-la-oit-reflexiones-sobre-un-desencuentro.pdf>).

- Artículo 10: “1. 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**. 2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento”.

Así, el Convenio obliga a los tribunales, al momento de aplicar el derecho penal, a considerar la forma de vida indígena, siempre y cuando sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos⁸. Pero ¿en qué consiste la obligación de “tener en cuenta”? La práctica judicial muestra que las defensas de imputados indígenas han invocado el Convenio OIT 169 para justificar, entre otros, la costumbre indígena como una eximente o atenuante de responsabilidad penal, o bien, no aplicar ciertas normas, porque ceden ante la costumbre indígena.

Un ejemplo ilustrativo de la aplicación del Convenio 169 y el artículo 54 de la Ley Indígena es un juicio penal por homicidio y lesiones producto de disputas territoriales entre comuneros pehuenches, en la cual la segunda sala de la Corte Suprema aplicó a los condenados la legítima defensa, no como eximente, pero sí como atenuante para reducir las penas, teniendo como base un informe antropológico y lo dispuesto en las referidas normas:

En efecto, tales preceptos hacen plenamente aplicable la costumbre hecha valer en juicio entre indígenas pertenecientes a una misma etnia, la que constituye derecho, siempre que no sea incompatible con la Carta Magna del Estado, práctica que en materia penal “...puede servir como antecedente para la aplicación de una eximente o atenuante de responsabilidad...”, lo que en el caso sub lite, si bien no califica para darle el tratamiento de eximente de responsabilidad penal, existen antecedentes suficientes y coherentes para considerarla como “aminorante” de la conducta demostrada por los enjuiciados, recepcionando así el derecho consuetudinario y hábitos del pueblo pehuenche como fuente de derecho, de modo de hacer compatible la sanción penal prevista en nuestra legislación general con las características económicas, sociales y culturales de esa etnia⁹.

Otro caso ilustrativo de pluralismo jurídico atenuado es el caso de un indígena atacameño condenado a 301 días de presidio menor por el delito de conducir en estado de ebriedad y causar daños. En el contexto del cumplimiento de la pena, el juzgado de garantía sustituyó la pena sustitutiva de reclusión nocturna domiciliaria por la pena de reclusión nocturna en centro especial, sin embargo, la Corte de Apelaciones de Arica¹⁰ declaró ilegal dicha modificación, argumentando, en base un peritaje intercultural, que el acusado:

...pertenece a un grupo cultural diferenciado, con condiciones culturales denominadas indígena Atacameña, cuya crianza y formación familiar estuvo ligada a los códigos andinos y en el mismo territorio andino, por tanto con un fuerte arraigo, teniendo una relación estrecha con el territorio y sus sentidos culturales¹¹.

⁸ Artículo 9, N°1 del Convenio 169.

⁹ Sentencia rol n°2683-2010, Corte Suprema.

¹⁰ Sentencia rol n°190-2012, ICA Arica.

¹¹ En igual sentido la ICA de Antofagasta en la sentencia rol n°231-2017 fallo que: “Es preciso señalar además, que la ejecución de la pena en la forma dispuesta por el fallo en alzada, vulnera los numerales 1 y 2 del artículo 10 del Convenio N°169 (...) En los hechos debe señalarse que en el contexto en que fue sorprendido el ilícito, la celebración del Carnaval con la Fuerza del Sol, que venera las costumbres indígenas ancestrales, no puede soslayarse que trata de una actividad propia de los pueblos originarios. En tal sentido, es una obligación estatal, aplicar las normas del Convenio...”.

Por tanto, cumplir la nueva pena sustitutiva implicaría, a juicio del tribunal, vulnerar el Convenio OIT 169, porque pernoctar en un centro especial lejos de su comunidad implica desconocer las condiciones sociales y culturales del indígena al momento de aplicar la normativa penal.

Por último, una mirada general a las sentencias dictadas con imputados indígenas se aprecia que lo normal es que los jueces apliquen la restricción que impone tanto el Convenio, como la Ley Indígena, a saber, *que la costumbre es válida como fuente de derecho en la medida que no contravenga la Constitución y las leyes nacionales*. Por ejemplo, en materia de penas sustitutivas, donde se invoca el Convenio 169 para que se apliquen sanciones distintas al encarcelamiento, por lo general los jueces primero analizan si se cumplen con los requisitos que establece la Ley n°18.216 y, en caso de darse los requisitos, acuden al Convenio como argumento complementario¹².

