

# Sección Nacional





# Pluralismo jurídico: derecho indígena y justicia nacional

## *Legal Pluralism: Indigenous Law and the National Justice System*

### Leonello Bertini Chiriboga

Universidad de Chile, Chile

Abogado y Psicólogo, Universidad San Francisco Quito-Ecuador (2007). Magíster en Administración de Empresas, mención Finanzas, Universidad de las Américas Quito-Ecuador (2008). Actualmente Doctorando en Derecho, Universidad de Chile, investigación doctoral en pluralismo jurídico. Especialista en mecanismos alternativos de solución de conflictos. Autor del libro "Acción de Nulidad de Laudos Arbitrales. Procedimiento y trámite de resolución", Ecuador, 2008.  
leonelloch@gmail.com

### Nancy Yáñez Fuenzalida

Universidad de Chile, Chile

Abogada, Magíster en Derecho Internacional, Universidad de Notre Dame. Profesora de Antropología Jurídica en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Codirectora del Observatorio Ciudadano. Especialista en derechos indígenas, derechos territoriales, recursos naturales y derechos de agua. Autora de diversas publicaciones, en las áreas de su especialidad.  
nyanez@observatorio.cl

#### RESUMEN

A partir de bases doctrinarias y normativas se analizan los avances y retrocesos de la jurisprudencia chilena en relación al reconocimiento de la costumbre indígena, la justiciabilidad del derecho propio indígena y la aplicación de un enfoque de pluralismo jurídico. Existen algunos avances en la jurisprudencia –a partir de la vigencia del Convenio 169 de la OIT– en el reconocimiento del derecho de propiedad ancestral al agua; derechos de uso, aprovechamiento y protección de tierras, recursos naturales y ecosistemas que conforman el hábitat territorial indígena; y derecho a la consulta acorde a la especificidad étnica de los pueblos indígenas. Sin embargo, en general, la jurisprudencia chilena salvaguarda la hegemonía del derecho estatal y los principios que lo estructuran, tanto en materia penal, donde excepcionalmente se aplica la costumbre como eximente o atenuante de responsabilidad penal, como en materia civil, donde se recogen tímidamente las normas y principios contenidos en la Ley Indígena y el Convenio 169 respecto del derecho de propiedad y posesión de las tierras de los pueblos indígenas. Por último, son inexistentes los casos de reconocimiento cierto de la potestad jurisdiccional de las autoridades indígenas para resolver los conflictos propios de su comunidad.

**Palabras clave:** Indígena – autodeterminación – pluralismo jurídico – costumbre – jurisprudencia.

#### SUMMARY

Based on doctrinal and legal considerations, this paper analyses the progress and setbacks of Chilean jurisprudence with regard to the recognition of indigenous customs, the justiciability of indigenous law and the implementation of a pluralistic legal approach. Since the entry into force of the 169 ILO Convention, there have been some developments in the jurisprudence pertaining to the legal recognition of the ancestral property right to water; rights of use, exploitation and protection of the land; natural resources and ecosystems that make up indigenous habitats; and the right to consultation taking into account the ethnic specificity of indigenous peoples. However, Chilean jurisprudence tends to protect the hegemony of State law and its structuring principles, both in criminal matters, where customary law can be applied exceptionally as a ground for excluding or mitigating criminal responsibility, and in civil matters, where the rules and principles established in the Indigenous Act and in the 169 Convention have been reluctantly adopted with regard to indigenous people's right to property and possession of the land. Finally, the courts have not recognized the jurisdiction of indigenous authorities to resolve community conflicts.

**Key words:** Indigenous – self-determination – legal pluralism – customary law – jurisprudence

## Introducción

El presente artículo tiene por objeto reflexionar sobre las bases doctrinarias y normativas para la aplicación del pluralismo jurídico y evaluar los avances y retrocesos que en la materia ha experimentado la jurisprudencia chilena. El análisis doctrinario reseña la evolución del pluralismo jurídico en el pensamiento antropológico y su incidencia en el derecho, donde ha sido reconocido como fuente legal para el ejercicio de derechos indígenas. Posteriormente, analizamos el derecho chileno desde la perspectiva del pluralismo jurídico, lo que nos permite evidenciar las limitaciones institucionales para su aplicación en el derecho doméstico. El análisis de la jurisprudencia nos muestra que el desarrollo jurisprudencial está limitado por la falta de reconocimiento del pluralismo jurídico en Chile y, además, por cuestiones epistemológicas que inciden en el razonamiento judicial y gravitan en la diversidad de los fallos.