II. Análisis de la jurisprudencia de violencia intrafamiliar, acuerdo reparatorio y aplicación del Convenio 169 OIT:

Antes de exponer la jurisprudencia relativa a la aplicación del Convenio 169 en materia de violencia intrafamiliar, es necesario explicar algunos elementos de la institución procesal del acuerdo reparatorio, regulada entre los artículos 241 a 244 del Código Procesal Penal (“CPP”). La profesora Horvitz lo define como “un acuerdo entre imputado y víctima, en que el primero repara de algún modo que resulte satisfactorio para la segunda las consecuencias dañosas del hecho que se persigue penalmente...”¹³. En otras palabras, el acuerdo reparatorio es una salida alternativa en la cual el proceso de persecución penal termina porque las partes logran un acuerdo que la víctima estima que indemniza el daño sufrido, por ejemplo, el pago de una suma de dinero, o bien, algún acto simbólico como pedir disculpas públicas. Por la especial característica del acuerdo reparatorio, la ley exige que los concurrentes den su consentimiento en forma libre y con pleno conocimiento de sus derechos (inciso primero, art. 241 del CPP).

Ahora bien, el CPP limita la procedencia del acuerdo reparatorio. En efecto, sólo es posible cuando el delito (1) afecte bienes jurídicos disponible de carácter patrimonial o (2) consista en lesiones menos graves o (3) en delitos culposos¹⁴. Los casos de procedencia muestran que el fundamento del acuerdo reparatorio es que los bienes comprometidos por la acción delictiva son más bien de carácter privado, en los que el interés público no está seriamente comprometido, esto permite que el Estado ceda su pretensión punitiva a favor de los intereses de la víctima. Respecto al rol del juez, éste, de oficio o por petición del Ministerio Público, puede negar el acuerdo cuando no verse sobre los casos señalados, o bien,

¹² A modo de ejemplo la ICA de Arica en sentencia rol n°522-2020 señaló que: Que, en consecuencia, atento a lo razonado precedentemente no se reúnen los requisitos establecidos en la letra c) de la norma citada en el párrafo precedente y en nada altera lo anteriormente concluido la alegación de la defensa relativa a que el acusado pertenecería a la etnia Aymara, toda vez que la preferencia de sanciones diversas al encarcelamiento establecida en el artículo 10.2 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, podría aplicarse en la medida que se cumplan los requisitos legales para ello, cuyo no es el caso”. También se pueden consultar los siguientes fallos: rol n°1312-2011, ICA San Miguel y los roles n°742-2012 y n° 1020-2013 de la ICA de Temuco.

¹³ María Inés Horvitz y Julián López, *Proceso Penal Chileno*. Volumen I (Santiago: Editorial Jurídica, 2005), pág. 570.

¹⁴ Producto de la pandemia por COVID-19 la ley N°21394 introdujo en el inciso tercero del artículo 241 del CPP otros tipos de delitos en que puede proceder el acuerdo reparatorio.

una de las partes no hubiera dado su consentimiento libremente, o bien, existiere un interés público prevalente (inciso tercero, art. 241 del CPP).

Conectando con los delitos cometidos en contexto de violencia intrafamiliar, el artículo 19 de la Ley 20.066 establece que “en los procesos por delitos constitutivos por violencia intrafamiliar no tendrá aplicación el artículo 241 del Código Procesal Penal [acuerdo reparatorio]”. Es decir, los delitos cometidos en circunstancias de violencia intrafamiliar no son susceptibles de acuerdo reparatorio; incluso si el agresor infligiera lesiones menos graves o un daño a bienes materiales de la víctima. En ese sentido, todo acuerdo reparatorio por delitos en contexto de violencia intrafamiliar es inválido y el juez de oficio debe negarlo. Dada la asimetría entre el agresor y la víctima, es difícil suponer un consentimiento libre de ésta, además del interés público que revisten las agresiones dentro de la familia, especialmente mujeres y menores¹⁵.