### 1. Bases doctrinarias del pluralismo jurídico

Desde una perspectiva amplia, el pluralismo jurídico supone la coexistencia de dos o más sistemas normativos en un mismo período de tiempo y espacio social o geopolítico. Entendidos como sistemas normativos, son el conjunto organizado y relacionado “de normas, prácticas, valores, procedimientos y autoridades/instituciones que sirven para regular la vida social, resolver conflictos y organizar el orden, así como las reglas para cambiar las reglas; que tienen legitimidad y eficacia para determinado colectivo, en cierto contexto sociocultural e histórico”<sup>1</sup>. Es decir, sistemas normativos-jurídicos distintos a los sistemas normativos de orden social (usos y costumbres) y de los espirituales/religiosos (moral), sin desconocer que –en ciertos casos más que en otros– existen importantes vínculos y/o interacción con ellos o los límites de uno y otro son difusos.

Esta distinción es importante para abordar el pluralismo jurídico referido a los ordenamientos normativos de pueblos indígenas –o tribales– que, tradicionalmente desde una visión etnocéntrica occidental, no han sido considerados como sistemas jurídicos, sino como usos y costumbres desarticuladas, instauradas en el inconsciente de los miembros de estos grupos sociales y reforzadas únicamente por la religión y la magia<sup>2</sup>. En este sentido, es valioso el aporte de Malinowski, quien rechaza las ideas de una sumisión automática a las costumbres –religiosas, artesanales, formas y maneras de interacción social, comercio, etc.–, afirmando que “las reglas jurídicas destacan del resto por el hecho de que están consideradas como obligaciones de una persona y derechos de otra”<sup>3</sup>. Este autor constató que las sociedades de pequeña escala tienen distintas instituciones y mecanismos legitimados socialmente para instaurar, sancionar y forzar el respeto por las reglas de comportamiento social, todo lo cual conforma lo que comúnmente llamamos sistema jurídico en la sociedad occidental.

En ese contexto, la diversidad de sistemas normativos al que alude el pluralismo jurídico surge porque cada grupo social se organiza conforme a su particular cosmovisión y patrones culturales, para la consecución de fines comunes entre sus integrantes<sup>4</sup>. El proceso de coexistencia de sistemas

<sup>1</sup> YRIGOYEN, Raquel. “Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino”. En: BERRAONDO, Mikel (Coord.). *Pueblos Indígenas y derechos humanos*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2006. p. 538.

<sup>2</sup> Conforme lo señalan MAINE, Sir H.S. “Ancient Law”. London: *The scholar press*, 1861 y DURKHEIM, Emile. *La división del trabajo social*. Buenos Aires: Schapire, (1933) 1969.

<sup>3</sup> MALINOWSKI, Bronislaw. *Crímen y costumbre en la sociedad salvaje*. Barcelona: Ariel, (1978)1982, p. 70.

<sup>4</sup> SÁNCHEZ, Esther. “Construcciones epistemológicas para el conocimiento de los sistemas de derecho propio y de las justicias indígenas: el caso colombiano”. *América Indígena*, Vol. LVIII, No. 1 y 2, enero-junio, Bogotá, 1998, p. 180.

normativos se origina de la mayor complejidad de los grupos sociales, ya sea por el aumento del número de sus miembros –y con ello el incremento y la diversificación de sus grupos internos– y/o por la interacción con otros grupos<sup>5</sup>. Adicionalmente, tanto los patrones culturales como los distintos sistemas normativos no son inmutables. Por el contrario, se modifican dinámicamente en el tiempo para adaptarse a nuevos contextos y necesidades o aspiraciones de cada grupo o subgrupo social, de lo que deriva la interacción entre grupos y sus sistemas normativos.

El desafío que presenta el pluralismo jurídico es validar las distintas formas en que se interrelacionan los sistemas normativos para regular el comportamiento social en un mismo tiempo y lugar y, paralelamente, zanjar una dicotomía persistente entre igualdad y/o dominación. En efecto, la cuestión del pluralismo jurídico ha sido abordada históricamente de diferentes maneras, como: relaciones de exterminio o exclusión, asimilación/integración –forzada o voluntaria–, tolerancia –parcial– y, finalmente, la coexistencia pacífica de distintos sistemas jurídicos en un contexto de reconocimiento del derecho de libre determinación de los pueblos<sup>6</sup>.