Dicho lo anterior, ahora podemos comprender la jurisprudencia relativa a violencia intrafamiliar y Convenio OIT 169. Aproximadamente, desde el 2011 en adelante la Corte de Apelaciones de Temuco ha fallado, al menos, una veintena de recursos de apelación interpuestos en causas de violencia intrafamiliar entre mapuches que arribaron a acuerdos reparatorios. Según hemos visto, **la Ley 20.066 prohíbe expresamente tales acuerdos cuando el delito es cometido en el marco de violencia intrafamiliar, sin embargo, los jueces de garantía de la Araucanía acceden al acuerdo argumentando desde el Convenio 169 de la OIT**, especialmente el artículo 9.1 que establece que “deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros”. Los jueces razonan que es costumbre entre mapuches resolver sus conflictos mediante el acuerdo y la negociación, y si bien la ley 20.066 prohíbe los acuerdos reparatorios en materia de violencia intrafamiliar, el Convenio es de jerarquía superior, por tanto, prima sobre la prohibición de la ley 20.066¹⁶. Por lo general la víctima era una mujer mapuche y el acuerdo consistía en disculpas públicas del agresor.

Frente a esta decisión de los jueces de garantía, la Corte de Apelaciones de Temuco ha desarrollado dos líneas jurisprudenciales contrarias: por un lado, encontramos una jurisprudencia inicial que avala la tesis jurídica de los juzgados de garantía, por otra parte, encontramos una jurisprudencia ya asentada en el tiempo que rechaza toda posibilidad de acuerdo reparatorio. El núcleo de la jurisprudencia inicial radica en considerar al Convenio 169 OIT como norma de rango superior a la Ley 20.066, por tanto, la prohibición legal de acuerdo reparatoria cede ante el mandato del Convenio de respetar los métodos de resolución de conflictos entre indígenas de una misma etnia¹⁷. Por ejemplo:

Es un hecho público y notorio en esta Región, que las personas de la etnia mapuche, históricamente han resuelto sus conflictos, incluso algunos de mayor gravedad que los que motivan esta causa, mediante la negociación, por cuanto es propio de su cultura

¹⁵ Es interesante observar que en la historia de la ley 20.066, se discutió la posibilidad del acuerdo reparatorio, sin embargo fue desechada “puesto que el consentimiento para la celebración de un acuerdo reparatorio no puede ser prestado libremente por la persona que ha sido víctima de delitos precedidos de violencia intrafamiliar, ya que ésta se encuentra normalmente muy disminuida en su autoestima y no está en condiciones de negociar en igualdad de condiciones”(Obtenido en: https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/5563/HLD_5563_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf).

¹⁶ Consultar causa rol n°1091-2011 del Juzgado de Letras y Garantía de Collipulli.

¹⁷

resolver de esta manera los conflictos, razón por la cual resulta plenamente aplicable el Convenio 169 ya referido por sobre la Ley 20.066¹⁸.

Además, esta jurisprudencia agrega que el acuerdo reparatorio permite la reunificación familiar, lo cual fortalece la integración de los pueblos indígenas, lo cual es un mandato general del Convenio y de la Constitución¹⁹.

Esta jurisprudencia se mantuvo hasta fines de 2012. Es relevante destacar, a nuestro juicio, su serio déficit argumental. En efecto, el propio Convenio OIT 169 establece *expresamente* que los métodos indígenas para reprimir el delito sólo proceden cuando son compatibles con el sistema jurídico nacional. Es incomprensible que los ministros hayan obviado una restricción tan explícita que el mismo Convenio prescribe. En un recurso de queja interpuesto por el Ministerio Público contra los jueces de Temuco, la segunda sala de la Corte Suprema, en voto de mayoría, desechó la queja bajo el argumento que es una cuestión de interpretación jurídica si el Convenio 169 prima o cede ante la prohibición de la ley 20.066.

Sin embargo, en el voto de minoría los ministros de la época Rodríguez y Ballesteros estuvieron por acoger la queja, porque “no existe oscuridad alguna en los preceptos involucrados y, por lo tanto, no hay labor interpretativa alguna que realizar (...) Siendo clara la norma, no había más que aplicarla”²⁰. Como veremos a continuación, es precisamente este argumento —el límite que establece el propio Convenio— uno de los principales motivos que harán cambiar la jurisprudencia que venimos comentado.

Luego, a partir de la sentencia rol n°667-2012, la Corte de Apelaciones de Temuco comienza a revocar las resoluciones de los Juzgados de Garantía que han dictado sobreseimiento definitivo por acuerdos reparatorios entre mapuches en juicios de violencia intrafamiliar. En dicha sentencia, los ministros argumentan que el Convenio OIT 169 debe aplicarse sólo en cuanto no se oponga a la legislación nacional. En efecto, el artículo 9.1 del Convenio establece que el Estado debe respetar los métodos indígenas para la represión de los delitos, pero señala expresamente que “en la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos”²¹. Por tanto, la costumbre indígena cede ante la prohibición legal de acuerdos reparatorios de la ley 20.066.