Sin embargo, en la modernidad ha imperado la política de homogeneización al sistema jurídico dominante sin efectivamente incorporar el resto de sistemas jurídicos subsistentes en la sociedad. Eugene Ehrlich consideró que el comportamiento de los individuos en sociedad está regulado por diversos órdenes normativos paralelos al estatal, o “derecho vivo”, que emanan espontáneamente de la costumbre a partir de la conciencia legal popular como forma de autorregulación<sup>7</sup>. Esta postura fue respaldada por Santi Romano y Bobbio, quienes a través de la teoría de la institución contribuyen a la discusión del pluralismo jurídico al constatar que, al haber un grupo social organizado, existe un sistema jurídico. Aquello rompe con la idea de considerar derecho solamente a las normas e instituciones pertenecientes al sistema jurídico estatal. De esta forma, se señala que el derecho no está determinado en la noción de norma jurídica, sino en función de cada sistema jurídico y cuya validación –de la norma jurídica– no está relacionada con el reconocimiento por otros sistemas, sino que cada sistema jurídico se desarrolla independiente dentro de su esfera y posee autonomía.

No obstante, en un mundo globalizado donde los distintos grupos sociales están interrelacionados y son interdependientes, la necesidad de propender a alguna forma de unidad que garantice el respeto a las diferencias de distintos sistemas jurídicos es fundamental para la subsistencia de pueblos diversos. Por tanto, la autodeterminación de los pueblos por fuera de este contexto de unidad los aislaría y condenaría a su desaparición. En palabras de Sánchez “lo que encaja sobrevive”<sup>8</sup>. Los Estados plurinacionales no pueden subsistir sin que sus diversos pueblos mantengan lealtad a la comunidad política ampliada en que están integrados y con la que cohabitan. Para ello los pueblos tienen que participar de órdenes más globales, donde se permita una interpretación intercultural de ciertas distinciones valóricas para la convivencia, como es el orden internacional de derechos humanos.

<sup>5</sup> DAVID, René. *Los grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos*. Madrid: Aguilar, 1968, p. 10.

<sup>6</sup> NORBERT, Rouland; PIERRE, Stéphane y POUMARÉDE, Jacques. *Derechos de las minorías y pueblos autóctonos*. México: Siglo Veintiuno, 1999, p. 113.

<sup>7</sup> EHRlich, Eugen. *Los Principios Fundamentales de la Sociología del Derecho*. New Brunswick: Transaction Publishers, (1913) 2002, p. 14.

<sup>8</sup> SÁNCHEZ, Esther, “Construcciones epistemológicas...”, op. cit., p. 194.

Ordenamiento a partir del cual se protege un mínimo de derechos individuales<sup>9</sup> –como límite a las restricciones internas– y que, a la vez, permite un amplio reconocimiento de la diversidad cultural, garantizando el respeto a la autodeterminación de los pueblos. Así, según Ferrajoli, este nuevo paradigma de pluralismo jurídico es el que corresponde a un Estado constitucional de derecho<sup>10</sup>. En este contexto de respeto a la igual dignidad de las culturas, es fundamental superar el concepto individualista, monocultural y positivista de los derechos humanos, e interpretar dichos derechos desde una perspectiva intercultural<sup>11</sup>.

En vista de lo anterior, a partir de la última década del siglo XX e inicios del XXI se abre un nuevo horizonte para el pluralismo jurídico en países en los que coexisten pueblos indígenas<sup>12</sup>, allí surge el reto de articular los distintos sistemas normativos originarios –junto al estatal–, garantizando el respeto a características culturales propias –derecho del colectivo–, resguardando la unidad estatal y el respeto de los derechos humanos contenidos en la Constitución y tratados internacionales.

## 2. Marco jurídico relevante para el análisis del pluralismo jurídico en el derecho chileno

El reconocimiento del derecho propio indígena ha tenido un importante desarrollo en el derecho internacional y comparado, precisamente en el marco de la evolución de los derechos humanos. Sin embargo, en este artículo restringiremos el análisis al Convenio 169 de la OIT (Convenio 169)<sup>13</sup>, a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y a la legislación y jurisprudencia chilena.