Sumado al razonamiento anterior, los ministros agregan que aceptar el acuerdo reparatorio —en el caso, eran disculpas públicas por parte del marido— implica una vulneración al derecho irrenunciable de toda mujer a que se garantice su integridad física y psíquica²². En una sentencia posterior, la Corte de

¹⁸ Sentencia rol n°955-2011, ICA Temuco.

¹⁹ Ver considerando cuarto de la sentencia rol n°955-2011, ICA Temuco.

²⁰ Voto en contra, sentencia rol n°10.635-2011, Corte Suprema.

²¹ En los casos que la víctima es mujer, los jueces también ha invocado la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer o “Convención de Belem do Pará”, en la que se prescribe que “la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales y limita total o parcialmente a la mujer el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades” (ver sentencia rol n°967-2014, ICA Temuco).

²² Sentencia rol n°667-2012, ICA Temuco. Otra formulación de la misma idea: “Que, desde el punto de vista de la pura equidad, repugna aceptar que el cónyuge o el conviviente pueda causar lesiones a su mujer sin que exista sanción impuesta por el ordenamiento jurídico. Así las cosas, un acuerdo reparatorio carece de seriedad si se considera que, las más de las veces, la mujer acepta el perdón del agravio con tal de mantener la unidad del hogar” (Sentencia rol n°697-2015, ICA Temuco).

Apelaciones de Temuco vuelven a enfatizar la tesis que aceptar el acuerdo reparatorio implica un atentado contra la dignidad de la mujer:

Que, desde el punto de vista de la pura equidad, repugna aceptar que el marido pueda causar lesiones a su mujer sin que exista sanción impuesta por el ordenamiento jurídico. Un acuerdo reparatorio carece de seriedad si se considera que las más de las veces la mujer acepta el perdón del agravio con tal de mantener la unidad del hogar (...)

Que el respeto a las costumbres de los pueblos indígenas no puede pasar aquel límite que significa el respeto a la mujer, cualquiera sea su etnia²³.

En igual sentido, en una sentencia de 2019, los ministros de la Corte de Temuco fueron categóricos al señalar que “acceder a validar el acuerdo reparatorio de autos conlleva vulnerar el derecho a la integridad física de toda persona y la no discriminación”²⁴. Un último e importante aspecto que ha razonado la jurisprudencia que rechaza el acuerdo reparatorio es probar la real existencia de la costumbre que se indica –cuestión muy relevante según veremos–. A modo de ejemplo:

Que el respeto a las costumbres de los pueblos indígenas no puede pasar aquel límite que significa el respeto a las personas, cualquiera sea su etnia, sexo, edad o condición y, a mayor abundamiento, no basta alegar, sin más, la existencia de la costumbre si no que el interviniente que pretende valerse de tal elemento para afinar su pretensión debe, necesariamente, acreditar ante el órgano jurisdiccional la existencia de esa costumbre, cuestión que en los autos no ha sucedido²⁵.

III. Reflexiones sobre la jurisprudencia: tres puntos críticos del pluralismo jurídico

El debate judicial expuesto sobre la procedencia del acuerdo reparatorio entre mapuches muestra los siguientes puntos en conflicto: primero, la discusión sobre los límites al derecho de autodeterminación cultural, segundo, la discusión sobre la relación entre el derecho nacional y las tradiciones indígenas y tercero, la discusión sobre la existencia y el contenido de las tradiciones indígenas, cuestión que vemos en el reparo de algunos jueces, en cuanto a que no basta con invocar una supuesta práctica, sino que es necesario probar una existencia arraigada en sus costumbres. A su vez, estos tres puntos representan los problemas que enfrenta el pluralismo jurídico: ¿cuál es el derecho-costumbre de los indígenas?; de existir esas costumbres ¿son legítimas?; y de ser legítimas, ¿en qué esferas jurídicas serán una fuente válida de derecho?