El Convenio 169, ratificado por Chile en septiembre de 2008, establece los estándares normativos mínimos que el Estado debe reconocer a los pueblos indígenas. Desde su vigencia, el sistema jurídico nacional se ha visto desafiado a su implementación en distintos ámbitos.

El Convenio 169 regula la aplicación y vigencia del derecho propio indígena en los artículos 8 al 12. Estas normas imponen al Estado la obligación de respetar el derecho consuetudinario indígena, disponiendo que al aplicar la legislación nacional deberán considerarse las costumbres o derecho consuetudinario indígena. Además, reconoce el derecho de los pueblos indígenas a conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos humanos definidos en los sistemas jurídicos nacional e internacional. Frente a potenciales conflictos jurídicos derivados de la superposición de normas y principios en un contexto de pluralismo jurídico, surge la obligación de establecer procedimientos para solucionar los conflictos.

En lo que respecta a la administración de justicia indígena en el ámbito sancionatorio se dispone que, 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 indígenas recurren en forma tradicional para la represión de delitos cometidos por sus miembros. Por otra parte, las autoridades y tribunales estatales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales que involucren a personas de origen indígena deberán considerar las características económicas, sociales y culturales de éstos.

<sup>9</sup> Como son: el derecho a la vida, el derecho a no ser torturado y a un debido proceso.

<sup>10</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta, (1999) 2001, p. 152.

<sup>11</sup> YRIGOYEN, Raquel. "Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico...", op. cit., p. 557.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 541.

<sup>13</sup> OIT. Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Adoptado el 27 de junio de 1989.

El derecho propio también opera como base normativa del reconocimiento de los derechos de propiedad y posesión indígena sobre tierras que tradicionalmente ocupan. Así, está establecido en los artículos 13 al 19 del Convenio 169, que se impone a los Estados la obligación de instituir procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar reivindicaciones de tierras formuladas por pueblos interesados. Cabe consignar, sin embargo, que mayor relevancia se ha conferido al derecho propio en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH o la Corte), donde ha sido reconocido como fuente jurídica el derecho de propiedad indígena. La Corte ha amparado la propiedad comunal de los pueblos indígenas a la luz del artículo 21 de la Convención Americana, que protege el derecho de propiedad, y ha salvaguardado la posesión de la tierra basada en la costumbre indígena, aun a falta de título, reconociendo su propiedad sobre ella. Otorgando preeminencia a la costumbre incluso respecto del derecho positivo estatal<sup>14</sup>.

En el ámbito de la legislación estatal, la Ley 19.253 sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas (Ley Indígena)<sup>15</sup> regula la costumbre indígena y su aplicación en materia de justicia. Normativa nacional que reconoce como indígenas a quienes mantengan rasgos culturales de alguna etnia indígena y se autoidentifiquen como tales (artículo 2 letra c), siendo considerado este último elemento más determinante. Así también, la Ley Indígena (artículos 61 y 68) reconoce organizaciones tradicionales y formas específicas de organización indígena. Por su parte, el sistema interamericano de derechos humanos, tanto la Comisión (CIDH) como la Corte, se basa en las normas del Convenio 169 para acreditar la condición de indígena y de sus organizaciones representativas. La CIDH ha resaltado que el “criterio de autoidentificación es el principal para determinar la condición de indígena, tanto individual como colectivamente en tanto pueblos”<sup>16</sup>.

Conforme a la Ley Indígena, 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. En lo penal se considerará como antecedente en la aplicación de una eximente o atenuante de responsabilidad. Cuando la costumbre deba ser acreditada en juicio podrá probarse con todos los medios que franquea la ley y, especialmente, con un informe pericial evacuado por la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI) a requerimiento del Tribunal.

Para resolver las cuestiones sobre dominio, posesión, división, administración, explotación, uso y goce de tierras indígenas, y los actos y contratos que se refieran o incidan en ellas y en que sea parte o tenga interés un indígena, se contemplan dos procedimientos especiales: conciliación ante un abogado conciliador designado por el director de CONADI a petición de partes y un procedimiento especial ante la justicia ordinaria. Este se tramita mediante un procedimiento abreviado regulado en los libros I y II del CPC y normas especiales de la Ley Indígena, artículos 56, 57 y 58.

<sup>14</sup> Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79; *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146; *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C No. 185; *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214.

<sup>15</sup> Ley 19.253 que Establece normas sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas. República de Chile, 5 de octubre de 1993.

<sup>16</sup> CIDH. *Informe Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser.LV/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 216.

En lo que refiere a las aguas, la Ley Indígena reconoce la propiedad ancestral de comunidades aymara y atacameñas, específicamente el derecho a la protección, constitución y restablecimiento de aguas de uso ancestral de dichas comunidades, artículos 64 y 3 transitorio de la misma ley.

### 3. Avances y retrocesos de la jurisprudencia chilena en el reconocimiento de la costumbre indígena, la justiciabilidad del derecho propio indígena y la aplicación de un enfoque de pluralismo jurídico<sup>17</sup>

#### 3.1 Valoración de la costumbre en materia penal

Para probar la concurrencia de la costumbre y definir en base a ello la antijuridicidad de la conducta y la responsabilidad penal, la jurisprudencia ha reconocido como principal medio de prueba el peritaje antropológico, imponiendo como exigencia para su validación mencionar las fuentes bibliográficas y etnográficas como fundamento<sup>18</sup>. El peritaje debe pronunciarse específicamente acerca de si la conducta del imputado responde a alguna costumbre; negándose en la práctica judicial –en materia penal– valor legal al contexto sociocultural<sup>19</sup>. Incluso más, el contexto sociocultural ha operado como agravante de responsabilidad cuando éste ha sido invocado en el marco de aplicación de leyes especiales (Ley de Seguridad Interior del Estado, Ley Antiterrorista y Delitos penales agravados) a dirigentes indígenas<sup>20</sup>.

El caso más paradigmático de esta práctica es el de los Lonkos Pichún y Norín, condenados por amenaza de incendio de tipo terrorista, cuya responsabilidad se fundó en la circunstancia de ser autoridades tradicionales de las comunidades que representan<sup>21</sup>.

Por otra parte, existen casos de rechazo al peritaje antropológico argumentando que “la antropología no es una ciencia exacta” y, por tanto, “no se ajusta a ninguno de los parámetros exigidos a una prueba judicial para producir certeza judicial, esto es, concuerde con la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados”<sup>22</sup>.

La jurisprudencia se entrapa en la discusión de si la antropología es o no ciencia e incurre en una situación de denegación de justicia. En el caso reseñado, el Tribunal no permite el informe antropológico aun cuando concurre la variable cultural y ello es determinante para ponderar la antijuridicidad de la conducta o la tipicidad de los hechos, siendo la antropología la única

<sup>17</sup> Análisis basado en la investigación del Programa de Estudios en Antropología Jurídica e Interculturalidad de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, dirigida por la Profesora Milka Castro Lucic, en el marco del proyecto Estudio y Capacitación sobre Cosmovisión, Legislación y Jurisprudencia Indígena. La jurisprudencia que se analiza emana de dicha investigación y ha sido complementada por los autores de este artículo en materia de derechos territoriales y autoidentificación. Véase, CASTRO, Milka y VERGARA, Juan (Eds.). *Jurisprudencia Indígena, Cosmovisión y Legislación*. Santiago: PRANJU, 2009.

<sup>18</sup> Tribunal Oral en lo Penal de Temuco. Sentencia de 31 de mayo de 2006. Rit 49-2006; Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia de 25 de febrero de 2009. Rol 222-2009.

<sup>19</sup> Corte de Apelaciones de Punta Arenas. Sentencia de 14 de febrero de 2002. Rol 75.439-2002; Corte de Apelaciones de Concepción. Sentencia de 18 de febrero de 2003. Rol 1344-2003; Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia de 25 de febrero de 2009. Rol 567-2007.

<sup>20</sup> Véase en, CASTRO, Milka y VERGARA, Juan (Eds.). *Jurisprudencia Indígena...* op. cit., pp. 80-81.

<sup>21</sup> Tribunal Oral en lo Penal de Angol. Sentencia de 14 de marzo de 2006. Ruc 0100083503-6; Corte Suprema de Chile. Sentencia de 2 de julio de 2003. Rol 1743-2003; Tribunal Oral en lo Penal de Angol. Sentencia de 9 de noviembre de 2004 y 27 de julio de 2005. Rol 80-2004; Corte Suprema de Chile. Sentencia de 6 de abril de 2005, Rol 5440-2005.