Para resolver estas problemáticas existen dos tesis posibles: una extrema y otra que podríamos denominar optimista. La primera tesis consiste en afirmar que el pluralismo jurídico implica legitimar conductas bárbaras, por tanto, debe ser totalmente prohibido. El clásico ejemplo que apuntala esta idea es la práctica de la ablación en África, sin embargo, esta tesis podría ser criticada por cometer la falacia del hombre de paja, argumentando que el pluralismo jurídico reconoce como límite los derechos humanos, cuya consecuencia es excluir conductas inhumanas. Por ejemplo, la Corte Constitucional de

²³ Sentencia rol N°220-2013, ICA Temuco.

²⁴ Sentencia rol n°851-2019, ICA Temuco.

²⁵ Sentencia rol n°1104-2015, ICA Temuco.

Colombia ha resuelto que existe un 'núcleo duro' intransable que prohíbe las costumbres indígenas que atenten contra la vida, la integridad de la persona, o signifiquen tortura o servidumbre²⁶.

Ahora bien, proponer la existencia de un núcleo duro como límite al pluralismo jurídico nos lleva a la segunda tesis que debemos criticar: la idea que establecer ciertos derechos humanos como límite bastaría para evitar los posibles abusos de prácticas culturales indígenas. Esta tesis reviste especial importancia, porque fue la seguida por la propuesta constitucional, que en su artículo 309 señala:

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. *Estos deberán respetar los derechos fundamentales que establecen esta Constitución y los tratados e instrumentos internacionales sobre derechos humanos de los que Chile es parte* (destacado nuestro)²⁷.

Además, el artículo 329 de la propuesta establece un recurso contra las decisiones del sistema judicial indígena, las cuales serán revisadas por una sala especial de la Corte Suprema. Esta sería la forma de garantizar el respeto a los derechos humanos que establece el artículo 309.

Sin embargo, esta tesis y la garantía ofrecida por la propuesta constitucional –los derechos humanos como límite y la revisión judicial– son insuficientes. En efecto, existen casos donde hay una intensa disputa en que una costumbre o práctica indígena implique una vulneración efectiva o de magnitud que la tornan ilegítima. Son esas áreas difusas donde pueden ocurrir las mayores discrecionalidades y abusos hacia los derechos de las personas. Los casos judiciales que hemos analizado en el apartado anterior sobre violencia intrafamiliar lo ilustran muy bien. Para reforzar el punto, veamos los interesantes votos disidentes de los ministros Vera Quilodrán y Mesa Latorre.

En un detallado voto disidente, el juez Alejandro Vera Quilodrán afirmó que aceptar el acuerdo reparatorio significa avalar una costumbre indígena que cosifica y degrada a la mujer mapuche y agrega, que el consentimiento dado por la mujer es aparente, “dado que es ilusoria la igualdad en la capacidad de negociación ampara en aspectos culturales”²⁸. Al contrario, el ministro Álvaro Mesa Latorre en otro voto disidente, esta vez en una sentencia que revocó el acuerdo reparatorio²⁹, afirmó que éste implica una mejor manera de erradicar la violencia intrafamiliar contra la mujer mapuche³⁰. En suma, frente a un *mismo hecho*, la práctica judicial, tanto en los votos de mayoría, como en los votos disidentes, revela que

²⁶ Vale la pena citar la reflexión de la Corte Colombiana Constitucional: “En ese plano, el 'núcleo duro' es un límite absoluto que trasciende cualquier ámbito autonómico de las comunidades indígenas. Cualquier decisión que desconozca el derecho a la vida, lesiones la integridad de una persona o transgreda las prohibiciones de tortura y servidumbre está constitucionalmente prohibida, aunque la evaluación de una eventual vulneración, especialmente en cuanto a la integridad personal y el debido proceso debe realizarse a la luz de la cultura específica en que se presenten los hechos” (T-903/09).

²⁷ También la Constitución de Perú señala “siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes de la República” (art. 149).

²⁸ Voto en contra, sentencia rol n°43-2012, ICA Temuco.

²⁹ En estricto rigor lo que se revoca es la sentencia del juzgado de garantía que dicta el sobreseimiento definitivo de la causa, sin embargo, para efecto de facilitar la comprensión decimos que se revoca el acuerdo.