<sup>22</sup> Tribunal Oral en lo Penal de Temuco. Sentencia de 31 de mayo de 2006. Rit 49-2006. Véase en, CASTRO, Milka y VERGARA, Juan (Eds.). *Jurisprudencia Indígena...* op. cit., p. 75.

disciplina que posee las herramientas metodológicas para probar o desechar la concurrencia de estas circunstancias.

El análisis jurisprudencial evidencia el desconocimiento del juzgador respecto del fenómeno cultural que configura la costumbre. Recurrentemente se aduce, sin bases antropológicas, la existencia de un fenómeno de “aculturación”, es decir, de pérdida de rasgos culturales para atribuir responsabilidad penal y rechazar la costumbre. Los casos de estudio revelan decisiones basadas en estereotipos discriminatorios:

- Caso de robo, imputado de origen alacalufe: “La costumbre se da en el contexto de sus relaciones interpersonales en su realidad tribal y no en el medio urbano, donde –con mayor o menor grado de dificultad según sea su grado de desarrollo intelectual– debe adaptarse a las exigencias que la sociedad impone para distinguir entre lo propio y lo ajeno”<sup>23</sup>.
- Caso de violación, imputado de origen pehuenche: Se invocó la costumbre para tener relaciones sexuales consentidas con una mujer menor de 14 años y fue desechada por la proximidad de la comunidad a un centro urbano, específicamente a la localidad de Lonquimay, el acceso del imputado a televisión y radio y su adscripción religiosa a la fe católica<sup>24</sup>.
- Caso de homicidio, imputado mapuche: El peritaje antropológico pretendió validar la aplicación de pena de muerte en el derecho propio mapuche, se rechazó el argumento aduciendo que el imputado era católico y, por tanto, adscribía a los valores religiosos propios de la fe que profesa y que impone la obligación de no matar<sup>25</sup>.
- Caso parricidio por omisión mujer aymara –caso Gabriela Blas–: El tribunal estima que no está “comprometida la costumbre aimara en la medida que no es propia de ella dejar abandonados a menores”<sup>26</sup>.

Hay, sin embargo, casos en los que el juez aplicó la costumbre como eximente de responsabilidad penal, incluso estando comprometida la vida de una persona.

- Caso parricidio por omisión mujer aymara: Se eximió de responsabilidad a la mujer por cuanto no podía actuar como garante de los derechos del hijo menor, pues su realidad familiar responde a una organización patriarcal que subsiste en la zona altiplánica otorgando poderes incontrarrestables al hombre<sup>27</sup>.

En otros casos se rechaza la aplicación de la costumbre porque colisiona con derechos humanos. En un caso de maltrato y abandono de menores se aplicó una medida de protección para los niños que fue impugnada por la familia de los menores basándose en el derecho de los niños y niñas reconocido en la Convención de Derechos del Niño, a desarrollarse dentro de su pueblo. La Corte rechazó la invocación a la costumbre resguardando el interés superior del niño a su integridad física<sup>28</sup>.

<sup>23</sup> Corte de Apelaciones de Punta Arenas. Sentencia de 14 de febrero de 2002. Rol 75.439-2002. Véase, *Ibíd*em, p. 77.

<sup>24</sup> Tribunal Oral en lo Penal de Temuco. Sentencia de 23 de noviembre 2005. Rit 101-2005. Véase en, *Ibíd*em, p. 77.

<sup>25</sup> Corte de Apelaciones de Concepción. Sentencia de 18 de febrero de 2003. Rol 1344-2003. Véase en, *Ibíd*em, p. 77.

<sup>26</sup> Tribunal Oral de lo Penal de Arica. Sentencia de 11 de octubre de 2010. Rit 221-2009. Véase en, *Ibíd*em, p. 77.

<sup>27</sup> Corte de Apelaciones de Antofagasta. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Rol 168-2006. Véase en, *Ibíd*em, p. 77.

<sup>28</sup> Corte de Apelaciones de Punta Arenas. Sentencia de 29 de junio de 2001. Rol 74.299-2001. Véase en, *Ibíd*em, p. 77.

### 3.2 Valoración de la costumbre en materia civil

La calidad de indígena en juicios de tierra se considera sólo cuando se invoca el procedimiento especial de la Ley Indígena y la carga de la prueba recae sobre el poseedor que invoca esta condición<sup>29</sup>.

Para acreditar la calidad de indígena de las tierras se exige que la tierra esté contemplada en la enumeración del artículo 12 de la Ley Indígena, es decir, que provenga de un título otorgado por el Estado y se encuentre inscrita en el registro que establece el artículo 15 del mismo texto legal<sup>30</sup>.

La regla general ha sido que los tribunales apliquen la teoría de la posesión inscrita para desestimar la posesión ancestral<sup>31</sup>. Un caso de excepción es *Romero con Montecinos*, que validó la posesión fundada en la entrega material de un terreno sin que concurra un título translaticio de dominio, “[c]omo una destinación acorde al derecho ancestral, asimilable a la del buen padre de familia”<sup>32</sup>, fundamentado en el Convenio 169 de la OIT<sup>33</sup>.

Se observa, sin embargo, una atenuación de la teoría de la posesión inscrita en algunos fallos aún dispersos. Así en *Curín con Bosques Arauco* se morigeró la posesión inscrita y se dispuso que: “[t]ratándose la cosa reivindicada de tierra indígena no corresponde aplicar de manera estricta la teoría de la posesión inscrita consagrada en el Código Civil”. La Corte determinó que “[p]ara una justa solución del conflicto planteado debemos tener presente los principios recogidos en el artículo 1 de la Ley 19.253 y el Convenio 169”<sup>34</sup> y razonó de un modo consistente con dicho instrumento:

Deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberán tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se le plantea tanto colectiva como individualmente; deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de estos pueblos (art 5 letra a y b); deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o derecho consuetudinario (art 8 N° 1); [...] deberán respetarse las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra entre los miembros de los pueblos interesados establecidos por dichos pueblos<sup>35</sup>.

El procedimiento especial para litigar cuestiones de tierra indígena (artículo 56 de la Ley Indígena) se ha aplicado en pocas ocasiones y, en general, a petición de partes<sup>36</sup>.

En cuanto al estatuto de derechos indígenas sobre imprescriptibilidad de las tierras indígenas, se ha debilitado su principio rector. En *Cañicul con Fernández* se dispuso que si una persona comenzó a poseer un inmueble que posteriormente es declarado tierra indígena es legítimo que pueda adquirir por prescripción, aplicando el artículo 26 de la Ley de Efecto Retroactivo de las

<sup>29</sup> Corte de Apelaciones de Valdivia. Sentencia de 31 de mayo de 2000. Rol 10.663-2000. Véase en, *Ibíd.*, p. 86.

<sup>30</sup> Corte de Apelaciones de Concepción. Sentencia de 28 de octubre de 2008. Rol 557-2006. Véase en, *Ibíd.*, p. 87.

<sup>31</sup> Corte de Apelaciones de Valdivia. Sentencia de 30 de marzo de 1995. Rol 5983-1995; Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia de 26 de abril de 2001. Rol 1304-1999; Corte Suprema de Chile. Sentencia de 21 de septiembre de 2001. Rol 2283-2001. Véase en, *Ibíd.*, p. 87.

<sup>32</sup> Véase en, CASTRO, Milka y VERGARA, Juan (Eds). *Jurisprudencia Indígena...* op. cit., p. 87.

<sup>33</sup> Corte Suprema de Chile. Sentencia de 24 de noviembre de 2008. Rol 6.510-2007. Véase en, *Ibíd.*, p. 87.

<sup>34</sup> Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia de 6 de enero de 2009. Rol 1.864-2008. Véase en, *Ibíd.*, p. 97.

<sup>35</sup> Véase en, CASTRO, Milka y VERGARA, Juan (Eds). *Jurisprudencia Indígena...* op. cit., pp. 97 y 98.

<sup>36</sup> Corte de Apelaciones de Concepción. Sentencia de 21 de noviembre de 2002. Rol 112-2002. Para la prueba de posesión se exige informe de CONADI. Corte Suprema, Sentencia 24 de noviembre de 2008. Rol 6.510-2007. Véase en, *Ibíd.*, p. 89.

Leyes. Ello en atención a una interpretación que declara la imprescriptibilidad del artículo 13 de la Ley Indígena como de tipo relativo y que, por tanto, impide la aplicación retroactiva de la ley<sup>37</sup>.