³⁰ A continuación, citamos el voto disidente completo: “Si bien existe consenso en la erradicación de la violencia intrafamiliar en contra de la mujer, dicha finalidad se cumple de mejor manera permitiendo que los miembros de los pueblos originarios pueden adoptar sus particulares formas de resolver este tipo de conflictos, pues en caso contrario solo se obtendrá una sanción de carácter punitivo que lo agudizará” (Sentencia rol n°667-2012, ICA Temuco).

existen dos concepciones totalmente contrapuestas: para unos³¹, aceptar el acuerdo reparatorio significa dejar impune la violencia de género y vulnerar la integridad de la mujer. Al contrario, para otros, aceptar el acuerdo reparatorio significa respetar el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas, fomentar la consolidación familiar, así como una mejor protección a los derechos de la mujer mapuche.

Desde esta perspectiva, es fácil comprender lo insuficiente que resulta la propuesta constitucional al establecer en abstracto los derechos humanos como límite y la revisión judicial como mecanismo para asegurar ese límite³². En efecto, las discrepancias interpretativas en casos difusos pueden implicar en los hechos un importante menoscabo a los derechos humanos; problema que, en este caso, se torna acuciante, porque de aprobarse la propuesta constitucional se entrega a los pueblos indígenas, en principio, una autonomía que los blinda del escrutinio democrático. Al día de hoy, en las sociedades democráticas pluralistas las prácticas culturales están bajo el escrutinio público e incluso, pueden dictarse leyes que las regulen. Al contrario, la reivindicación indígena pretende inmunizarse del juicio público nacional y el potencial control de las instituciones, es decir, una autonomía moral y jurídica.

Es claro que esta especie de autonomía que el indigenismo reclama ante la sociedad moderna es un terreno fértil para la vulneración de garantías fundamentales; como lo sería en cualquier comunidad que, en base a su cosmovisión, exige una inmunidad de ese alcance. **En definitiva, uno de los problemas centrales del pluralismo jurídico indígena es la intensa esfera de inmunidad que reclaman y como esa inmunidad es especialmente propicia para la vulneración de garantías fundamentales.**

Reiteramos que esto no es problema exclusivo de las comunidades indígenas, sino de todo grupo humano que se cierra sobre sí mismo y establece barreras morales y jurídicas al escrutinio público. Además, establecer, en abstracto, los derechos humanos y la revisión judicial como garantías es insuficiente. Por tanto ¿qué hacer? Postulamos como una clave de solución la que insinúa la práctica judicial de los jueces que exigen probar la existencia de la tradición indígena.

Esto nos remite a la siguiente pregunta: *¿cuáles son las tradiciones y costumbres concretas que los pueblos originarios reclaman para regular sus relaciones sociales y resolver sus conflictos jurídicos?* En otras palabras, sólo conociendo cuáles son las prácticas culturales existentes es posible evaluar su potencial impacto en los derechos fundamentales de las personas. En consecuencia, la problemática del pluralismo jurídico debe ser invertida: primero determinar cuáles son las tradiciones indígenas concretas que poseen vocación jurídica, luego, mediante una discusión pública e institucional, establecer la legitimidad de esas prácticas y, por último, debatir si es procedente y necesario establecer algún grado de pluralismo jurídico: a quienes, en qué materias y bajo qué condiciones.

³¹ A continuación, citamos un ilustrativo extracto de un *amicus curiae* que presentó en Instituto Nacional de Derechos Humanos oponiendo a la procedencia de acuerdos reparatorios: “El Convenio 169 de la OIT no puede ser interpretado de una manera que pueda llegar a dejar sin aplicación normas sancionadoras de la violencia contra las mujeres en el ámbito familiar. Una solución como esa implicaría que derechos más cercanos a la tutela de la dignidad humana de las mujeres cederían a favor de costumbres que, además, en el caso concreto, no han sido acreditadas por la Defensa del imputado” (Pág. 23. Obtenido en: <https://www.indh.cl/wp-content/uploads/2012/06/amicus-violencia-contra-mujer-contexto-indigena-temuco.pdf>).

³² Académicos como Cristóbal Carmona argumenta que frente a conflictos judiciales multiculturales la manera de resolverlos es por medio de un examen de “test de proporcionalidad” constitucional (Consultar: “Hacia una comprensión “Trágica” de los conflictos multiculturales: acuerdos reparatorios, violencia intrafamiliar y derecho propio indígena”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42 N°3 (2015), p. 995).

Para ilustrar lo anterior recurrimos al trabajo “*Sistema sancionatorios indígenas y Derecho penal ¿Subsiste el Az Mapu?*” de la académica Myrna Villegas, en el cual, mediante un trabajo de campo, reconstruye las características de un embrionario sistema sancionatorio en algunas comunidades mapuches. Entre los principales resultados que arriba la investigadora es la constatación de que no existe algo así como una codificación, sino más bien una transmisión oral de distintas reglas. Además, en algunas ocasiones las infracciones de un individuo acarrear la responsabilidad de la familia³³. Otro aspecto es que no existe algo así como un debido proceso, sino más bien una especie de “protocolo” de investigación y sanción:

Este protocolo es primero conversar con el infractor haciendo ver la molestia, si esto no es eficaz, se puede optar por el aislamiento del infractor y su familia, o también es permitida la aplicación de la fuerza. El malón es percibido como un “derecho” de los mapuche cuando fracasan las instancias de diálogo. En el malón también existe un protocolo: se respeta la reciprocidad y la proporcionalidad. Además del malón, puede aplicarse la expulsión, que es la sanción más grave, y que es decidida por toda la comunidad³⁴.

En otras palabras, el trabajo de Villegas da cuenta de costumbres sancionatorias que se alejan de principios elementales de la dogmática penal: el principio de legalidad, el principio de responsabilidad individual, la prohibición de la autotutela violenta y el debido proceso. Todos los cuales son precisamente principios que se han desarrollado a lo largo de la historia occidental como garantías de las libertades personales.

Ahora bien, asumiendo que estas son las tradiciones indígenas en materia sancionatoria, de aprobarse la constitución y la extrema autonomía indígena que consagra, ¿debe la comunidad política aceptar, sin más, por ejemplo, al *malón* como mecanismo jurídico para resolver conflictos, o bien, que una comunidad tenga la potestad de expulsar a uno de sus miembros? ¿No es fácil advertir como esas tradiciones pueden ser muy peligrosas para los derechos humanos?

Nuestra postura es que algunas de estas conductas son simplemente inaceptables. Aceptar lo contrario significa renunciar a un principio racional universal: los deberes de cuidado hacia el otro. **Esto implica que ninguna práctica, tenga su origen en tradiciones indígenas o en acuerdos voluntarios está absolutamente inmunizada del escrutinio público y control institucional.** Por tanto, toda discusión sobre el pluralismo jurídico exige, antes de cualquier consagración legal, que se conozca cuáles son en concreto las tradiciones y costumbres que los pueblos originarios reclaman para sí para regular su vida en comunidad. Sólo así puede dar el debido resguardo a los derechos humanos.

Reflexiones finales

El objetivo del presente informe es analizar el pluralismo jurídico desde una perspectiva concreta, a saber, desde la práctica judicial, en la cual se han resuelto conflictos multiculturales. La ventaja de dicho enfoque es poner de relieve la existencia real de casos difusos donde no existe consenso entre los jueces sobre si aceptar el acuerdo reparatorio entre mapuches por contexto de violencia intrafamiliar significa vulnerar

³³ Villegas, Myrna. “Sistemas sancionatorios indígenas y Derecho Penal ¿Subsiste el Az Mapu?”. *Política Criminal*. Vol. 9, N°17 (Julio 2014), pp. 217-218.

³⁴ *Ibidem*, pp. 242-243.

la dignidad y derechos de la mujer. Precisamente esta falta de acuerdo puede implicar en la práctica una seria amenaza a los derechos de las personas.

Desde el conflicto judicial, se extrae que tres son los principales problemas del pluralismo jurídico: ¿cuál es el derecho-costumbre de los indígenas?; de existir esas costumbres ¿son legítimas?; y de ser legítimas ¿en qué esferas jurídicas serán una fuente válida de derecho? Como observamos, la sede judicial puede presentar serias dificultades para responder a la segunda pregunta, lo cual, una vez más, pone en riesgo los derechos, por ejemplo, de las mujeres. De ahí que sea necesario reforzar el escrutinio a las costumbres y tradiciones que los indígenas reclaman para regular jurídicamente su vida en comunidad.

En ese sentido, la propuesta constitucional es insuficiente, al definir como límite único al derecho a autodeterminación, los derechos humanos y la revisión judicial. Al contrario, se requiere de un debate institucional público, que analice las tradiciones y costumbres concretas que se reclaman. Sólo con ese conocimiento es posible una real discusión sobre el potencial peligro del pluralismo jurídico en las libertades de las personas.