En materia de propiedad ancestral al agua, por el contrario, se ha reconocido consistentemente que la propiedad ancestral indígena sobre las aguas, derivadas de prácticas consuetudinarias, constituye dominio pleno. Así destacan el caso *Comunidad Atacameña de Toconce con ESSAN S.A.* y el de *Comunidad Chusmiza-Usmagama con Empresa Embotelladora Chusmiza-Usmagama* de 2008<sup>38</sup>. Respecto de la prueba de la posesión en materia de aguas también se ha innovado. En el caso de la *Comunidad de Toconce*, la Corte Suprema determinó que constituye un hecho público y notorio que la comunidad de Toconce ocupa en forma ancestral el recurso hídrico proveniente del río Toconce y consigna la sentencia, de ello dan cuenta la enorme cantidad de terrazas de cultivo existentes en la zona, los canales de riego con sus correspondientes bocatomas, así como el uso inveterado de dichas aguas en labores de agricultura, pastoreo y consumo humano<sup>39</sup>.

Por otra parte, con la vigencia del Convenio 169, los tribunales superiores han salvaguardado derechos indígenas sobre recursos naturales o espacios territoriales, localizados en tierras de particulares no indígenas<sup>40</sup>. Así también, en relación al derecho de consulta, la Corte Suprema resolvió como cuestión previa que la consulta es un derecho que permite el ejercicio del derecho de participación política a aquellos grupos con especificidad propia y, por lo tanto, que dicha especificidad debe ser reflejada en el proceso de consulta<sup>41</sup>.

## Conclusiones

En síntesis, existen algunos avances jurisprudenciales –a partir de la entrada en vigencia del Convenio 169– en relación al reconocimiento de: el derecho de propiedad ancestral al agua basado en el uso consuetudinario; derechos de uso, aprovechamiento y protección de tierras, recursos naturales y ecosistemas parte del hábitat territorial indígena y derecho a la consulta acorde a la especificidad étnica de los pueblos indígenas.

No existe caso documentado alguno de reconocimiento de la potestad jurisdiccional de autoridades indígenas para resolver conflictos propios de su comunidad atendiendo a su derecho de autodeterminación reconocido en la normativa internacional.

En materia penal persisten criterios discriminatorios que invalidan la costumbre e, incluso, derivan en situaciones de denegación de justicia. Los tribunales civiles siguen anclados en principios del derecho privado y recogen tímidamente las normas y principios contenidos en la Ley Indígena para proteger las tierras indígenas y resguardar la especial relación de los pueblos indígenas y sus miembros con las tierras ancestrales.

Por otra parte, se observa una aplicación incipiente del Convenio 169, en lo referente al derecho de propiedad y posesión de tierras ocupadas o que poseen los pueblos indígenas, basada en el derecho consuetudinario, y que morigeran el régimen de propiedad instaurado por la legislación civil.

<sup>37</sup> Corte Suprema de Chile. Sentencia de 15 de octubre de 2008. Rol 4897-2007. Véase en, *Ibidem*, p. 94

<sup>38</sup> Corte Suprema de Chile. Sentencia de 22 de marzo de 2004. Rol 986-2003; Corte Suprema de Chile. Sentencia 25 de noviembre de 2009. Rol 2480-2008; Corte de Apelaciones de Iquique. Sentencia de 9 de abril de 2008. Rol 817-2006.

<sup>39</sup> Corte Suprema de Chile. Sentencia de 22 de marzo de 2004. Rol 986-2003.

<sup>40</sup> Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia de 30 de noviembre de 2009. Rol 1773-2008; Corte Suprema de Chile. Sentencia de 25 de noviembre de 2009. Rol 24802008; Corte de Apelaciones de Antofagasta. Sentencia de 17 de febrero de 2012. Rol 681-2011; Corte Suprema de Chile. Sentencia de 27 de abril de 2012. Rol 2211-2012.

<sup>41</sup> Corte Suprema de Chile. Sentencia de 13 de julio de 2011. Rol 258-2011.

En general, la jurisprudencia chilena salvaguarda la hegemonía del derecho estatal y los principios que lo estructuran propendiendo a un modelo homogeneizador etnocéntrico antes que a uno tendiente al reconocimiento pleno de la pluralidad jurídica. Así, el sistema de justicia estatal presenta una débil consideración de las particularidades culturales y de los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas.