UNIVERSIDAD MIGUEL DE CERVANTES

FACULTAD DE DERECHO

PLURALIDAD JURIDICA: UNA URGENCIA DESCOLONIZADORA COMO BASE PARA LA PAZ Y JUSTICIA.

JUAN IGNACIO SILVA GUZMAN

PROFESOR GUIA:

ALEJANDRO ALARCON QUINTEROS

SANTIAGO DE CHILE

2022

“Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas”:

Articulo N° 5

“Los Pueblos indígenas , en ejercicio tiene 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”.

“Los cambios son para los valientes. Los cobardes prefieren quedarse donde están, aunque no sean felices”

Mario Benedetti.

Dedicatoria:

A mi madre con su apoyo y amor incondicional, a mi compañera Cynthia siempre con su eterna paciencia, a mis grandes amigos que estaban pendientes y alentando a cada paso.

Agradecimientos:

A mi Profesor Tutor por su apoyo, contribución y palabras sabias, a mi Universidad por darme la oportunidad de estudiar entrando a mi medio siglo de existencia, a compañeros y docentes de Universidad que se esforzaron por guiarme en momentos de desanimo, a Jaime Madariaga por el apoyo,amistad,fraternidad y enseñanzas jurídicas.

Tabla de contenido

Introducción ***5***

Capítulo I ***7***

1.1 Historia del Pluralismo Jurídico ***7***

CAPITULO II ***33***

2.1 Experiencia comparada en América Latina: Pueblo Nasa en Colombia. ***33***

CAPITULO III ***41***

3.1 Normativa Indígena en la realidad de Chile ***41***

1993 – 2022 ..... ***41***

CAPITULO IV ***56***

4.1 Experiencias de Pluralismo normativo y costumbre al interior de Comunidades Mapuche (Lof) ***56***

Capitulo V ***68***

5.1 Aplicación en Chile de Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. ***68***

CAPITULO VI ***91***

6.1 Sanciones y penas en la justicia indígena ***91***

CAPITULO VII ***101***

7.1 Críticas al Pluralismo Jurídico ***101***

CONCLUSIONES ***102***

Introducción

El siguiente trabajo de investigación e información el que he denominado, en una de sus partes, “Una Urgencia”, es el reflejo de los acontecimientos que se están desarrollando en distintos lugares y territorios de Latinoamérica, en donde , los pueblos originarios están demandando más participación y contribución en las políticas públicas de los Estados, para así, aportar al desarrollo y preservación del “Buen vivir”. Este trabajo comenzó en un periodo en nuestro país en donde se estaba desarrollando un incipiente proceso Constituyente para redactar una nueva Constitución, logrado a través de intensas movilizaciones sociales que concluyeron con el “Estallido Social” del 19 de Octubre de 2019, cuando una población mayoritaria salió a las calles a exigir y demandar nuevas políticas públicas, más equidad, dignidad y una nueva Constitución. Estas movilizaciones trajeron a las calles, también, las demandas de los diversos pueblos indígenas que habitan el territorio de Chile, con un marcado acento en la posibilidad de comenzar a darles más participación y desarrollo junto a procesos de cambios e integrando sus saberes, conocimientos y formas de organización al debate publico nacional. Una de estas demandas era que, a través, de la convocatoria a una nueva Constitución en ella se redactara la integración de los pueblos indígenas con sus sistemas normativos o Pluralidad Jurídica para la resolución de conflictos surgidos en sus territorios. Todo el trabajo que se inició, en esta Convención Constituyente elegida democráticamente en sendos plebiscitos en donde la mayoría de los votantes voluntarios optaron por esa opción de una nueva Constitución, fue quedando marginada del debate público nacional y solo se dieron conocimientos parciales a la población, por parte de los medios controlados por las elites y oligarcas. En base a estos planteamientos, surgidos en ese período, es que comenzó mi trabajo para hacer un aporte y real conocimiento al Pluralismo Jurídico que esta siendo aplicado en diversos territorios y que no representan un peligro para las democracias occidentales, al contrario, es un factor para preservar las tradiciones, costumbres y conocimientos ancestrales de quienes habitan junto a nosotros nuestra tierra.

El Pluralismo Jurídico y sus formas de implementación se muestran en este trabajo como un complemento, más que una anulación del Derecho tradicional y sus instituciones. En cada lugar en que se aplica con sus particularidades y modos diversos, siempre esta sujeto a las normas mayormente Constitucionales que rigen las vidas de sus habitantes. En cada pueblo indígena las particularidades de las normas orales y costumbres se desarrollan con un componente colectivo, de tratar siempre de solucionar en vez de castigar, la justicia es impartida con una relación de comunidad, de solidaridad, de mediar dentro de las mismas familias afectadas por estas faltas, sin por ello, ser firmes ante eventos graves para la convivencia de las comunidades. En la mayor parte de las Comunidades y Pueblos indígenas citados en estos escritos, la palabra “equilibrio” y “armonía” esta frecuentemente presente en la aplicación de la Pluralidad jurídica o justicia indígena, como es que se refieren algunos autores. En Colombia, Perú Ecuador, Bolivia, por nombrar algunos territorios, la Pluralidad Jurídica se ha ido implementando en base al Convenio 169 de la OIT, que en sus artículos trata de zanjar las particularidades de los pueblos indígenas, mostrar sus formas de vida y de como han sido estos quinientos años y más, de despojo de sus tierras y derechos por parte de los invasores primeramente y después por los Estados y Repúblicas nacientes.

Los pueblos indígenas, están en desventaja, sobre todo en cuanto a la administración de justicia por parte de los ordenamientos jurídicos imperantes en América. Han sido constantemente vulnerados todo tipo de derechos y esa realidad no ha cambiado. La pluralidad Jurídica es una forma de devolver , en parte, esa dignidad arrebatada a la fuerza. La Pluralidad Jurídica tiene un componente histórico que tiene efectos positivos en cuanto a su aplicación dentro de la poblacion.No es menor que el Pueblo Nasa en Colombia, producto de su desarrollo organizativo haya podido lograr un equilibrio y armonía en vastos territorios del Valle del Cauca y expulsado a las bandas criminales para militares y grupos guerrilleros de la zona, todo producto de poder tener el control y aplicación de la “justicia” en manos de Cabildos y autoridades legitimadas en elecciones, siguiendo tradiciones ancestrales. Así también, otros pueblos indígenas aplican sus normas y tradiciones jurídicas con componentes y principios de justicia estatal, que en ningún modo es desafiante para las autoridades locales, ya que solamente entra en función cuando voluntariamente se desea concurrir a ella.

La Pluralidad Jurídica, quizás , en este momento , ya no es una “urgencia” en nuestro país, como lo estaba al principio de este trabajo, pero aun está latente en los pueblos indígenas, que esperan de los Estados un reconocimiento a su cultura, diversidad, diferencias y sus sistemas ancestrales de convivencia.

Capítulo I

1.1 Historia del Pluralismo Jurídico

La materia del Pluralismo jurídico ha atravesado innumerables situaciones en la historia mundial, especialmente en la Occidental (Imperio Romano, Edad del Medioevo, Moderna y Contemporánea), introduciéndose en variadas épocas y con múltiples interpretaciones, dando la posibilidad de enfocarnos en más de una realidad, en amplias formas de accionar y con la propia diversidad de los campos sociales con particularidad propia.

Como punto de inicio histórico he de referirme al periodo del Imperio Romano que domino Europa principalmente, Norte de África y Asia menor, entre los años 27 A.C. y 476 d.C.

Los Romanos vivenciaron experiencias de gran diversidad jurídica que los llevaron a adecuar situaciones conflictivas, por un lado, aplicando de forma flexible, su “jus gentium” (Derecho de gentes), por otro lado, incorporando las practicas normativas extranjeras a su Derecho. El propio recurso del “jus gentium “demostraba la preocupación conciliadora para resolver la existencia de una pluralidad de sistemas jurídicos en el Imperio. Es difícil precisar cuando los romanos comenzaron a producir Derecho a través de leyes estatales. Pues hasta el final de la era Imperial no llegaron a dar importancia al monopolio normativo del Estado.

En la época del Feudalismo,(Siglos XVII y XVIII), surgido como resultado de la combinación de dos significativos eventos: la decadencia esclavista romana, y la fragmentación de la sociedad gentil dominante entre los pueblos nórdicos de Europa, co-existían diferentes órdenes normativos con rango de Derecho que se integraban a la vida diaria, así existía el Señorial, que se fundaba en la función militar, el “Burgués” que apoyaba la actividad económica y el “Real” que unificaba las demás practicas normativas en nombre de la centralización política para la estabilidad del “Reino”. En este mundo Medieval, la multiplicidad de centros de poder, de manifestaciones de costumbre y normativas que concurrían diariamente, al mismo tiempo con dictámenes reales, derecho

canónico y romano, hacían nacer una pluralidad constante de relaciones que concurrían en este periodo. [1]

En los siglos XVII y XVIII estos diferentes sistemas que producían normas se fueron integrando a una unificación jurídica con el desarrollo de un Estado que venía a unificar y centralizar esta diversidad legal. Con el triunfo de la Burguesía en la revolución Francesa y su proceso posterior, este acontecimiento produjo la aceleración e integración de estos diversos sistemas legales con base en uno de los principios de la Revolución, la "igualdad" de todos ante una legislación común Se comienza a desarrollar la cultura jurídica monista a partir de reformas administrativas y con la promulgación de un único Código Civil para regir a toda la sociedad.

A mediados del siglo XX el Pluralismo Jurídico Burgués, se reintroduce como la nueva estrategia del nuevo ciclo de acumulación de capital, cuyas principales tendencias son:

1- Descentralización administrativa

2- Integración de mercados

3- Globalización y acumulación flexible del capital

4- Formación de bloques económicos

5- Políticas de privatización

6- Regulación social supranacional

Con estos nuevos principios significaban la coronación de esfuerzos realizados en el transcurso de muchos siglos para consolidar el "fetiche" [2] de la unidad y autosuficiencia, de que cada sociedad tendría apenas un sistema jurídico. O sea, ***"un solo Derecho para todos, con el Estado como tutor".***[3]

---

[1] Wolkmer, A.C., *´´Pluralismo Jurídico-Fundamento de una nueva cultura del Derecho´´,* 2ª edición

[2] Valencia Tello, D.C, *´´Pluralismo Juridico:Analisis de tiempos históricos´´,* Revista Derecho del Estado,N° 45, Bogotá, enero/abril 2020

[3] Wolkmer, A., C., *´´Pluralismo Jurídico-Fundamento de una nueva cultura del Derecho´´,* 2ª edición.

El sistema capitalista de la economía mundial comienza a estar dominado por una lógica económica global avasalladora donde los mercados trasnacionales multiplican las capacidades de actuación normativa de empresas, instituciones y conglomerados comerciales, mientras se pone en jaque los principios básicos de la soberanía de los Estados y a sus atrasados ordenamientos jurídicos , que poco o nada pueden hacer ante tal avance del liberalismo económico que incide notoriamente en la calidad de vida de la población.[4]

América Latina se ha visto afectada por este avance del capitalismo desde los albores de las nacientes Republicas, su dependencia económica y controlada desde el siglo XIV por los juegos de los poderosos intereses de las clases dominantes y dueños del capital mundial. La condición de dependencia de los países "periféricos" evidencia cada vez más la complejidad y contradicciones entre el *"Centro" y la "Periferia",* el *"Norte" rico* y el *"Sur" pobre,* y no solo por factores o causas externas, sino también adicionalmente agravantes internos como son los caudillismos locales, clientelismo, corporativismo, elites pseudo aristocráticas, gobiernos empresariales, entre otros.[5]

Esta implantación en Latinoamérica de economías dependientes, con modos de producción leales a un comercio mundial segregador va aparejado con las diferencias enormes de clases sociales que se agudizan día a día, esto en concordancia con un sistema jurídico monista que reproduce las prácticas de desigualdad, poco y eficaz acceso a la justicia en igualdad de condiciones, que había en épocas feudales, en donde el poder autoritario, el capital regula toda la vida en sociedad.

Hay muchas doctrinas que pueden identificarse con el pluralismo, en el campo filosófico, sociológico o político, y en Pluralismo Jurídico no es lo menos, pues comprende una amplia e innumerables tendencias de diferentes orígenes y propiedades particulares, que atrapan un conjunto de fenómenos autónomos y características heterogéneas y singulares que no se reducen entre sí, y se complementan. En este contexto encontramos una multiplicidad de principios esenciales en la diversidad de modelos, en donde convergen

---

[4] Wolkmer, A., C., *´´ Pluralismo Jurídico-Fundamento de una nueva cultura del Derecho´´,* 2ª edición

[5] Wolkmer,A.,C., *´´Nuevo marco emancipatorio en América Latina´´,* Editorial CENEJUS, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, CLACSO, año 2003

matices radicales, conservadores, liberales, religiosos, espiritualistas, socialistas, y así una lista interminable para describir. En este complejo contexto no impide admitir y corroborar que el núcleo principal en donde converge el Pluralismo jurídico es la negación de que el Estado sea el único centro de Poder político y la fuente exclusiva de toda producción de Derecho.

Un Pluralismo Jurídico conservador que se construye *"desde arriba ",* hace inviable la organización de los grupos sociales e impide la participación ciudadana al aplicarse bajo un prisma autoritario y despótico, es la continuación histórica de un modelo agotado que bajo el capitalismo autoritario y segregador ha conminado a importantes y mayoritarios segmentos de la población mundial, especialmente en la *"periferia "*Latinoamérica , a vivir en condiciones de desigualdad económica y también jurídica .El nuevo Pluralismo jurídico práctico debe basarse en la aplicación de derechos provenientes de la organización y luchas de las practicas socioculturales de los grupos marginados de la sociedad. Se debe romper con la configuración mítica que la producción normativa solo emana del Estado y sus organismos, instalando la idea consensual que el derecho como acuerdo, como producto de necesidades, confrontaciones y reivindicaciones de las fuerzas sociales de la sociedad en su totalidad. El objetivo más importante en esta transformación jurídica no consiste en la sustitución de una legalidad injusta por otra normalidad más favorable, sino en identificar el derecho con los sectores mayoritarios de la sociedad, incluidos los pueblos originarios como parte de la población más marginada, excluida y aniquilada desde la invasión al "Nuevo Mundo".[6]

Otro de los objetivos generales de este trabajo es diseñar mediante una apreciación crítica, la existencia de un pluralismo jurídico fundamentado en prácticas sociales, comunitarias y participativas, capaz de reconocer y legitimar nuevas formas normativas extraestatales, producidas por nuevas identidades que poseen carencias y necesidades deseadas.

Tales reivindicaciones son producidas por las serias contradicciones originadas entre lo que promete el Derecho objetivo del Estado y lo que es posible por las condiciones objetivas actuales. Hay un desencuentro radical entre la realidad formal oficial y la realidad

---

[6] Wolkmer, A., C., *´´Pluralismo Jurídico-Fundamento de una nueva cultura del Derecho´´,* 2ª edición

material, que es el fruto de la correlación de fuerzas entre un espacio social desigual, dividida por profundas diferencias de expectativas, dando a lugar a que lo que es seguridad para unos pocos, sea violencia para muchos.

La opción de este nuevo pluralismo se diferencia del objetivo de las antiguas formulas plurales, ya que no está más vinculado a la representación individual del mundo social, sino a la convergencia y a la síntesis de todos los intereses "comunes" cotidianos, individuales y colectivos.

1.2 Pluralismo jurídico y Normativa legal en Latinoamérica

"El reconocimiento de los pueblos indígenas y su derecho al control de sus instituciones, hábitat y territorios, autogobierno, sistemas jurídicos, autoridades, identidad, idiomas, y cultura, así como su derecho a participar en los planes regionales y nacionales que pueden afectarlos, ha supuesto una larga lucha aun inconclusa en América Latina. El hecho Colonial puso a los pueblos originarios en una condición de subordinación política, explotación económica y subvaloración cultural. La ideología de la inferioridad natural de los indios del siglo XVI y la herencia republicana de la idea del Estado-nación y la identidad Estado-derecho del siglo XX han impedido el reconocimiento pleno de la dignidad de los diferentes pueblos y culturas, así como de los diversos sistemas jurídicos indigenas.Esta situación ha sido contestada por los diferentes movimientos indígenas y campesinos y también durante los finales de la década del 90, por importantes cambios normativos." (Raquel Irigoyen Fajardo, "Estado Pluricultural, derecho indígena y control penal en los países andinos", Lima, febrero de 2003)

En la última década del siglo XX hubo una tendencia semejante en las reformas constitucionales emprendidas por los países que conforman la Comunidad Andina de Naciones: Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador y Venezuela, que hace comparable a dichos procesos. De estas reformas normativas se destaca el reconocimiento de:

a) el carácter plurinacional del Estado/nación/república,

b) los derechos de los pueblos indígenas y las comunidades campesinas,

c) el derecho indígena y la jurisdicción especial.

En la actualidad, de los Estados Latinoamericanos que cuentan con población indígena, únicamente Colombia, Perú, Bolivia y Ecuador reconocen en sus Constituciones el pluralismo jurídico, en los demás países, sus Constituciones o bien se limitan a reconocer el derecho Indígena, que en todo caso sería aplicado por la jurisdicción Estatal, o bien no regulan esta materia.

El Convenio 169 de la Organización del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales, en sus artículos 8 y 9 establece como único límite del Derecho consuetudinario indígena su compatibilidad con los “derechos fundamentales” definidos por el sistema jurídico nacional y con los Derechos humanos internacionalmente reconocidos.

En el análisis del Pluralismo jurídico en América Latina es imprescindible introducir y destacar el Derecho y justicia indígena. El reconocer a la justicia indígena y al Derecho consuetudinario contribuye a destrabar la concepción moderna que todo el derecho legítimo proviene únicamente del Estado como ente soberano y poderoso.

Otra modalidad de Pluralismo jurídico que comienza a surgir en América Latina es la que nace de forma descentralizada del poder hegemónico Estatal y abarca las capas populares en torno a la “justicia comunitaria”. Se trata de experiencias dinámicas y flexibles que resuelven determinados conflictos en el ámbito de la comunidad, del micro territorio y que dan respuesta alternativa a los tradicionales procesos de administración de justicia vinculados al aparato estatal. Esta justicia cercana y directamente resolutiva ha asumido variadas expresiones materiales de aplicación en varios países americanos.

1.3 Colombia

En el contexto Colombiano, el Pluralismo Jurídico no ha sido ajeno a la explicación [7] de fenómenos tanto socio-jurídicos como socioculturales, que se encuentran relacionados con las complejas realidades del país. Así también, la antropología ha contribuido al desarrollo de la pluralidad jurídica, ya que en sus estudios realizados abarcando diferentes ámbitos de investigación, la vida de los pueblos indígenas en diferentes áreas del territorio colombiano, han sido estudiados con sus particulares formas de vida, su cosmovisión, su cultura y su relación con el Estado.

El pluralismo jurídico en el país se ha desarrollado desde lo nacional y lo local, sin desconocer la influencia que tienen las dinámicas globales. En lo local se ha posibilitado la irrupción y existencia de múltiples ordenamientos jurídicos que van desde lo legal o ilegitimo hasta lo ilegal o legítimo, y que se ve reflejado en las prácticas de orden normativo que han utilizado los grupos guerrilleros y paramilitares, grupos organizados de narcotraficantes y campesinos.

La Constitución de la Republica de 1991, fue un aporte significativo y de reconocimiento a la diversidad cultural y los derechos de los pueblos indígenas, sin embargo en la práctica se reflejan los intereses instrumentales del multiculturalismo, como los beneficios a las empresas trasnacionales para adquirir materias primas de bajo costo, la apropiación por parte de capitales nacionales y foráneos de los recursos naturales en los territorios donde las comunidades se encuentran ancestralmente habitando. Pese a las inconformidades por parte de las comunidades indígenas, el reconocimiento inicial del Pluralismo cultural y Pluralismo Jurídico fue importante para que desde lo local se siguieran fortaleciendo los procesos socio jurídicos y la reivindicación de derechos, donde algunas comunidades indígenas lo usarían en una lógica de interacción entre lo local-nacional y global con el fin de consolidar sus propias instituciones, resolver sus conflictos y reivindicar su identidad.

En esta lógica, el Pueblo Nasa o también llamados Páez, como parte de los 104 pueblos indígenas reconocidos en el país, ha logrado por medio de la pluralidad jurídica, una forma de administrar justicia que ha incidido positivamente en el ámbito local, nacional y

---

[7] Investigación Colectiva, Fundación Konrad Adenauer, ´´*Pluralismo Jurídico: Manual para la práctica de la justicia Intercultural,*´´ 2ª edición, Elementos materiales y debido proceso, Pág. 95

se ha convertido en un referente de autonomía y alternativa al monismo jurídico Estatal. Estos avances normativos y de administración de justicia, también se encuentran plasmados por medio del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de 1989 que otorga garantías y protección a los pueblos tradicionales con cosmovisiones diferenciadas y también en la Declaración de los Pueblos indígenas de 2007 donde se realiza una mayor protección a las comunidades indígenas como poseedoras de identidades culturales, tradiciones, costumbres y prácticas ancestrales.

En la nueva Constitución aprobada en 1991 han quedado reconocidos una serie de derechos de las comunidades indígenas:

El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación Colombiana **(artículo 7)** y es obligación del Estado proteger las riquezas culturales **(artículo 8).**

Las lenguas y dialectos de los grupos étnicos son también oficiales en sus territorios, y en las comunidades con tradición lingüística propia la educación será bilingüe. **(artículo 10).** Su formación deberá respetar y desarrollar su identidad cultural **(artículo 68).**

Las tierras comunales de grupos étnicos y las tierras de resguardo son inalienables, imprescriptibles e inembargables **(artículo 63).**

Se reconoce que los grupos étnicos asentados en territorios de riqueza arqueológica tienen derechos especiales sobre esos patrimonios culturales, que deben ser reglamentados por ley **(artículo 72).**

Reconoce como nacionales colombianos a los indígenas que comparten territorios fronterizos, a condición de reciprocidad **(artículo 96).**

Crea cargos de senadores y un número a reglamentarse de hasta cinco representantes a elegirse en circunscripción nacional especial por comunidades indígenas **(artículo 176).**

Establece que las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes **(artículo 246).**

La estructura gubernamental colombiana ha creado una serie de organismos estatales destinados a aplicar en forma integrada y en distintos frentes de acción las políticas

indígenas y a hacer efectivos sus derechos. Ellos y sus responsabilidades al respecto son:

la Dirección General de Asuntos Indígenas del Ministerio de Gobierno, con responsabilidad por políticas y programas;

el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, para reconocer la plena propiedad a las comunidades indígenas que carezcan de títulos sobre sus territorios tradicionales;

el Ministerio de Educación, para la etnoenseñanza y la vigilancia al respeto por la educación común de los valores indígenas;

el Ministerio de Salud, en programas para salud de los indígenas y la formación de promotores indígenas de salud;

la Unidad de Asuntos Indígenas de la Procuraduría General de la Nación, que vela porque las entidades públicas cumplan sus responsabilidades y se garanticen los derechos indígenas;

el Defensor del Pueblo, nueva institución que en este campo vigila, además, la conducta oficial de los funcionarios públicos, y busca generar valores de tolerancia y aceptación de la diversidad;

el Instituto Colombiano de Antropología -ICAN- para el estudio de las culturas indígenas pasadas y presentes, y que coordina el Comité de Lingüística Aborigen;

las Oficinas Departamentales de Asuntos Indígenas;

las Corporaciones Regionales de Desarrollo, buscando impulsar el desarrollo productivo de las comunidades indígenas;

el Programa Indígena del Plan Nacional de Rehabilitación y los Consejos Municipales de Rehabilitación y los Comités de Autoridades Tradicionales, especialmente en zonas que están rehabilitándose luego de situaciones de conflicto, y

el Programa de Desarrollo Institucional Municipal, con funciones de capacitación municipal para la administración de las Entidades Territoriales Indígenas.

La Consejería Presidencial para los Derechos Humanos señala algunas de las principales dificultades para la vigencia de los derechos humanos de los pueblos indígenas

Hay un gran desconocimiento entre los funcionarios oficiales sobre la Legislación Indígena y las leyes que benefician los derechos y territorialidades de los grupos indígenas. Esto lleva a que sus autoridades legítimas sean desconocidas y desplazadas por un sinnúmero de instituciones del Estado. Los títulos sobre sus resguardos en la mayoría de los casos no gozan del reconocimiento por parte de los funcionarios oficiales. Algunas instituciones y órganos de poder en las regiones... no ven con buenos ojos la conformación de organizaciones zonales y

regionales con voceros de varias comunidades... empeñados en defender sus derechos étnicos y a sus territorios. [8]

El derecho a la autonomía... no es reconocido por los grupos y organizaciones políticas de todos los colores.

Un ejemplo de esa incomprensión --que no sólo existe en agentes del Estado sino también en la sociedad civil no indígena-- y de cómo es posible superarla, ha sido la difícil negociación y puesta en marcha de un acuerdo respecto a las explotaciones salineras de la Guajira, acuerdo finalmente logrado entre la comunidad Wayuu, con el apoyo de ciertas instituciones oficiales como el Inderena, la Oficina de Asuntos Indígenas y la Procuraduría, y por otra parte, el Instituto de Fomento Industrial, IFI, representando a instituciones del Estado y privadas. Este acuerdo, firmado el 27 de julio de 1991 en Manaure, Departamento de la Guajira, para la explotación de ese ecosistema y el mercado regional de la sal, respetando los derechos y la participación indígena, evitó una confrontación mayor entre la población indígena y otros sectores interesados en la explotación salinera.

Al conflicto de intereses sobre la propiedad de la tierra entre los propietarios de grandes extensiones y las comunidades indígenas, se agrega la contradicción entre los intereses de pequeños campesinos y sus organizaciones como la Asociación Nacional de Usuarios Campesinos (ANUC), que desean la propiedad individual de terrenos, y los intereses de las comunidades indígenas que luchan por la propiedad comunal de las mismas. Esta

[8] Pérez, V.,Polo Caicedo, M.,Revista Saber, Ciencia y Libertad, Vol. 13, 2020: *Pluralismo Jurídico en Colombia, 'Una vista a la aplicación de la justicia ancestral de las comunidades indígenas y Negras´´*

propiedad comunal es vista por ellos no sólo como garantizando la inalienabilidad del dominio, sino como garantía del mantenimiento de sus formas probadas de producción agrícola, y la supervivencia de sus estructuras políticas, sociales y culturales. Considerando las garantías constitucionales respecto a las mismas mencionadas más arriba, analistas colombianos consideran incongruente con la norma constitucional la conducta que tendrían agencias estatales, entre ellas el Instituto Colombiano de Reforma Agraria (INCORA), de no querer reconocer a las comunidades indígenas como entidades colectivas y separadas, válidas para el reconocimiento de título sobre sus tierras ancestrales, y que fueran organizadas en la Colonia bajo el nombre de Resguardos. La Comisión ha recibido información que, en su acción para recuperar sus tierras, las comunidades indígenas deben también enfrentar acciones contrarias de otros grupos, inclusive escuadrones de la muerte ligados a terratenientes, como de movimientos guerrilleros que se oponen a la autonomía indígena supeditándola a sus hipótesis de guerra clasista, y también aún de asociaciones de pequeños propietarios o trabajadores estacionales agrícolas. Dicha información indica que también ocurren con frecuencia ataques contra defensores de los derechos de los pueblos indígenas, por ejemplo, el caso de abogados que trabajan en la región del Guamo-Coyaima en clínicas legales para las poblaciones indígenas, que debieron abandonar la zona y sus actividades a raíz del hostigamiento y amenazas a la vida por parte de personas conectadas con escuadrones de la muerte. Como en tantos otros aspectos de la situación de los derechos humanos en Colombia, todos estos factores hacen muy compleja la acción del Estado para garantizar y promover los derechos humanos de los indígenas, lo que no disminuye su responsabilidad como Estado para ejercer una intervención permanente y activa como equilibrante de los distintos intereses legítimos y para contrarrestar y anular la acción de fuerzas violentas, tanto las que actúan con la complacencia o apoyo de las fuerzas de seguridad y judiciales, como las que actúan en contra de ellas.

1.4 Ecuador [9]

El Estado Ecuatoriano desde el abandono de las políticas indigenistas a inicios de los años sesenta, no ha mantenido políticas de largo plazo que respondan a los requerimientos de los pueblos indígenas. Por el contrario, desde el retorno a la Democracia en 1979, formulo y ejecuto un conjunto de políticas publicas intermitentes y coyunturales hacia esos sectores.

La propuesta de los pueblos indígenas, planteada en el Proyecto Político de la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (Conaie) en 1994, propugna por la consolidación de un Estado Plurinacional y una sociedad intercultural, entendida como la interrelación entre las diversas culturas de los pueblos que habitan en un mismo espacio geopolítico, basada en el respeto a las diferencias culturales y en el logro de la unidad en la diversidad. Este planteamiento se ha convertido en el referente de sus reivindicaciones y en un reto para la sociedad Ecuatoriana en su conjunto.

Al final de la última década del siglo pasado, Ecuador fue uno de los dos países de América Latina que pasaron por una serie de transformaciones constitucionales más profundas en el curso de movilizaciones políticas protagonizadas por los movimientos indígenas y por otros movimientos y organizaciones sociales y populares en conjunto con la nación de Bolivia. Es por ello, que se reconoce que la Constitución de Ecuador contiene embriones de una transformación paradigmática del Derecho y del Estado moderno, hasta el punto de resultar legítimo hablar de una refundación en todo lo relacionado con las bases de su fundación colonialista.

La Constitución reconoce los derechos humanos a los pueblos indígenas frente al pluralismo jurídico. Aprobada en el año 2008, reivindica y ratifica los derechos indígenas y la independencia jurídica al interior del Estado Ecuatoriano. Este reconocimiento dentro de su propio ordenamiento jurídico permite que los miembros de las circunscripciones territoriales vivan en armonía y paz bajo un control social desde la misma comunidad. El articulo N° 1 señala:

---

[9] Yrigoyen Fajardo,R.,Z., *´´Pluralismo jurídico y jurisdicción indígena en el horizonte del Constitucionalismo pluralista´´*, año 2008 , pag.187

“.El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico, el Ecuador es un Estado unitario y plurinacional”

El Estado reconoce la existencia de comunas, comunidades ,pueblos y nacionalidades indígenas y afro ecuatorianas quienes poseen sus propias costumbres, lenguajes, y tradiciones ancestrales y las reconoce como naciones, esto con la finalidad de procurar el efectivo goce de sus derechos como ciudadanos del Estado y también garantizar el desarrollo de su cultura en concordancia con la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, y reconoce una serie de derechos colectivos para las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, entre las cuales se encuentra también , el derecho a aplicar sus prácticas tradicionales para la solución de conflictos dentro de sus comunidades y territorios.

Ecuador reconoce la libre determinación jurídica de las comunidades indígenas, por lo que se puede concluir que es un Estado que contempla el Pluralismo Jurídico, Sin embargo, de igual forma se limita tal ejercicio al respeto del mismo texto constitucional y a los derechos humanos reconocidos internacionalmente.

En la práctica se puede analizar ese pluralismo en el caso “La Cocha”. Aquel resulta ser el más conocido y mediático en cuanto al conflicto que se produce entre la legislación ordinaria del Ecuador y la justicia indígena. A grandes rasgos el caso trata del asesinato de un joven quien aparece colgado de un poste en la plaza central de Zumbahua ahorcado con su propio cinturón, luego de haber asistido a un baile comunitario. Días después del asesinato, el presunto asesino es detenido por los dirigentes indígenas del sector y condenado a morir en la misma forma que su presunta víctima. Sin embargo, el caso tomo un vuelco por el reproche de la opinión pública ante tal sanción y los dirigentes indígenas finalmente castigaron al autor material y sus cómplices de acuerdo con la justicia indígena (castigos físicos como agua helada y látigo con ortiga). Frente a esta situación el Gobierno reacciono cuestionando tales practicas y procedimientos de justicia, por considerar que la sanción adecuada era que los responsables fueran enviados a la cárcel. Posteriormente se presentaron varios recursos judiciales, llegando a pronunciarse la Corte Constitucional, quien determino que la justicia indígena solo se aplicara a conflictos comunitarios internos,

de lesiones jurídicas de menor calificación, mientras que los delitos en contra de la vida deberán ser conocidos por la justicia ordinaria. La importancia de este caso radica que en que, a pesar de existir un reconocimiento expreso en la Constitución Ecuatoriana de las formas comunitarias de administrar justicia, se limita su aplicación estableciendo un margen de lo disponible. Pese a que la Corte Constitucional Ecuatoriana siempre se mostró propenso a la preservación de las manifestaciones culturales de sus pueblos originarios, de igual manera termino estableciendo prohibiciones respecto a derechos cuya violación se considera inadmisible.

Lo logrado a escala nacional con las políticas multiculturales surgidas desde el Estado y del mismo movimiento indígena, y a escala regional y local por la gestión (20) de los gobiernos alternativos de Pachakutik en el ejercicio del poder. A partir de las elecciones de 1996, las organizaciones indígenas deciden intervenir a través del Movimiento de Unidad Plurinacional Pachakutik-Nuevo País. De esta manera se eligieron 75 funcionarios públicos indígenas por primera vez en Ecuador. Los pueblos indígenas optaron por una estrategia política de largo plazo : tomar los poderes locales por la vía democrática y electoral para acceder posteriormente al poder central. Esta medida fue posible debido a dos decisiones del Congreso Nacional: la urna, el voto de los analfabetos de 1979 y, la otra, en 1994 el reconocimiento de los movimientos políticos independientes para participar en las elecciones de votación popular, con lo cual los partidos políticos tradicionales perdieron el monopolio de la representación política.

Con respecto a la relación de los gobiernos locales alternativos con nuevas formas de representación y participación democrática en el marco de “gobernar desde la diversidad”, hay muchos ejemplos ilustrativos de que ciertas prácticas políticas indígenas propias no colonizadas han contribuido a “democratizar la democracia”, pero también hay otras que no se distinguen de las formas tradicionales de hacer política por parte de los partidos que funcionan principalmente como maquinarias electorales. Los logros en el campo económico desde los gobiernos locales son mínimos.

No ha habido modificaciones en los modelos y políticas de redistribución del ingreso que permitan disminuir los índices de pobreza e iniciar un proceso de inversiones productivas locales.

1.5 Bolivia [10]

En Bolivia, la Constitución de 2009 se profundiza en redefinir al Estado como Plurinacional, intercultural y con autonomías, garantiza a las naciones y pueblos indígenas originarios la libre determinación en el marco de la unidad del Estado, incluyendo el reconocimiento de sus instituciones.

Como nación o pueblo indígena originario define a toda la colectividad humana que comparta identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorios y cosmovisión, cuya existencia es anterior a la invasión colonial española.

La Constitución contempla amplios mecanismos de participación democrática a las naciones originarias, y en cuanto al sistema de Justicia, la pluralidad jurídica sustenta amplios principios, plasmados en los artículos de la Constitución vigente. Se define la función judicial como *"única",* aunque ejercida por diferentes ramas, en estas se encuentran la rama ordinaria, la agroambiental, la jurisdicción indígena ejercida por sus propias autoridades y otras jurisdicciones especializadas. La jurisdicción indígena y la Ordinaria gozan de la misma jerarquía y crea un Tribunal Constitucional Plurinacional.

La Constitución de la Republica Plurinacional de Bolivia de 2009 dice en sus artículos:

Articulo N°1:

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

Capitulo Cuarto, Derechos de las Naciones y Pueblos Indígena Originario Campesinos

Articulo N° 30,

II. En el marco de la unidad del Estado y de acuerdo con esta Constitución las naciones y pueblos indígena originario campesinos gozan de los siguientes derechos:

---

[10] Hayes, M., Y., Cabedo., *´´Pluralismo jurídico en Bolivia: La coexistencia del derecho indígena y el derecho estatal en Bolivia´´,* págs.. 181-192, 262-266

14: Al ejercicio de sus sistemas políticos, jurídicos y económicos acorde a su cosmovisión

Articulo N°191 “La jurisdicción indígena originario campesina se fundamenta en un vinculo particular de las personas que son miembros de la respectiva nación o pueblo indígena originario o campesino.

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

1- Están sujetos a esta jurisdicción los miembros de la nación o pueblo indígena originario campesino, sea que actúen como actores o demandado, denunciantes o querellantes, denunciados o imputados, recurrentes o recurridos.

2- Esta jurisdicción conoce los asuntos indígenas originario campesinos de conformidad a lo establecido en una Ley de Deslinde Jurisdiccional.

3- Esta jurisdicción se aplica a las relaciones y hechos jurídicos que se realizan o cuyos efectos se producen dentro de la jurisdicción de un pueblo indígena originario campesino.

Articulo N° 192: “Toda autoridad o persona acatara las decisiones de la jurisdicción indígena originario campesino.

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

El Estado promoverá y fortalecerá la justicia indígena originaria campesina. La Ley de deslinde Jurisdiccional determinara los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena originaria Campesina con la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción agroambiental y todas las jurisdicciones constitucionalmente reconocidas”.

En los 4 artículos citados, la Constitución Boliviana reconoce la justicia indígena, permitiendo su aplicación sobre la base de sus principios y valores propios, estableciendo a su vez que estos deben ejercerse respetando los derechos y garantías establecidos por la misma Constitución. Bolivia otorga a la justicia comunitaria la categoría de jurisdicción especial y no de justicia paralela, ya que cuenta con normas propias para la solución de sus conflictos.

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

1.6 Argentina [11]

En la primera mitad del siglo XX, Argentina se negaba a aceptar en los foros internacionales la existencia de minorías, Estaba imbuida del modelo hegemónico construido simbólicamente como un Estado-una nación, donde todos sus habitantes son iguales ante la ley. Un principio que se aplico al proceso de asimilación de las grandes corrientes inmigratorias europeas de antes de la Primera Guerra Mundial y que siguieron arribando en el periodo de entreguerras. En la sexta Conferencia Panamericana (1927) Argentina instruyo a sus representantes así*:” Los señores delegados tendrán especialmente en cuenta el espíritu liberal de nuestra legislación”.* Y en las Conferencias de Roma y la Interparlamentaria de Rio de Janeiro, da instrucciones mas explicitas: *“No aceptaran ningún enunciado que importe trasladar a América las cuestiones referentes a minorías, o que pretenda crear una situación de privilegio”*

La República Argentina es y ha sido un Estado plurietnico y multicultural desde su nacimiento como tal, aunque en menor grado que otros países latinoamericanos. Sin embargo, dicha realidad no fue reconocida constitucionalmente por más de un siglo porque se le consideraba una situación “temporal” que no era conveniente y que debería ser “superada” para lograr la tan ansiada homogeneidad de la sociedad estatal.

Estas advertencias vislumbran el problema migratorio. En ese imaginario, los indígenas eran argentinos, no un pueblo diferente, por eso no fueron incluidos en los Censos

Frente a ello, las comunidades indígenas lucharon por su supervivencia y la de su cultura, resistiendo la constante y sistemática violación de sus derechos y reclamando ser

[11] Chiacchiera Castro., R., *´´La cuestión indígena: Análisis de la Jurisprudencia de la CSJN´´*, Introducción Capítulo I: Marco Constitucional, (1853-1994), editorial Advocatus, Córdoba 2009

respetadas por una sociedad que no advertía que, al negarlas, no hacia otra cosa que desconocer una parte de sí misma. Recién en 1994, tal ansiado reconocimiento constitucional se logró, consagrándose además una serie de derechos especiales a favor de estos pueblos y de sus miembros, dando paso así a la conformación de un Estado argentino pluralista, que considera la presencia de la diversidad en su interior no como una amenaza, sino como una realidad urgente que enriquece al conjunto de la sociedad.

A nivel constitucional recoge el principio de identidad cultural en su artículo N° 75:

"Corresponde al Congreso:

Articulo 75 inciso 17: "*Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos.*

Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e Intercultural, reconocer la personería jurídica de sus comunidades y la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan, y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano, ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos.

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

Si bien no existe en la Carta Constitucional Argentina remisiones expresas a la existencia de sistemas normativos ajenos al oficial, si reconocen la presencia de pueblos indígenas y su diversidad cultural. Dado el sistema federal argentino, sus 23 provincias gozan de autonomía para dictar sus propias constituciones y leyes, sobre diversos temas, los que incluyen también los relativos a su población indígena. Evidentemente sean cual sean las políticas adoptadas por las provincias, estas siempre deben estar supeditadas al marco jurídico que otorga la Constitución federal.

Algunas provincias que se destacan por su reconocimiento, en instrumentos legislativos de su población indígena son: Chaco, Chubut, Formosa, Jujuy, Rio Negro y Salta. Las principales remisiones de estas constituciones apuntan a inquietudes como el

reconocimiento de su identidad y personalidad jurídica, la educación bilingüe, el reconocimiento de la propiedad sobre sus territorios y el uso de sus recursos naturales.

Sobre la Constitución del Siglo IX se fueron sedimentando, durante un siglo y medio hasta 1994, ideologías de distinto signo, derechos en sus diversas generaciones : individuales, sociales, comunitarios, que respondían a diferentes paradigmas jurídicos. La reforma de la Constitución de Argentina en 1994 sobrepone a la Constitución decimonónica el derecho a la diferencia. El ensamble de Cosmovisiones y principios axiológicos de distintas filiaciones, propio de un sistema en transición, es lo que deja perplejos a muchos constitucionalistas. Por eso se dice que va hacia un nuevo paradigma jurídico antropológico, que no esta establecido definitivamente. Es una bisagra en la que compiten: la igualdad con la diferencia, la propiedad privada con la comunitaria; una sola nación y una sola cultura con el multiculturalismo, las naciones dentro de un mismo Estad; la legislación universal con el particularismo jurídico; los sujetos de derechos individuales con los sujetos plurales de derecho; el dualismo jurídico del derecho internacional publico con el monismo jurídico del derecho comunitario; el Estado como sujeto de derecho internacional publico con la persona como sujeto del mismo sobre el Estado y también con los pueblos como sujetos junto con la persona, resguardándose del Poder del Estado en el derecho comunitario.

COMUNIDADES ABORIGENES

Ley N.º 23.302

Ley sobre Política Indígena y apoyo a las Comunidades Aborígenes. Objetivos. Comunidades Indígenas. Instituto Nacional de Asuntos Indígenas. Adjudicación de Tierras. Planes de Educación, Salud y Vivienda.

OBJETIVOS

ARTICULO 1º — Declárase de interés nacional la atención y apoyo a los aborígenes y a las comunidades indígenas existentes en el país, y su defensa y desarrollo para su plena participación en el proceso socioeconómico y cultural de la Nación, respetando sus propios valores y modalidades. A ese fin, se implementarán planes que permitan su acceso a la propiedad de la tierra y el fomento de su producción agropecuaria, forestal, minera, industrial o artesanal en cualquiera de sus especializaciones, la preservación de

sus pautas culturales en los planes de enseñanza y la protección de la salud de sus integrantes.

1.7 Brasil [12]

Derechos constitucionales de los pueblos indígenas

Los derechos de los pueblos indígenas están consignados en un capítulo específico de la Carta de 1988 (título VIII, “De la Orden Social”, capítulo VIII, “De los Indios”), además de otras disposiciones dispersas en todo el texto constitucional y un artículo en los dispositivos transitorios.

Se trata de derechos marcados por lo menos por dos innovaciones conceptuales importantes con relación a constituciones anteriores al llamado Estatuto del Indio. La primera innovación es el abandono de una perspectiva asimilacionista, que comprendía a los indígenas como una categoría social transitoria, condenada al desaparecimiento. La segunda es que los derechos de los indígenas sobre sus tierras son definidos como derechos originarios, lo que significa que son considerados como anteriores a la creación del propio Estado. Lo que deriva del reconocimiento del hecho histórico de que los indígenas fueron los primeros ocupantes de Brasil.

La nueva Constitución establece, de esta forma, nuevos marcos para las relaciones entre el Estado, la sociedad brasileña y los pueblos indígenas.

Derecho a la diferencia

Más allá de la diversidad que existe entre los indios a causa de sus lenguas, culturas, modos de vivir y pensar tan diferentes, existe otra distinción que se refiere a las diferentes formas de contacto que ellos mantuvieron y/o mantienen con los no indios: si este es razonablemente pacífico o violento, si se produjo hace tiempo o si es reciente, si fue en forma directa con la población regional (hacendados, posaderos, madereros, garimperos,

---

[12] Wolkmer, A., C., *´´Pluralismo Jurídico-Fundamento de una nueva cultura del Derecho´´,* Capitulo 4.2.2.3: *´´Pluralismo jurídico y justicia comunitaria´,* pág. 180, 2ª edición.

Constitución Política de la República Federal del Brasil

pescadores, entre otros) o mediado por alguna institución gubernamental o no gubernamental, laica o religiosa. Muchos pueblos fueron víctimas de violencia en la época de sus primeros contactos con la población no indígena.

Es el caso de los Rikbaktsa, que viven en el estado de Mato Grosso. Desde la década de 1950 hasta el inicio de 1960, ellos sufrieron la oposición armada de los seringalistas ubicados en la región, además de la presencia de los madereros, mineros y hacendados, lo que resultó en un 75% de la población diezmada. En contraste, otros pueblos guardan en su memoria una imagen inclusive amistosa de los primeros contactos. Los kadiwéu, por ejemplo, recuerdan con insistencia y orgullo su participación, junto a los brasileños, en la guerra del Paraguay, hito importante en su historia del contacto con la sociedad nacional.

En muchas oportunidades, una relación inicial entre indios y no indios, marcada por el enfrentamiento hostil, puede dar lugar a relaciones razonablemente pacíficas y, hasta inclusive, deseables. En la actualidad, diferentes pueblos indígenas se han asociado a organizaciones de apoyo que actúan en la sociedad civil brasileña. Los diferentes pueblos que viven en el Parque Indígena do Xingu, por ejemplo, cuentan con diversos proyectos en el área de la salud, encabezados por la Unifesp (Universidade Federal de São Paulo, antigua Escuela Paulista de Medicina), de educación, de alternativas económicas, de fiscalización y de vigilancia, promovidos por el ISA (Instituto Socio Ambiental).

Son comunes los casos de convivencia con los misioneros católicos o protestantes, como puede ser observado, respectivamente, entre los makuxi y entre los taurepang, ambos ubicados en la región de labranza, en el estado de Roraima. Es importante destacar también que la relación entre los indios y los misioneros presenta formas diversas en todo el Brasil. Especialmente en lo que se refiere a las propuestas de transmisión de los valores cristianos.

La manera en que cada pueblo se inserta en la sociedad brasileña es muy variada. Existen pueblos cuyos miembros trabajan en el mercado regional y son asalariados, como los guaraní kaiowá, asociados a las actividades del corte de la caña de azúcar para las destilerías de alcohol del estado de Mato Grosso do Sul. Por otro lado, hay quienes viven en centros urbanos, como las familias saturé-mawé, en la zona periférica de la ciudad de

Manaus y los pankararu, migrantes del estado de Pernambuco y que actualmente residen en la favela –asentamiento- Real Parque de la ciudad de São Paulo.

Un hecho notable es el crecimiento del número de indígenas en el escenario político brasileño. Sólo en 2.000, fueron electos, entre concejales, viceintendentes o alcaldes y un intendente o alcalde, 80 indios.

En el polo opuesto de aquellos que participan intensamente de varias esferas de la sociedad brasileña, están aquellos grupos o personas que rechazan el contacto con la población no indígena. Entre ellos, se destacan algunos grupos que residen en la Tierra Indígena del Vale do Javari.

Con las nuevas disposiciones constitucionales, se asegura a los pueblos indígenas el respeto a su organización social, costumbres, idiomas, creencias y tradiciones. Por la primera vez, se reconoce a los indígenas en Brasil el derecho a la diferencia, es decir, el derecho a ser indígenas y permanecer como tal indefinidamente. Es lo que señala el encabezado del artículo 231 de la Constitución:

Son reconocidos a los indígenas su organización social, costumbres, idiomas, creencias y tradiciones, y los derechos originarios sobre las tierras que tradicionalmente ocupan, compitiéndole a la Unión demarcarlas, protegerlas y hacer respetar todos sus bienes."

Debe notarse que el derecho a la diferencia no implica menos derechos ni privilegios. Por esto, la Carta de 88 garantizó a los pueblos indígenas la utilización de sus idiomas y procesos propios de aprendizaje en la enseñanza básica (artículo 210 N° 2º), inaugurando así un nuevo momento para las acciones relativas a la educación escolar indígena.

Adicionalmente, la Constitución permitió que los indígenas, sus comunidades y organizaciones, como cualquier persona física o jurídica en Brasil, tengan legitimidad para ingresar en juicio para la defensa de sus derechos e intereses.

Derecho a la tierra

La nueva Constitución innovó en todos los sentidos, estableciendo, sobre todo, que los derechos de los indígenas sobre las tierras que tradicionalmente ocupan son de naturaleza originaria. Esto significa que son anteriores a la formación del propio Estado, existiendo independientemente de cualquier reconocimiento oficial.

El texto vigente eleva también a la categoría constitucional el propio concepto de tierras indígenas, que así se define en el parágrafo 1º del artículo 231:

Son tierras tradicionalmente ocupadas por los indígenas aquellas por ellos habitadas en carácter permanente, las utilizadas para sus actividades productivas, las imprescindibles a la preservación de los recursos ambientales necesarios a su bienestar y las necesarias a su reproducción física y cultural, según sus usos, costumbres y tradiciones" Por tanto son determinados elementos que definen una tierra como indígena. Presentes esos elementos, a ser definidos conforme los usos, costumbres y tradiciones indígenas, el derecho a la tierra por parte de la sociedad que la ocupa existe y se legitima independientemente de cualquier acto constitutivo. En ese sentido, la demarcación de una tierra indígena, fruto del reconocimiento hecho por el Estado, es acto meramente declaratorio, cuyo objetivo es simplemente precisar la real extensión de la pose para garantizar la plena eficacia del dispositivo constitucional. La obligación de proteger las tierras indígenas es de la Unión.

Lo que se refiere a las Tierras Indígenas, la Constitución de 88 también establece que:

Se incluyen entre los bienes de la Unión (art. 20, XI);

Son destinadas a la pose permanente por parte de los indígenas (art. 231, N° 2);

Son nulos y están extinguidos todos los actos jurídicos que afecten esa pose, excepto relevante interés público de la Unión (art. 231, N° 6);

Solamente los indígenas pueden usufructuar las riquezas del suelo, de los ríos y de los lagos en ellas existentes (art. 231, N° 2);

El aprovechamiento de los recursos hídricos, entre ellos incluidos los potenciales energéticos, la exploración y explotación minerales, sólo podrán ser materializados con la autorización del Congreso Nacional, escuchadas las comunidades afectadas, garantizándoles la participación en los resultados de la exploración (art. 231, N° 3, art. 49, XVI);

Es necesaria ley ordinaria que establezca las condiciones específicas para explotación mineral y de recursos hídricos en las Tierras Indígenas (art. 176, N°1);

Está vetado remover los indígenas de sus tierras, salvo casos excepcionales y temporarios (art. 231, N° 5)

La Constitución de 1988 creó la necesidad de revisar la legislación ordinaria y la introducción de nuevos temas en el debate jurídico relativo a los indígenas. A partir de 1991, proyectos de ley fueron presentados por el poder Ejecutivo y por Diputados, con el fin de reglamentar las disposiciones constitucionales y adecuar una vieja legislación, pautada por los principios de la integración de los indígenas a la “comunidad nacional” y de la tutela, a los términos de la nueva Constitución.

Así, la base legal de las reivindicaciones más fundamentales de los indígenas en Brasil fue construida por la nueva Constitución y viene siendo ampliada y reajustada permanentemente. Sin embargo, la realidad demuestra que cabe a los indígenas y a sus aliados la difícil tarea de, haciendo cumplir las leyes, garantizar el respeto a los derechos indígenas en la práctica, frente a los más diversos intereses económicos que insisten tercamente en ignorar su existencia.

Garantizar la plena efectividad del texto constitucional es el reto colocado. Incumbe a los indígenas, pero también a sus organizaciones, entidades de apoyo, universidades, Ministerio Público y otros más. Se sabe que se trata de un proceso lento, que está inclusive condicionado a la tarea de concientización de la propia sociedad. El éxito dependerá necesariamente del grado de compromiso diario en esa dirección de todos aquellos involucrados en la cuestión.

Todas las constituciones desde comienzos de la era republicana, excepto la omisión de la Constitución de 1891, reconocieron a los indígenas derechos sobre los territorios por ellos habitados.

Constitución de 1934

"Art. 129 – Será respetada la pose de tierras de salvajes que en ellas se encuentren permanentemente localizados, siéndoles, sin embargo, vetada su alienación”

Constitución de 1937

“Art. 154. - Será respetada la pose de tierras de salvajes que en ellas se encuentren permanentemente localizados, siéndoles, sin embargo, vetada su alienación”

Constitución de 1946

“Art.216. - Será respetada la pose de tierras de salvajes que en ellas se encuentren permanentemente localizados, con la condición de no transferirla”

Constitución de 1967

“Art.186.- Está garantizada a los salvajes la pose permanente de las tierras que habitan y reconocido su derecho al usufructo exclusivo de los recursos naturales y de todas las utilidades en ellas existentes”

Enmienda Constitucional número 1/ 1969

“Art.198. – Las tierras habitadas por los salvajes son inalienables en los términos en que la ley federal determine, cabiéndoles a ellos su pose permanente y reconocido su derecho de usufructo exclusivo de las riquezas y de todas las utilidades en ellas existentes.”

Disgregadas por el texto constitucional, otras disposiciones hacen referencia a los pueblos indígenas:

La responsabilidad de defender jurídicamente los derechos de los pueblos indígenas hace parte de las competencias correspondientes al Ministerio Público Federal **(art. 129, V)**

Legislar sobre poblaciones indígenas es tema de competencia exclusiva de la Unión **(art.22.XIV)**

Procesar y juzgar la disputa sobre derechos indígenas es competencia de los jueces federales **(art.109. XI)**

El Estado debe proteger las manifestaciones de las culturas populares, incluyendo las indígenas **(art. 215, N° 1)**

Respeto al uso de sus idiomas maternos y procesos propios de aprendizaje. **(art. 210, N° 2)**

Instrumentos jurídicos Comunitarios y Vecinales.

Entre 1999 y el 2000 se creó el *"Proyecto de Justicia Comunitaria"* buscando democratizar y descentralizar la administración convencional de justicia.

Empleando técnicas de mediación comunitaria, este proyecto busca simplificar el acceso rápido y oportuno a la resolución de conflictos y litigios en los barrios pobres de cada región del país. Se comprometen fondos públicos y privados para dar un mejor alcance y continuidad al proyecto, en donde participan clínicas jurídicas de Universidades estatales y privadas, líderes comunitarios y barriales. Este tipo de proyecto de justicia comunitaria dentro de un marco de pluralidad jurídica rompe con el paradigma y noción arraigada, que el derecho para ser eficaz y oportuno debe contar con el único concurso del poder estatal. Esta ruptura comunitaria con el poder jurídico central fragmenta la estructura y demanda transformaciones territoriales con valor propio y emergiendo desde la vida cotidiana de las comunidades y sus valores. En la esencia de la pluralidad de circulación e interacciones de las formas de vida, emplear procesos comunitarios significa adoptar estrategias de acción transformadora con la participación consiente, colectiva y activa de sujetos vivos. Cada actuación dentro de la comunidad que busca realizar transformaciones reales y concretas está comprometida con la beneficencia colectiva.

Este proyecto debido al éxito en las comunidades se transformó en Política Publica de inclusión social del Gobierno federal Brasileño. ()(Wolkmer p.180)

CAPITULO II

2.1 Experiencia comparada en América Latina: Pueblo Nasa en Colombia.[13]

"La estrella un día decide bajar a la tierra y al ver la tranquilidad, la paz y la transparencia del agua, tocó sutilmente con una de sus puntas la laguna sagrada y de allí nacieron los primeros habitantes del pueblo Nasa." (Leyenda de creación del Pueblo Nasa)

Aunque los pueblos indígenas en Colombia conocen la denominación "derecho indígena", muy poco la usan debido a que poseen o han optado por otras designaciones. Algunos pueblos, a partir de sus ancestrales luchas político-culturales-autonómicas e identitarias, lo denominan "derecho propio" (los Guámbianos) o "derecho propio o interno" (los Nasa).

Con el vocablo "derecho propio" enfatizan que se trata de un derecho que les pertenece, denominación en la que puede leerse la idea de que es un derecho que deviene y participa de concepciones culturales "propias", diferentes a las existentes en el derecho nacional. Lo asumen así a pesar de que algunas de sus prácticas de sanción (como el cepo, el fuerte y el trabajo forzado), son producto de la herencia colonial. A pesar de las objeciones que admiten esas denominaciones lo que importa es comprender que ahora hacen parte de un deliberado sentido de afirmación de la diferencia cultural para ejercer justicia de una manera "propia", (distinta a la del Estado) y de su propósito de "autonomía política" para ejercerla de forma "interna" (sin la injerencia del Estado).

---

[13] Velasco., Llano, J.,Lagos, M.*,´´Pluralismo jurídico y sistema carcelario´´,* Capitulo *´´Pluralismo jurídico y la justicia indígena Nasa como expresión local´´,* pág. 14,Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2018

Nota del autor: En este capítulo, las referencias al citado libro se han expuesto en forma íntegra para no alterar el componente personalizado de las investigaciones de los autores referidos y conservar las palabras de sus fuentes, por sugerencia y recomendación de uno de sus autores.

La comunidad indígena NASA, o también llamados “Páez”, hace parte de los 104 pueblos indígenas que existen en el país (Consulta Catastro previo, Agosto 2018).

Su principal asentamiento está en los Departamentos del Cauca con el 88,6% de la población, Valle del Cauca con el 3,8% y Putumayo con el 1,7%, representando para el Censo de 2005 el 13,4% (Fuente: Organización Nacional Indígena de Colombia- ONIC al 1 de Mayo de 2018), haciéndolo el grupo indígena más numeroso del Suroccidente Colombiano y entre los principales del país con su lengua propia que es el Nasa Yuwe.

Entre las características que distinguen al Departamento del Cauca se encuentra la amplia diversidad étnica y cultural expresada en comunidades indígenas como los Nasa. La comunidad se encuentra redistribuida en nueve Subregiones del Cauca: Centro Norte, Nororiente, Oriente, Tierradentro, Occidente, Sur, Pacifico y Bota Caucana en donde están organizados por medio de Organizaciones zonales de Cabildos, Cabildos Mayores o Consejos Territoriales conformados en el Territorio (Fuente: Consejo Regional Indígena del Cauca – CRIC), consultados en Julio de 2018.

El Pueblo Nasa que habita en los territorios del Norte del Cauca se encuentra organizado políticamente por medio de Cabildos y Resguardos. Se han conformado 16 Resguardos y Cabildos Indígenas : Miranda, Corinto, López Adentro, Huellas-Caloto, Toez, Munchique, Los Tigres, Canoas, Guadualito, Las Delicias, La Concepción, Toribio, Tacueyo, San Francisco, Jámbalo, Nasa KiweTehekshw, Kite Kiwe.La población Indígena Nasa es aproximadamente de 185.990 habitantes a la consulta hecha en Enero de 2021.Los Cabildos y Resguardos en la cual los Nasa se han organizado, ambas figuras socio-jurídicas fueron impuestas desde el proceso de colonización española.

Los resguardos Nasa de Tacueyo en el Municipio de Toribio , Canoas en el Municipio de Santander de Quilichao y Páez de Corinto en el Municipio de Corinto son espacios donde los Cabildos han sido la autoridad tradicional, política y jurídica, considerados como institución desde una perspectiva estatal y académica .”…por institución cabe entender un conjunto normativo de cualquier tipo que estructura de manera durable un campo de acción social” (Ferrari, 2004, Derecho y Sociedad .Elementos de sociología del Derecho)

2.2. LOS CABILDOS [14]

El Cabildo es una institución reconocida legalmente por el Estado, usualmente se encuentra integrado por siete personas elegidas mediante una Asamblea Comunitaria y su respectiva estructura, que tradicionalmente y por la costumbre colonialista, estas siete personas son: El Gobernador principal, el Gobernador suplente, un Fiscal, un Tesorero, un Capitán de un organismo policial o de las Fuerzas Armadas, un Alcalde y su secretaria.

En el caso del Cabildo en Corinto es diferente, ya que este es el único Resguardo Nasa que está en un proceso de cambiar la figura del Cabildo, por uno realmente representativo de las comunidades y población existente en el territorio que abarca su jurisdicción. Esta transformación del Cabildo se compone de un acercamiento a las tradiciones y costumbres de la comunidad indígena, siendo referenciada por parte de autoridades y algunos comuneros como Grupo de Autoridades o en lengua Nasa-Yuwe “S’ at wesx que traduce “el que orienta o el que guía”.

Para la organización política Nasa transformar la figura del Cabildo por el Grupo de Autoridades es algo innovador que se encuentra en un proceso de socialización con la comunidad, para posteriormente exponerlo con las instituciones estatales y la sociedad general. El principio de conformación del Cabildo se sintetiza en la siguiente oración” …porque todas las autoridades tienen la misma importancia ninguno es considerado más que otro”.

Esta transformación política se soporta en la pretensión de la comunidad Nasa en consolidar su identidad cultural a través de la necesidad de regresar a lo propio, convirtiéndose en la constante de sus procesos. Se pretende hacer una transición de lo colonial a lo propio, cambiar estos términos externos, occidentales y colonizadores. Esto comenzó como resultado de los mandatos de la Asamblea realizada en Toez del 16 al 21 de Junio de 2017 y que se confirmó en el XV Congreso del Consejo regional Indígena del Cauca en Rio Blanco, Sotará realizado del 25 al 30 de Junio de 2017.

---

[14] Organización Nacional Indígena de Colombia, ONIC, Revista digital, ´´42 años volver al Origen´´, año 2022

https://www.onic.org.co/pueblos/2095

No solamente la organización política se encuentra en transformación como un proceso de reivindicación étnica de la comunidad Nasa, otras reivindicaciones de lo propio han impactado en el contexto local y nacional con acciones como “la liberación de la madre tierra”, donde los indígenas retoman las tierras que fueron despojadas por los ingenios azucareros, terratenientes y empresas privadas en el Norte del Cauca. La recuperación de tierras por parte de los indígenas tiene entre sus finalidades consolidar la Cosmovisión y la reconstrucción de sus prácticas culturales, proceso que se encuentra complementado con el reconocimiento internacional, sobre el territorio, la autonomía y la diversidad cultural, manteniendo un dialogo constante con organizaciones de Derechos Humanos, ONG y Tribunales Internacionales protectores de los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Para el pueblo Nasa. el aspecto espiritual es de carácter transversal a todas sus prácticas y a sus creencias, en conjunto y relacionado con su territorio esencial, por eso es por lo que al recuperar la tierra para todas las actividades comunitarias y colectivas ellos asisten al cumplimiento de la justicia indígena Nasa, ya que este se construye desde lo espiritual con el equilibrio y la armonía que se logra por medio de la naturaleza y cultura.

El pueblo Nasa está constantemente elaborando sus identidades a partir del fortalecimiento de su cultura, sin embargo, la consolidación de este proceso no ha sido fácil, ya que se presentan tensiones o conflictos culturales con la sociedad mayoritaria.

Otra de las características de la identidad cultural del Pueblo Nasa, es la toma de decisiones de forma colectiva, es por eso por lo que la máxima autoridad territorial y política es la Asamblea Comunitaria donde se tratan asuntos esenciales para la vida y cultura de la comunidad.

La descripción cultural de la comunidad indígena Nasa, permite entender que el derecho, los valores y los principios no están ausentes de su cosmovisión, las cuales se deben de entender en coexistencia con el Estado y el derecho producido desde este. A partir de la cultura los Nasa han construido su concepción de justicia y de derecho propio, que se relaciona desde el Pluralismo jurídico con el derecho estatal. Por esto, se hace necesario entender que la Justicia indígena Nasa es esencial para la regulación y la convivencia en la comunidad y transversal en todas las practicas, ya que su pretensión es la búsqueda del equilibrio en el territorio. Este derecho se reproduce a través de la tradición oral,

soportándose por medio de los mandatos comunitarios que surgen a partir de los congresos o asambleas.

2.3 Justicia Nasa y Centros de Armonización Indígena (CAI).[15]

A partir de los estudios de Antropología y sociología jurídica sobre las comunidades indígenas Nasa del Norte del Cauca, se percibe que la concepción de justicia es inexistente en su lengua materna, en la investigación realizada por el sociólogo Carlos Ariel Ruiz, en la cosmovisión Nasa no se tiene el término "justicia":

"En ausencia del termino justicia, más bien encontramos sinónimos disimiles, fácilmente traducibles, como remedio, arreglar, corregir, aconsejar, estar contento, castigar, que, aunque comportan alguna noción de lo justo, esta o no, ha transitado a la palabra, o no ha sido abstraída, de tal suerte que las llamadas "justicias indígenas", corren el riesgo de terminar siendo una construcción etnocéntrica de estudios occidentales, con la cual proyectamos las sombras de nuestras ideas". (Ruiz, 2001.p98).

La comunidad indígena Nasa es resultado de sus tradiciones y costumbres propias de su cultura, impulsando las identidades culturales y excluyendo las imposiciones realizadas desde lo colonial. La cultura entonces daría la posibilidad de entender diversas realidades donde las construcciones del mundo son adecuadas a cada uno de los grupos.

El Equilibrio es la fuerza que ordena las diferentes situaciones al interior de la comunidad y que debe de estar en relación con todos los seres de la tierra, por lo tanto, cuando se presenta un desequilibrio en la comunidad las autoridades (Calbildo y The wala) deben de intervenir con los procesos propios y establecer nuevamente el equilibrio. Para los Nasa, su construcción de equilibrio o "justicia" se realiza colectivamente desde la armonía de todos los seres y por lo tanto cuando un integrante de la comunidad irrumpe en los mandatos establecidos por la comunidad esta se termina perturbando.

La concepción de justicia, y mas aun la percibida como estatal no está reconocida en la lengua Nasa Yuwe, por eso la complejidad de clasificarla como justicia indígena o justicia

[15] Velasco,N.,Llano,J.,Lagos. *´´Justicia Nasa y Centros de Armonización indígena (CAI) como expresión local del Pluralismo jurídico´´,* pág. 25, Grupo Editorial Ibáñez año 2018

Nasa, estos conceptos adquieren validez desde una perspectiva externa a la comunidad sea desde los administradores de justicia o los estudios académicos de la antropología y la sociología jurídica. Él encuentro entre la justicia estatal y el Equilibrio Nasa estaría en la Jurisdicción Especial Indígena que tiene un desarrollo constitucional para comprender los usos y costumbres de los pueblos indígenas, que para el caso Nasa serian los procesos internos de equilibrio y armonía. En este sentido, la jurisdicción especial Indígena ha impactado el derecho constitucional colombiano e incluso en un primero momento el derecho constitucional latinoamericano. Es así como se reconoce en el país las construcciones de justicia que han realizado los pueblos indígenas y la aplicación de esta de acuerdo con sus usos y costumbres. La comunidad Indígena Nasa ha pretendido que su justicia se soporte en sus tradiciones y formas de ver el mundo, es por esto por lo que paulatinamente consolidan proceso de volver a lo propio, una muestra de ello han sido los Centros de Armonización Indígena que son una expresión actual de su justicia y la cual busca reencontrarse con el Buen vivir.

Esta propuesta se construyó con las pretensión de avanzar en el fortalecimiento en, lo respectivo a su autonomía , identidad cultural, el derecho y la justicia propia, ya que sus comuneros , transgresores de la armonía de la comunidad (delincuente desde la concepción del derecho estatal) eran enviados a los centros carcelarios estatales para que pagaran la pena impuesta por la asamblea , el cabildo o el juez estatal , originando malestar en algunos de los comuneros y autoridades indígenas, ya que se afectaba la autonomía de la justicia indígena e incluso la identidad cultural, debido a que las condiciones de las cárceles estatales han sido precarias , primero por la restricción de los derechos de libertad que es la forma de castigo y de la pena de estos centros , segundo en las cárceles del país el hacinamiento es una constante , la alimentación no es la mejor, la atención en salud es deficiente y no hay una adecuación física para que preexista la identidad cultural de los indígenas.

Ante esta situación se presento la urgencia de construir espacios propios donde los comuneros que realizan acciones de desarmonía (lo que en la justicia estatal sería un delito) sean equilibrados y se logren avances en los respectivos procesos de armonía con la participación del Cabildo, los The wala y la familia. A partir de esta necesidad los cabildos del Norte del Cauca comenzaron de forma paulatina a implementar los Centros

de Armonización Indígena (CAI), que son espacios adecuados al interior de las comunidades para los comuneros que han cometido una falta o desarmonía.

Los CAI se han convertido en una expresión de la justicia indígena, de acuerdo con la cosmovisión de cada pueblo, pretendiendo consolidar la identidad indígena.

Es importante mencionar que los CAI son administrados por los Cabildos, además el financiamiento de su funcionamiento de estos centros es obtenido mediante los proyectos productivos, como la cría y venta de gallinas, cerdos y conejos, y la agricultura, además de algunas contribuciones voluntarias que realizan las familias de los indígenas trasgresores y otros aportes del Cabildo. Las aportaciones por parte del Estado para financiamiento de estos centros son mínimas, limitándose a algunas contribuciones para el mejoramiento de la infraestructura.

Así empieza poco a poco a presentarse entre las instituciones estatales y las indígenas una coordinación jurisdiccional para atender conflictos locales complejos garantizando la identidad cultural, los cuales para el caso de los indígenas Nasa se han venido transformando acorde con las situaciones específicas de su contexto y se agudizan con la intensificación del conflicto armado.

Hasta el momento los Centros de Armonización se han convertido en una expresión de la justicia indígena, la cual ha contribuido a la solución de los conflictos locales y la armonización del desequilibrio que se presenta en las comunidades Nasa. Estas formas de justicia que representan lo propio o tradicional de las comunidades indígenas Nasa, recientemente se han encontrado en el debate nacional por su papel , que es producto de los acuerdos de La Habana, donde se contemplo la posibilidad de recibir en estos centros a los indígenas desmovilizados de las FARC-EP.Algunos Cabildos decidieron que los ex guerrilleros indígenas deben pasar por el CAI, realizando su proceso de armonización frente al desequilibrio que tienen al desconocer la identidad Nasa vinculándose en su momento al grupo combatiente y una vez logrado el equilibrio serian recibidos nuevamente como comuneros por parte de los Nasa.

El caso de la comunidad Nasa, la implementación de su justicia o equilibrio indígena en sus territorios posibilita la existencia del Pluralismo jurídico desde lo local, la justicia Nasa se ha caracterizado por su eficacia, muy al contrario, a lo que ocurre con la administración

de justicia estatal, por eso se puede considerar como un referente para la transformación de la justicia formal colombiana. Para la justicia Nasa lo central es la persona mas que los hechos cometidos de trasgresión o “sanción”, que, por supuesto deben remediarse, armonizarse o “castigarse”, por lo que se basan en formas o postulados alternativos que no lleven a la reproducción criminal sino al reencuentro con la sociedad en la que conviven. Este modelo de justicias y sus expresiones propias como los Centros de Armonizacion Indígena pueden contribuir no solamente a la transformación de la justicia estatal sino también a incorporarse a los procesos transicionales de paz y postconflicto por los que recientemente paso el país, siendo una forma eficiente para la reincorporación de exguerrilleros y la reconciliación de la sociedad civil. Este fortalecimiento de la justicia Nasa en lo local , su reconocimiento nacional por parte de las instituciones estatales como la Corte Constitucional colombiana, la proyectan también en el contexto latinoamericano como un referente alternativo , de tradición o de costumbre que estaría en la lógica de movimientos anti sistémicos, expresiones emancipadoras y perspectivas críticas que crean una forma innovadora de derecho , pero que también impulsan nuevas formas de vida relacionadas con el Buen Vivir.

CAPITULO III

3.1 Normativa Indígena en la realidad de Chile[16]

1993 – 2022

Chile junto a Uruguay y Surinam son unos de los pocos países que no han reconocido explícitamente a los pueblos originarios en sus Constituciones.

En la fallida propuesta Constitucional de este año, que fue rechazada por la población desinformada, se había incluido el reconocimiento constitucional a los pueblos originarios, aunque el Estado ha reconocido a 12 pueblos preexistentes a la República, este reconocimiento ha sido convenientemente aceptado para acallar la insurgencia de las culturas que se habían borrado oficialmente, como es el caso del pueblo Kaweshkar.

La ley Indígena de 1993, (Ley N° 19.253), es uno de los primeros cuerpos normativos que aparece de la mano de los nuevos Gobiernos post dictatoriales que llegaron por vía electoral en marzo de 1990. El Gobierno quiso saldar la deuda histórica con los pueblos indígenas , con una ley en que inexplicablemente , solo fueron consultados para una aparente participación vinculante en las decisiones, pero sin ninguna capacidad para que quedaran reflejadas y positivamente escritas, las demandas urgentes de los pueblos indígenas y solamente tuvieron un carácter meramente mediático. Solo fueron compromisos en letra y papel, normas de poco alcance y sometida al proceso de "Reconciliación nacional que todo podía ser "en la medida de lo posible".

" La presente ley tiene por objeto establecer normas para la protección, el fomento y el desarrollo indígena, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI).

Para dichos efectos, se estatuye a nivel de principios, que el Estado reconoce que los indígenas de Chile son los descendientes de las agrupaciones humanas que existen en el territorio nacional desde tiempos precolombinos, que conservan manifestaciones étnicas y culturales propias siendo para ellos la tierra el fundamento principal de su existencia y cultura.

---

[16] Olea Rodríguez, H.,´´*Derecho y Pueblo Mapuche: Apuntes para la discusión´´,*Editor General, Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, marzo 2013

En este sentido, la ley reconoce como principales etnias indígenas de Chile: la Mapuche, Aimara, Rapa Nui o Pascuenses, la de las comunidades Atacameñas, Quechuas, Collas, Diaguita y Chango del norte del país, las comunidades Kaweshkar o Alacalufe y Yámana o Yagán de los canales australes.

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

Por su parte, se establece el reconocimiento de las Culturas Indígenas y el derecho de los indígenas a mantener y desarrollar sus propias manifestaciones culturales con los límites que la ley establece, debiendo el Estado promover dichas culturas, las que son parte del patrimonio de la Nación chilena. En la misma línea, también se establecen disposiciones que reglan la Comunidad Indígena, en cuanto a su alcance, constitución, organización y demás requisitos que deben cumplir.

Otro aspecto central que forma parte del ámbito de reconocimiento, protección y desarrollo que trata esta ley, se refiere a la regulación y tratamiento al que deben someterse las Tierras Indígenas, cuyas normas se encuentran a partir del artículo 12.

A este respecto, se establece un catálogo de tierras que para efectos de esta ley son indígenas, se incluyen reglas sobre el alcance de protección de estas tierras, sobre su inscripción en el Registro Público que permite acreditar su calidad de tal, las que abordan sobre el procedimiento, requisitos y limitaciones para su división y subdivisión, uso y goce; y las referidas a la creación de un Fondo para Tierras y Aguas Indígenas como mecanismo para otorgar subsidios y financiamiento para los fines que señala la ley.

En cuanto al desarrollo indígena, la ley crea un Fondo de Desarrollo Indígena cuyo objeto es financiar programas especiales dirigidos al desarrollo de las personas y comunidades indígenas, administrado por la CONADI, a través del cual se podrán desarrollar planes especiales de crédito, sistemas de capitalización y otorgamiento de subsidios en beneficio de las Comunidades Indígenas e indígenas individuales.

Adicionalmente, se prevé la posibilidad de establecer áreas de desarrollo indígena que serán espacios territoriales en que los organismos de la administración del Estado focalizarán su acción en beneficio del desarrollo armónico de los indígenas y sus comunidades, como los criterios para su establecimiento.

Por otra parte, se establece el reconocimiento, respeto y protección de las culturas e idiomas indígenas, contemplando, por ejemplo, el uso y conservación de los idiomas indígenas, junto al español en las áreas de alta densidad indígena; o la obligatoriedad del Registro Civil de anotar los nombres y apellidos de las personas indígenas en la forma como lo expresen sus padres y con las normas de transcripción fonética que ellos indiquen.

Relacionado con lo anterior, y con el objeto de proteger el patrimonio histórico de las culturas indígenas y los bienes culturales del país, se establecen normas tendientes a requerir informe previo de la Corporación, para la venta, exportación o cualquier forma de enajenación al extranjero del patrimonio arqueológico, cultural o histórico de los indígenas de Chile, o la salida del territorio nacional de piezas, documentos y objetos de valor histórico con el propósito de ser exhibidos en el extranjero, por citar algunos.

En materia de educación indígena, se contempla que la Corporación desarrollará un sistema de educación intercultural bilingüe a fin de preparar a los educandos indígenas para desenvolverse en forma adecuada tanto en su sociedad de origen como en la sociedad global.

Otro aspecto que desarrolla la ley se refiere a la participación indígena, que en términos generales se plantea como el deber que tienen los servicios de la administración del Estado y las organizaciones de carácter territorial, cuando se trate de materias que tengan injerencia o relación con cuestiones indígenas, de escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas.

En este contexto, la ley también reconoce la figura de Asociaciones Indígenas, las que se pueden constituir en función de intereses u objetivos comunes, bajo los requisitos y fines que se indican. Así, pueden desarrollar actividades tales como: educacionales y culturales; profesionales comunes a sus miembros; económicas (agrícola, ganaderos, artesanos y pescadores).

Como se señaló dentro de los objetivos de la ley, se crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena o CONADI, como un servicio público, funcionalmente descentralizado, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio, encargado de promover, coordinar y ejecutar, en su caso, la acción del Estado en favor del desarrollo integral de las personas y comunidades indígenas, especialmente en lo económico, social y cultural y de impulsar su participación en la vida nacional. La ley establece sus funciones específicas, su organización y las atribuciones de los distintos estamentos que la componen, y de su personal.

Adicionalmente, la ley contempla una serie de normas en el ámbito de procedimientos especiales relativos a la Costumbre Indígena y su aplicación en materia de justicia, y de la Mediación y el procedimiento judicial en los conflictos de tierras.[17]

Por último, sin perjuicio del estatuto modificatorio y del régimen transitorio que la ley establece para efectos de su implementación y aplicación, destacan una serie de disposiciones particulares y complementarias aplicables para: mapuches huilliches; Aimaras, Atacameños y demás Comunidades Indígenas del norte del país; Etnia Rapa Nui o Pascuense; Indígenas de los Canales Australes; y los Indígenas Urbanos y Migrantes." (Fuente: Pagina Biblioteca del Congreso Nacional,(www.bcn.cl, https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=30620)

Con la instauración del naciente Estado chileno, el derecho positivo se consolido como el único referente valido jurídicamente, lo que trajo consigo la negación del "derecho propio" indígena y se produjo la inmersión o clandestinizacion en muchos territorios en donde se pudo continuar con la tradicional forma de resolver los conflictos internos de cada comunidad.[18]

Tener una normativa especifica para los pueblos indígenas era una de las demandas históricas del movimiento indígena que había quedado acordado en el Acuerdo de Nueva

[17] Ley Indígena N.º 19.253

[18] Meza, M., *´´Estatuto jurídico de las Tierras mapuche en Chile´´*, Asesoría temas parlamentarios, Biblioteca del Congreso/BCN,Santiago,2009

Imperial que había suscrito el Presidente Patricio Aylwin durante su gobierno, y ello se entendía que podía ser un avance en la solución del conflicto y podría mejorar la situación histórica de la relación del Estado con los pueblos originarios. En este acuerdo el flamante gobierno se comprometía a un reconocimiento Constitucional y de sus derechos económicos, sociales, culturales esenciales. Con este acuerdo se forma una Comisión Especial de Pueblos Indígenas (CEPI) que buscaba conformar puentes y mecanismos de participación y encuentro entre los poderes del Estado y las comunidades indígenas. Consecuente con esta Comisión se promulga la Ley Indígena actual.

La legislación actual no contempla en su esencia las formas reales de justicia y reconocimiento a las minorías indígenas, no contempla una protección real y jurídica, como las demandas así lo expresaban y manifestaban en cada sesión y encuentro de dicha Comisión, las extensas reuniones dirigidas a alcanzar acuerdos, protocolos y resultados convocaban al reconocimiento de sus culturas, su diversidad, su lengua, junto a la protección de sus tierras. También parte de sus peticiones y demandas eran el reconocimiento de sus instituciones propias, su autonomía incluyendo el derecho a su propia forma de justicia y armonía, como forma de resolver conflictos dentro del derecho consuetudinario indígena.

En temas de normas legales, la Ley indígena reconoce la existencia y validez de la costumbre de los pueblos indígenas , pero solo cuando señala que aquella no sea contraria al derecho positivo establecido . Un ejemplo es el articulo N° 54 señala expresamente “La costumbre hecha valer en juicio entre indígenas pertenecientes a una misma etnia, constituirá derecho, siempre que no sea incompatible con la Constitución”. Por lo que la ley solo se dirigió a limitar la costumbre de los pertenecientes a pueblos indígenas, lo cual es importante en vista a que nuestro Código Civil señala en su articulo N° 2 que la “ costumbre no constituye derecho, salvo en los casos que la ley se dirija a ella”.

Dentro de esta ley, el reconocimiento a la tierra indígena se expresa y establece reconociendo “derechos específicos a las personas y comunidades indígenas en materia de tierras”. El articulo N° 1 sostiene que la tierra es el fundamento de la sociedad y cultura indígenas, e instituye que corresponde al Estado a través de sus instituciones velar por su protección, ampliación, adecuada explotación y equilibrio ecológico. El énfasis de la ley

esta puesto en el reconocimiento de las tierras indígenas, esto es, de aquellas que las personas o comunidades ocupan en propiedad o posesión provenientes de títulos reconocidos por el Estado a indígenas, así como aquellas inscritas en el Registro de Tierras Indígenas, esto positivamente expresado en el artículo N° 12 de la ley, o declaradas como tales a futuro por los tribunales de Justicia. El articulo N° 12 de esta ley nos dice claramente cuales son las tierras indígenas y las define en 4 hipótesis, igualmente define en su inciso final, el hecho de que la propiedad de dichas tierras podrá ser de carácter individual o comunitario.

Para proteger el derecho a la propiedad y posesión de las tierras, territorios y recursos naturales , la ley indígena dispone de una serie de mecanismos:

- El articulo N° 13 establece restricciones y limitaciones a actos jurídicos que se pueden realizar respecto a tierras indígenas, Debido al interés nacional, se prohíbe su enjenacion,embargo,gravamen o adquisición por prescripción, salvo excepciones muy fundamentadas que están descritas en el mismo artículo.

- Creación de un fondo para Tierras y Aguas indígenas (Artículos 20 al 22 de la ley), cuyo sentido es subsidiar a las comunidades o personas indígenas que deseen compra tierras, financiar mecanismos para solucionar problemas de tierras, financiar la constitución, regularización o compra de derechos de agua, y financiar obras para obtener agua. La ley de presupuesto del Estado incluirá una suma destinada exclusivamente a este Fondo.

- Protección especial a las aguas de las comunidades Aimaras y Atacameñas

- Artículo 64.- *Se deberá proteger especialmente las aguas de las comunidades Aimaras y Atacameñas. Serán considerados bienes de propiedad y uso de la Comunidad Indígena establecida por esta ley, las aguas que se encuentren en los terrenos de la comunidad, tales como los ríos, canales, acequias, pozos de agua dulce y vertientes, sin perjuicio de los derechos que terceros hayan inscrito de conformidad al Código General de Aguas.*

- *No se otorgarán nuevos derechos de agua sobre lagos, charcos, vertientes, ríos y otros acuíferos que surten a las aguas de propiedad de varias Comunidades*

Indígenas establecidas por esta ley sin garantizar, en forma previa, el normal abastecimiento de agua a las comunidades afectadas."

- Los derechos de sucesión de tierras indígenas se rigen por el articulo N° 18, que establece que la sucesión de las tierras indígenas individuales se sujetara a las normas del derecho común, con las limitaciones establecidas en esta ley, y la de las tierras indígenas comunitarias a la costumbre que cada grupo indígena tenga en materia de herencia, y en subsidio a la ley común.

- Artículo 18.-" *La sucesión de las tierras indígenas individuales se sujetará a las normas del derecho común, con las limitaciones establecidas en esta ley, y la de las tierras indígenas comunitarias a la costumbre que cada etnia tenga en materia de herencia, y en subsidio por la ley común."*

- En el párrafo 2 del Titulo VII de la Ley Indígena, artículos N° 55 al N° 59, se establecen procedimientos especiales para solucionar las reivindicaciones de tierras:

Párrafo 2°

De la Conciliación y del Procedimiento Judicial en los conflictos de tierras.

Artículo 55.- *Para prevenir o terminar un juicio sobre tierras, en el que se encuentre involucrado algún indígena, los interesados podrán concurrir voluntariamente a la Corporación a fin de que los instruya acerca de la naturaleza de la conciliación y de sus derechos y se procure la solución extrajudicial del asunto controvertido. El trámite de la conciliación no tendrá solemnidad alguna.*

- *La Corporación será representada en esta instancia por un abogado que será designado al efecto por el Director el que actuará como conciliador y Ministro de Fe. Este levantará acta de lo acordado, la que producirá el efecto de cosa juzgada en última instancia y tendrá mérito ejecutivo. De no llegarse a acuerdo podrá intentarse la acción judicial correspondiente o continuarse el juicio, en su caso.*

Artículo 56.- *Las cuestiones a que diere lugar el 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 sean parte o tengan interés indígenas, serán resueltas por el Juez de Letras competente en la comuna donde se encontrare ubicado el inmueble, de conformidad con las disposiciones de los Libros I y II del Código de Procedimiento Civil, de acuerdo a las siguientes normas:*

- *1.- La demanda se presentará por escrito y se notificará, por receptor judicial o por un funcionario del Tribunal especialmente designado al efecto, conforme a la norma establecida en el Inciso primero del artículo 553 del Código de Procedimiento Civil. A petición de parte, la notificación podrá ser practicada por Carabineros.*

- *2.- El Tribunal citará a las partes a una audiencia de contestación y avenimiento para el décimo día hábil siguiente a la fecha de notificación y ordenará la comparecencia personal de las partes bajo los apercibimientos a que se refiere el artículo 380 del Código de Procedimiento Civil.*

- *3.- En la audiencia, el Juez actuando personalmente, propondrá bases de conciliación. Las opiniones que emita no lo inhabilitarán para seguir conociendo de la causa. De la conciliación, total o parcial, se levantará acta que contendrá las especificaciones de lo avenido y será suscrita por el Juez, las partes y el secretario. Tendrá el mérito de sentencia ejecutoriada.*

- *4.- En todo aquello que no se produjere conciliación, el Tribunal, en la misma audiencia, recibirá la causa a prueba fijando los hechos sustanciales y pertinentes controvertidos sobre los cuales ella deba recaer. Contra esta resolución sólo procederá el recurso de reposición que deberá interponerse de inmediato y fallarse sin más trámite.*

- *5.- El término probatorio será de diez días hábiles contados desde la notificación de la resolución que reciba la causa a prueba y, dentro de él, deberá producirse toda la prueba. Esta se ceñirá al procedimiento establecido en el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil.*

- *6.- Los incidentes que se formulen por las partes se fallarán conjuntamente con la cuestión principal.*

- *7.- Vencido el término probatorio, de oficio o a petición de parte, el Tribunal remitirá a la Dirección copia del expediente y de la prueba instrumental que pudiera estar guardada en custodia.*

- *La Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, dentro del plazo de quince días de recibidos los antecedentes, evacuará un informe jurídico, técnico y socioeconómico acerca de la cuestión debatida adjuntando, si fuere el caso, los instrumentos fundantes que se estimen pertinentes. Este informe será suscrito por el Director de la Corporación haciéndose responsable de su autenticidad.*

- *8.- El Tribunal dictará sentencia dentro del plazo de treinta días contados desde la fecha que haya recibido el informe de la Corporación. Además de contener las referencias generales a toda sentencia, deberá considerar lo dispuesto en el párrafo primero de este título.*

- *9.- Las partes podrán apelar de la sentencia definitiva dentro del décimo día de notificada. El recurso se concederá en ambos efectos.*

- *10.- En segunda instancia el recurso se tramitará conforme a las reglas establecidas para los incidentes, gozando de preferencia para su vista y fallo, sin necesidad de comparecencia de las partes.*

- *11.- El Tribunal encargado del conocimiento de la causa, en cualquier etapa del juicio podrá llamar a conciliación a las partes.*

Artículo 57.- *En estos juicios las partes deberán comparecer con patrocinio de abogado y constituir mandato judicial.*

- *Al efecto los Consultorios Jurídicos de las Corporaciones de Asistencia Judicial no podrán excusar su atención basados en la circunstancia de estar patrocinando a la contraparte indígena.*

- *Sin perjuicio de lo expuesto en el inciso anterior, podrán asumir gratuitamente la defensa de los indígenas aquellos abogados que, en calidad de Defensores de Indígenas, sean así designados por resolución del Director.*

- *Los indígenas que sean patrocinados por abogados de los Consultorios Jurídicos de las Corporaciones de Asistencia Judicial, por los abogados de turno o por los abogados Defensores de Indígenas, gozarán de privilegio de pobreza por el solo ministerio de la ley.*

Artículo 58.- *Las normas de este título se aplicarán también a los juicios reivindicatorios o de restitución en que los indígenas figuren como demandantes o demandados.*

- *En caso de controversia acerca del dominio emanado de un título de merced o de comisario vigente, éstos prevalecerán sobre cualquier otro, excepto en los casos siguientes:*

- *1.- Cuando el ocupante exhiba un título definitivo que emane del Estado, posterior al 4 de diciembre de 1866 y de fecha anterior al de merced.*

- *2.- Cuando el ocupante exhiba un título de dominio particular de fecha anterior al de merced aprobado de conformidad con la ley de Constitución de la Propiedad Austral.*

Artículo 59.- *La rectificación de los errores de hecho existentes en los títulos de merced y en los títulos gratuitos de dominio a que se refiere esta ley, se resolverá sin forma de juicio, por el Juez de Letras competente, a solicitud de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena o del interesado. En este último caso, el Juez procederá previo informe de la Corporación.*

La legislación nacional efectivamente contempla mecanismos y formas jurídicas para la protección de los derechos de los pueblos indígenas que habitan en números y diversos territorios a lo largo del país, sobre sus tierras, sin embargo, se sostiene que estos mecanismos no son suficientes, en particular en lo que se refiere al reconocimiento de los derechos sobre la “Tierra”, el territorio, la “Ñuque Mapu”.

En otro aspecto dificultoso de solucionar por parte de la legislación y por no decirlo, casi imposible, en torno al reconocimiento del derecho a la propiedad sobre las tierras indígenas en la legislación nacional surge cuando se enfrentan derechos concurrentes y actuales sobre terrenos reclamados como indígenas. Esto ocurre, por ejemplo, cuando un privado tiene el dominio inscrito de tierras que se encuentran en proceso de reivindicación por comunidades indígenas. Determinar cual es el derecho preferente puede generar un conflicto, ya que de acuerdo con la Constitución solo se puede privar del dominio por ley que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o interés nacional, calificado por le legislador, y con derecho a indemnización, de manera que el derecho del privado podría verse favorecido al aplicar las normas constitucionales.[19]

Esta ley indígena fue un avance, en la medida de la nula normativa que existía al respecto en los momentos en que esta se dictó, pero no ha significado un gran avance real y palpable en los conflictos que surgen en comunidades y sus consecuencias jurídicas que trae para sus comuneros. Esta ley por sí sola no alcanza a cumplir las expectativas que se habían puesto sobre la mesa , cuando las comunidades se reunieron con los actores políticos en la nueva era democrática que comenzaba en nuestro país, sus demandas en materia de derechos políticos por medio de la participación en las decisiones que les afectan solo se concreto parcialmente, cuando Chile ratifico el Convenio N° 169 de la OIT y que hoy sigue siendo un punto de discusión y conflicto para su real aplicación. En ningún caso se puede desconocer su aporte, aunque escaso en la resolución de conflictos o particularmente en lo relacionado con la compra o venta de tierras indígenas, incluso, casos de arriendos que se habían hecho bajo ilegalidades y que fueron restituidas basando las sentencias en la Ley Indígena y su protección inferida a los pueblos indígenas, tal es el caso de la sentencia de la Corte Suprema Rol Nº11283-2021

La Corte Suprema rechazó los recursos de casación en la forma y en el fondo, interpuestos en contra de la sentencia que puso término a contrato de arriendo por 99

[19] Pairican,F., *´´La Vía política mapuche´´,Apuntes para un estudio plurinacional´´*Colección Hoja de ruta, Editorial Planeta Chilena, 2022

años, renovable, de terreno ubicado en comunidad indígena de Neltume, comuna de Panguipulli, y que ordenó su restitución a sus legítimos propietarios. El predio tiene la calidad jurídica de tierra indígena, proveniente de la división de un Título de Merced a comienzos de la década de los 80 y había sido objeto de un «arrendamiento por 99 años renovables, con promesa de compra» el año 1989, a arrendatarios que no tienen la calidad de personas indígenas, incluida una sociedad inmobiliaria. La demanda fue presentada el año 2014 en el Juzgado Civil de Panguipulli, la que fue rechazada en primera instancia y que, recurrida ante la Corte de Apelaciones de Valdivia, fue revocada y declarando terminado el contrato de arrendamiento, dispuso cancelar las inscripciones del citado contrato y ordenó restituir el predio a su propietario. El fallo de la Corte a Apelaciones de Valdivia de fecha 24 de diciembre señala que el contrato en cuestión, comprende un manifiesto ardid por el cual se pretendía eludir normas legales, y que por sus características y tiempo, envuelve una verdadera enajenación del bien lo que importa una privación absoluta del derecho, conducta que a la luz de la actual legislación, que conlleva un principio restaurador de los derechos de los pueblos originarios, considerando esto último como un imperativo para el Estado y por ende un asunto de orden público, como ya se había anticipado, no puede sino llevar a concluir que la terminación del contrato de arrendamiento en cuestión a la luz de la ley 19.253 es del todo procedente pues, es la única forma de restituir a los legítimos propietarios el pleno ejercicio de sus derechos sobre la tierra.

La resolución del máximo Tribunal explica que la legislación nacional ha evolucionado, desde la dictación de la ley 17.729, en torno a la relación y trato con los pueblos indígenas, lo que llevó a dictar la ley 19.253, con una visión distinta y acorde a las normas internacionales –reforzada con la ratificación del Convenio 169 de la OIT– que está dirigida a la protección, fomento y desarrollo de las etnias indígenas, consagrando, entre otras reglas, una especial protección a las tierras, por ‘exigirlo el interés nacional’, que prohíbe la enajenación y gravamen de las mismas, salvo entre comunidades o personas de una misma etnia, así como el arrendamiento, comodato y cesión a terceros del uso y goce. En ese contexto, argumenta para descartar la aplicación de los artículos 9 y 22 de la ley de Efecto Retroactivo de la leyes, que la defensa (actual recurrente) invocó para postular la vigencia de las normas de la ley 17.729 bajo la cual se celebró el referido contrato de arrendamiento a 99 años, renovable, concluyendo que la ley 19.253 es un

estatuto legal especial y de orden público, que debe primar sobre el estatuto general que rige las relaciones contractuales entre civiles. El fallo analiza la situación fáctica propuesta en el caso, observando que el contrato de arrendamiento, bajo la modalidad pactada, importa un gravamen que afecta los atributos esenciales del dominio y que dicho acto solo puede encubrir una enajenación de la tierra, lo que no resulta tolerable a la luz de los principios y las normas que regulan las relaciones jurídicas con los pueblos indígenas y los compromisos asumidos por el Estado de Chile, ya que hace inviable el ejercicio del derecho en su esencia, constituyendo una privación absoluta de su derecho de dominio. Entiende, de este modo, que a la luz de la actual legislación 'que conlleva un principio restaurador de los derechos de los pueblos originarios, considerando esto último como un imperativo para el Estado y por ende un asunto de interés público, no puede sino llevar a concluir que la terminación del contrato de arrendamiento en cuestión, a la luz de la ley 19.253 es del todo procedente, pues es la única forma de restituir a los legítimos propietarios en el pleno ejercicio de sus derechos sobre la tierra.

El Tribunal no se observa ningún salto lógico ni falta de coherencia entre lo razonado y lo resuelto en la sentencia impugnada, desde que su argumentación apunta a la necesidad de reconocer y dar especial protección a los pueblos indígenas, destacando el valor y la primacía de la ley 19.253 que establece ciertas prohibiciones en cuanto a la enajenación de sus tierras, a la luz de las cuales aprecia que el contrato de arrendamiento a 99 años, renovable, que es objeto de la litis, encubre una enajenación que priva absolutamente del dominio a sus dueños, entendiendo que su terminación anticipada, solicitada en la demanda, es la única forma de restablecer el ejercicio de sus derechos. Como se observa, el razonamiento desarrollado se funda en lo preceptuado en la legislación actualmente vigente, para resaltar los principios y orientación que debe guiar la solución del caso planteado, que, en definitiva, estima se ven satisfechos con la terminación del contrato, pedida por la parte demandante, lo que resulta coherente, además, con la apreciación de una suerte de fraude a la ley (la sentencia alude a un 'ardid'), que, desde un punto de vista jurídico, no necesariamente se castiga con la nulidad del acto. La discrepancia que el recurrente pueda tener con la fundamentación y resolución del caso, incluida su apreciación sobre la correcta aplicación del derecho, no tienen mérito suficiente para sostener el vicio denunciado.

Así no se configura la causal de nulidad invocada, por lo que el recurso de invalidación formal ha de ser desestimado.

Asimismo considera que parece necesario recordar en este punto, que esta misma Corte ha reflexionado en ocasiones anteriores sobre controversias similares a la planteada en estos autos, señalando que 'si se considera que el artículo 14 transitorio de la ley 19.253 dejó establecida la necesidad de revisar administrativamente los contratos de arrendamiento celebrados por más de 10 años, y que se encuentren actualmente vigentes, a fin de determinar si existió o no simulación – lo que según lo señalado en un fallo de esta Corte significa haberlos 'mirado con sospecha' (C.S. rol N° 89.636-2016)– se debe entender que previó la aplicación de los principios y reglas del nuevo estatuto legal a los actos y contratos celebrados con anterioridad, siendo, por lo demás, su examen en sede judicial, una garantía para el justiciable' (C.S. rol N°23.194-2018).

Añade que con relación al segundo aspecto en que el recurso funda la infracción del artículo 13 de la ley 19.253, esto es, porque no obstante lo dispuesto en dicha norma, que sanciona con la nulidad absoluta la contravención a los actos que prohíbe, el fallo declara la terminación del contrato de arrendamiento sub-lite, celebrado por un plazo superior, cabe remitirse a lo señalado al abordar el recurso de casación forma (motivo tercero), que se ve reforzado con lo expuesto precedentemente. En definitiva, al descartar que se hubiere aplicado el artículo 13 de la ley 19.253, con otra finalidad que no sea para dar sostén a la postura fundamental de la protección de las tierras indígenas, no corresponde atender a esta otra forma de vulneración de la precitada norma denunciada en el recurso

Por no existir los yerros pretendidos con relación a los artículos 22 de la Ley de Efecto Retroactivo de las Leyes y 13 de la ley 19.253, el recurso fue desestimado en ambos capítulos.

Finalmente, la Corte Suprema aborda si les corresponde a los tribunales la ejecución de las medidas que impone a los Estados el Convenio 169 de la OIT. Plantea que cabe preguntarse por la eventual infracción del artículo 2° del Convenio N°169 de la OIT, yerro que el recurso sostiene en que no corresponde a la judicatura la ejecución de las medidas impuestas por este, por lo que estaría sustrayendo una competencia que el mencionado instrumento pone exclusivamente en manos del Poder Ejecutivo. La mencionada

disposición establece que los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad.

Afirma que la sentencia invoca el Convenio de la O.I.T. para reforzar el marco en el cual han de entenderse las modificaciones legales aprobadas con la dictación de la ley 19.253, estableciendo la consonancia existente entre éstas y aquél, 'a través del cual se formula un expreso reconocimiento de los pueblos precolombinos, de sus tradiciones, culturas y derechos ancestrales, contexto en el cual su vinculación con la tierra es una cuestión de la esencia de su cultura, particularmente respecto de la nación mapuche, dentro de cuya visión cosmológica y como integrantes de esa mirada omnicomprensiva del universo y de sus diversos elementos, la tierra es fundamental' (motivo 4°). Por otra parte, a la hora de destacar que la nueva normativa constituye un estatuto legal especial y de orden público, que debe primar, pues 'es de interés del Estado brindar una particular protección a los pueblos originarios y la tierra indígena…', entiende que cobra preponderancia lo dispuesto en el Convenio 169 de la O.I.T., norma de rango superior, que impone a los Estados 'el deber de respetar, mediante una regulación especial, atendida la importancia que para las culturas y valores espirituales de los pueblos reviste, su relación con la tierra o territorios que ocupan o utilizan' (motivo 6°).

Por lo tanto, concluye que, en tal circunstancia, no se ve de qué modo la sentencia vulnera o infringe el Convenio citado, desde que no impone ninguna medida de orden administrativo-directa, que pudiera entenderse que es de resorte del Ejecutivo, sino que entiende que el marco jurídico se ve reforzado por dicha normativa internacional que forma parte de los compromisos asumidos por el Estado de Chile y argumenta en la línea que se ha extractado. [20]

[20] Sentencia Corte Suprema Rol: 11283-2021

CAPITULO IV

4.1 Experiencias de Pluralismo normativo y costumbre al interior de Comunidades Mapuche (Lof)

Entrevista a Juan Pichun Collonao,(Hijo del fallecido Lonko Pascual Pichun) Lonko y máxima autoridad de Lov Temulemu en Traiguén,IX Región.

¿Existen algunas normas de resolución de conflictos o costumbre al interior de su Comunidad que se apliquen o hayan aplicado ?

La normativa mapuche siempre existió, y eso se fue transmitiendo de generación en generación mediante transmisión oral y por ejemplo hay normas que son de tipo espiritual, pero también son de tipo, de cómo tú te comportas, de la relación humana. Por ejemplo, en lo espiritual esta normado y esta sabido que la gente, por ejemplo, a mediodía no podía ir a un (cementerio) Menog o a la montaña o a un lugar que la gente sabe que ahí, a esa hora es un espacio exclusivo de los gnem (espíritus) que están ahí, que uno no puede interrumpir y la norma que uno se la va transmitiendo a la gente joven , por ejemplo, es el valor y el respeto que se le da a la gente mayor, , eso lo aprendí de mi papa, que me decía que siempre a la gente mayor hay que respetarla, haya estudiado o no haya estudiado, porque esa persona tiene más experiencia que uno de vida, de vivencias que a uno le puede transmitir y también puede ser parte de la vida de uno y esas son normativas de comportamiento que escucha la gente, que valora la transmisión y le valora también el kimun.(conocimiento)

¿Como se resuelven los conflictos o se resolvían? Robos, delitos, faltas

¿Alguna forma propia de solución?

¿Alguna persona mayor que tenía conocimiento, resolvía los conflictos dentro de la comunidad?

De cuando tenía conocimiento , mi papa no tenía un rol protagónico en la comunidad todavía , yo me acuerdo que las personas , que había un peñi que le llamaban Huencho Namuncura (Ragiñelwe) ,que era una persona que siempre se veía como dirigente, un poco más estudioso con el saber de la normativa winka y me acuerdo que la gente acudían donde el , por ejemplo si le pasaba un chancho a la huerta o al sembrado o un animal se le pasaba ,y la gente iban para allá, y cuando se hacia la reunión , se abordaba el tema en la comunidad en el espacio comunitario.

No sé si aplicaba desde la mirada winka pero más, la comunidad lo ponía en conocimiento en una reunión, más que él castigo, digamos de llevarlo a enjuiciarlo , se resolvía en términos de ..hablado, conversado…y que llegaban a un acuerdo las personas , como llegar a un acuerdo en el daño que causo, con el dueño del animal, el daño que causo en el sembrado del otro, como ellos acuerdan , al final es un acuerdo de las dos personas que están en conflicto , y la gente que esta alrededor sirve solamente de garante que se cumpla eso.

La propia gente...digamos... son testigos, la comunidad en su conjunto son los testigos de que se cumpla esa diferencia o se haga valer la palabra empeñada en ese momento, como se iba a resolver ese acuerdo. Una de las cosas que la gente hoy día se recuerda de eso, nosotros trasmitimos eso en las reuniones, si bien se habla también de proyectos ,pero también se deja un momento para reflexionar en torno a lo que estamos haciendo nosotros , el comportamiento que estamos teniendo nosotros con el resto de la gente , o se deja el espacio para que otras personas expliquen cual es el sentir que tiene ,o cual es el problema que tiene con su vecino, hace poquito por ejemplo , hace como tres semanas atrás hubo un problema ahí, interno que , una persona ..el caballo llego a la casa del peñi, y ese peñi va y le corta la cola al caballo, y el dueño del caballo se enojó y lo encaro en la reunión que tenemos nosotros con la comunidad , el pidió permiso para encararlo , porque necesitaba decirle algo, y ahí nos enteramos que le había cortado la cola al caballo que

era de él, y le dijo tu eres responsable , el caballo llego a tu casa y tu fuiste y le cortaste la cola a mi caballo .. y el otro dijo. oye. yo no fui! pero hay testigos que hubieron gente …y total que después ellos salen de la sala y fueron a hablar los dos, porque es un tema de los dos, pero, toda la gente, digamos esta de testigo que hay un conflicto entre las dos personas en la comunidad y después seguramente llegaron a un acuerdo, de alguna forma resolver el tema y claro se discutieron, se dijeron un montón de cosas, pero al final fuimos todos testigos de que tenían que llegar a un acuerdo. Nosotros no supimos a qué acuerdo habían llegado, pero yo creo que lo van a decir en algún momento, porque el tema se terminó ahí, no continuo el problema, se terminó el conflicto , ese conflicto se terminó ahí, y en algún momento van a tener que decir cuál es el acuerdo que tomaron para que la gente también , -así como fue testigo-, de que se cumpla , son pequeñas cosas que no están escritos, no están normados , pero que digamos , más bien las relaciones humanas que tiene que tener entre las comunidades , o sea entre los miembros de la comunidad.

¿Es habitual esa solución de conflictos?

Nosotros lo hacemos habitual, tratamos de hacerlo habitual , uno puede evitar los problemas entre familiares , de que no existan conflictos de ningún tipo , porque tampoco ya , que tengamos conflictos con el Estado , con las autoridades es suficiente y que tengamos conflictos entre nosotros no es muy reconfortante, entonces se han ido resolviendo esas pequeñas cosas , que digamos , que se mantiene todavía que la gente nueva va entendiendo esta dinámica de cómo resolver el tema mediante el dialogo , en la conversa, en el nutram, y se da al interior de la comunidad

¿Hay búsqueda de armonización en la comunidad y sus integrantes?

O sea más bien, la justicia que se imparte en la comunidad, más bien, va por el equilibrio, digamos ,de la persona , pero también con el equilibrio, con el medio con no sobreexplotar la tierra, la ñuke mapu (madre tierra) más bien cuidarla, porque nosotros somos personas que tenemos que , estamos llamados para cuidar la naturaleza y lo hacemos nosotros, tiene que hacerlo nuestros hijos y ese es el comportamiento que debe existir , pero además , evitar estos problemas y roces internos y eso significa buscar el equilibrio interno, para que no existan estos tipos de …..y eso es un trabajo de buscar el equilibrio . Las reuniones (Malón) se sostienen cada 15 días, la gente participa en los Ñgiuillatum, con la gente hacemos Palín con otra comunidad para mantener ese ejercicio del equilibrio, y así como nosotros respetamos al resto internamente, hay cosas que son, que están en la memoria de cada uno, de la familia.

¿Existe una forma de "juicio" en la comunidad mapuche?

Aunque sea (un conflicto) de dos comunidades, pero también puede ser de dos familias, el sentido es el mismo, cual es el sentido de que las dos comunidades entren en conflicto o las dos familias, el sentido es buscar el equilibrio, la armonía interna tanto dentro del Wallmapu como dentro de los Lov.

A diferencia de los winka no está articulado , sino es un comportamiento que uno asume desde chico , porque te transmiten esa idea y te hacen ese ejercicio , o sea , si uno , trasgrede en un espacio ceremonial o un lugar que sea , que tenga una connotación más espiritual para la comunidad y uno sabe que no es llegar e ingresar sin antes pedir permiso , y si uno no lo hace , va a saber que ,lo va a trasgredir y uno va a saber que se va a enfermar , y yo creo que nadie quiere andar enfermo , nadie quiere estar enfermo , de alguna forma, aunque sea por miedo , de cualquier forma uno, prefiere asumir para no enfermarme, pedir permiso , pagar con harina tostada o ,lo que sea para que los gnem que están ahí , que también, que ellos también tienen normas, también están estructurados como nosotros , como sociedad, como chem ellos también tienen sus propias normativas, son normas a ellos , entonces siempre esta…. , caminamos en ese orden , no producir desequilibrio de ninguna de las partes , ni así a lo espiritual ni a la

normativa de los Chem, de las personas que nos relacionamos , que nos vinculamos . Pero también hay sanciones que son de tipo social, no sé… si hay una familia que tiene un pasado que los papas eran weñefe (ladrones), y quedan con ese estigma, aunque los hijos, los nuevos no tengan esa actitud, pero les dice la gente *.".pero tu vienes de una familia",* como un linaje de ladrones, entonces los sancionan y la persona lo que tiene que hacer, es tratar de hacer... digamos… tiene que hacer una cosa distinta. Te sancionan, por ejemplo, un hombre o una mujer que te digan que su papá eran weñefe, "*vienes de un weñefe"* , entonces se enamora de una niña de otra familia, y la familia por tener ese estigma, lo van a sancionar, no van a querer aceptarlo en la familia , y hay una sanción social .

Las consecuencias las pagan los futuros y entonces nadie va a querer que los hijos de uno también se perjudiquen con los actos de los mayores. Así como estamos estigmatizados nosotros todos, cuando hablan de Temulemu, que es una de las comunidades que resistió , que ha resistido el proceso de las forestales , cuando hablan de otros territorios la gente al tiro tiene una idea de esos espacios , de esos territorios, así como también tienen una idea de esa familia.

Pongamos por ejemplo a Norin (Lonko Aniceto Norin), hablando del hijo de Norin todos van a decir *"...aaahhhhh tu eres hijo de Aniceto Norin…",* no va a haber una aceptación a la primera, por las responsabilidades del papa ,a lo mejor el hijo no es igual , pero porque el papa fue así, también lo sancionan

¿Y esa sanción social que implica?

Lo van a mirar , lo van a sancionar , como que siempre van a desconfiar de él, no lo van a incluir en algunas decisiones más de grupo más cerrado.

Se puede sancionar a una autoridad como usted , como máxima autoridad del Lov, ¿cómo Lonko?

Tu eres Lonko fuera, pero también eres dentro , no “podis” dejar de no, -digamos- dejar de lado a tu gente, un poco lo que me pasaba a mí , casi caigo en eso, me dedicaba a una orgánica (vocería de la Coordinadora Arauco Malleco CAM) y había dejado de lado mi comunidad y me lo reclamaron, mi comunidad, *“tu vives aquí y nosotros te elegimos a ti “...*está bien poder acompañar al resto, pero tu prioridad va a ser acá”.

Entonces la misma gente te va poniendo limites, te va limitando., fue un llamado de atención , es lo que debieran hacer todas las comunidades , con la gente que uno elige y lo levanta.

La comunidad hizo un weichan, es el acto de convocar al otro , sea para resolver un tema , por ejemplo, cuando se hace un Weichan a la Machi ,uno va y le dice para que quiere el servicio de la Machi, para hacer un Ñguillatun,entonces siempre va a tener un sentido de resolver un tema , ese es como el acto del Weichan. Y en otro caso , claro, la comunidad convocaba a otra comunidad en un conflicto de robo.

Los mapuche siempre nos caracterizamos por hablar harto. Tú tienes que conocer con quien estás hablando , quien está al frente mío , porque esas personas que están ahí tienen una historia y se tiene que conocer con que persona estoy hablando…no es llegar como los winka...

Nuestros antiguos así arreglaban sus problemas, siempre van a haber problemas cuando hay un grupo humano , siempre va a haber problemas, conflictos entre la familia, va a haber alguna diferencia , pero la idea es que eso no repercuta a escala mayor y eso se tiene que resolver**. (Transcripción de entrevista realizada en la ciudad de Santiago, el día 7 de noviembre de 2022).**[21]

[21] Entrevista del autor con Juan Pichun Collonao , Lonko de la Comunidad Temulemu y Vocero de la Coordinadora Arauco Malleco (CAM),en Traiguén, Región de la Araucanía.

4.2 El rol del Lonko como garante del marco normativo mapuche. [22]

El Lonko es una figura que se valida al interior de su comunidad en un contexto sociocultural mapuche , con un espectro jurisdiccional y territorial propio. La validez del Lonko está dada por su conocimiento y practica de la lengua y la cultura mapuche, la que hoy se desarrolla , especialmente por medio de ceremonias como los Ñgiuillatum y Eliwun. En la actualidad los Kimche (sabios), entienden la instrumentalización que se hace de la figura del Lonko en la sociedad Winka. Existe una visión crítica en la estructura social mapuche tradicional respecto del impacto de la ley indígena N° 19.253 del año 1993, que permite y favorece la formación de organizaciones funcionales , comunidades o asociaciones en las que se activan liderazgos paralelos a los tradicionales de los Lov y Rewe. Los Kimche denuncian la participación de estos dirigentes en el mundo político y gubernamental , pues en numerosos casos estos dirigentes se han atribuido el rol del Lonko, sin otra validación que la otorgada por el mundo político chileno.

¿Qué significa el Lonko? Es la cara visible , es un líder innato, mi bisabuelo fue Lonko de su comunidad , entonces yo veo y siento que es algo que no es impuesto. Si bien es cierto que la comunidad te valida como Lonko, hay un "newen", una energía , un espíritu , que es como un imán que atrae a la gente, está claro que algunos se hacen lideres , pero en nuestro contexto cultural así era el Lonko, quien dirige y busca el bien de la comunidad (Ingrid Soñan, dirigente mapuche de 49 años)

" Hoy día , todas estas funciones se practican principalmente en los Ñgiuillatum, allí todavía el Lonko tiene autoridad. Es el lugar donde hay menos intervención Winka, por eso sabe lo que tiene que hacer .Esos que se presentan como" Lonko" con los políticos , son

---

[22] Maulin Pehuen, M.,Coliqueo Collipal,P.,Curihuinca Neira,E.,Royo,M.,´´*Áz Mapu,Una aproximación al sistema normativo mapuche desde el Rakizuam y el derecho propio*´´,INDH, Primera edición,2016 en territorio mapuche.

manejados por los winkas.A veces el winka reconoce al Lonko cuando lo quiere manejar o llevarlo a cualquier cosa para salir en la tele o ganar plata y no como autoridad que es" (Manuel Melin , 85 años, Lonko de Comunidad Ralipixa-Forowe en Nueva Imperial. IX Región)

4.3 El rol del Ragiñelwe [23]

Hay un miembro de la comunidad que realiza una mediación o participa en la resolución de conflictos, en base a su experiencia y tradición antigua. Se trata de una figura que tiene el conocimiento (kimun) y el respeto en la comunidad, por su capacidad y competencias para mediar entre posturas **en** conflicto. Su papel de intermediario lo hace complementar la función del Lonko, en base a sus consejos y recomendaciones resolutivas.

4.4 El Palín como instrumento de participación social mapuche en la resolución de conflictos.

El Palín es un encuentro social , que el pueblo mapuche practica desde hace siglos para fortalecer las relaciones políticas, espirituales y culturales entre las comunidades (Lov) y sus autoridades (Lonko). En esta ceremonia y juego ancestral se comparte, además, los alimentos y la conversación (nutram).

Difundido y practicado desde los territorios de Santiago (Pikunmapu) hasta el Archipiélago de Chiloé (Willimapu) de acuerdo con una reglamentación bastante homogénea y sin mayores variaciones lingüísticas.

Cada encuentro era un acontecimiento que comenzaba con ceremonias, preparativos rituales y de comida en los días previos, y en los que participaban activamente mujeres, niñas y niños, jóvenes y ancianos de la comunidad convocante y visitante.

---

[23] Maulin Pehuen, M.,Coliqueo Collipal,P.,Curihuinca Neira,E.,Royo,M.,´´*Áz Mapu,Una aproximación al sistema normativo mapuche desde el Rakizuam y el derecho propio*´´,INDH, Primera edición,2016 en territorio mapuche.

El Palín sigue vigente hoy en los Lov y cumple , principalmente , un rol recreativo dentro de las relaciones entre comunidades , generalmente dentro del contexto de demanda territorial y ocupación efectiva de predios o latifundios

4.5 Normativa mapuche: Az Mapu [24]

El Az Mapu, es una especie de Código Universal que establece normas de conductas individuales y colectivas que son necesarias para mantener el equilibrio del Cosmos. El Az Mapu es todo, una especie de sistema meta jurídico que regula todos los aspectos de la vida mapuche desde una cosmovisión circular y holística que gira en torno al concepto del tierra (mapu) y en la que las relaciones con la naturaleza, lo espiritual, lo social, lo económico, lo jurídico, se mezclan y se asientan en la Nag Mapu ("la tierra que andamos").El Az Mapu tiene entonces, una raíz espiritual y un significado mucho mas profundo que el que los Occidentales atribuimos a nuestro derecho. Para el indígena cumplir con el Az Mapu es estar y sentirse bien, en armonía consigo mismo, con los demás y con la naturaleza.

Cada Lov puede tener su propia interpretación y practica del Az Mapu, es posible identificar principios rectores.

Este conjunto de interpretaciones normativas ancestrales regula las diferentes figuras y relaciones entre las personas que están en el mundo espiritual y el mundo material. El Az Mapu se basa en la característica principal del ser mapuche, de que todos los seres tienen el mismo grado de importancia en la sociedad, de modo, tal que las relaciones se rigen por criterios básicamente horizontales y fundamentados en la reciprocidad comunitaria, es decir, donde no necesariamente existe subordinación como en la sociedad normativa winka.

---

[24] Villegas Diaz,Myrna*,´´Sistemas sancionatorios indígenas y Derecho penal, ¿Subsiste el Az Mapu?,´´*Centro de Investigaciones jurídicas, Universidad Central de Chile, Política criminal,Vol.9,numero 17,julio 2014, articulo 7,pp.213-247

La sociedad mapuche es de tradición oral, principalmente, la normativa se transmite de esa forma, además por la costumbre de su practica en las comunidades. Cada Comunidad aplica en la medida de su organización política existente, y en cuanto a su orientación tradicional , los mecanismos para resolver sus conflictos, que aparecen en lo particular o en lo comunitario. Dentro de todo pueblo originario, que basa sus relaciones buscando el equilibrio con los otros y la tierra (ñuke mapu), cada participación de sus autoridades se basa en el respeto mutuo y hace , que el conflicto pueda superarse sin el componente carcelario o de encierro total, y eso es parte de reconocer su falta o desequilibrio con su comunidad.

Estas normas no son estáticas, no cumplieron un fin en la antigüedad y desaparecieron, aún están presentes y vigentes en la sociedad mapuche, quizás ya no con la connotación que significaba en los tiempos anteriores a la invasión y usurpación de sus territorios, pero sigue teniendo el componente real para su aplicación cuando los conflictos aparecen en el Lov. Cada Lonko como máxima autoridad representa esa tradición , ese camino ancestral de búsqueda de armonización dentro de su comunidad que lo eligió, en una de sus formas de representación política. Hoy en día, debido a la fragmentación de sus comunidades por diversas razones, la implementación del Az Mapu se realiza principalmente en los territorios que están en resistencia para conservar sus costumbres y usos tradicionales de vida. La migración de jóvenes mapuche a las grandes ciudades como un fenómeno social , especialmente económico y de estudios académicos, ha transformado la sociedad mapuche y ya se encuentran teniendo roles en la administración del Estado, las fuerza armadas y de seguridad, como, parte de su asimilación con la sociedad chilena. La vida rural del mapuche mantiene muchas tradiciones activas y cada día luchan para preservarlas.

Los conocimientos de los” *Kimche”,(generalmente un anciano sabio),* permiten constatar la existencia de un sistema normativo mapuche, que proponía al interior de las comunidades el control de conductas negativas que sucedían y que atentaban contra las familias e integrantes de los Lof.

4.6 Acontecimientos y situaciones de conflictos normadas en el Az-mapu (sistema jurídico sancionatorio mapuche)

En cuanto a las infracciones y basados en el relato del Lonko Yeupeco, antiguamente ellos tenían “delitos individuales” y “delitos colectivos”. Los delitos individuales son ,os que comete un comunero en contra de otro comunero sea dentro de la misma comunidad o de distintas comunidades, pero que afectan intereses propios. Delitos colectivos son los que comete un comunero o comunidad en contra de otra comunidad o de un comunero de esta última, por ejemplo, envenenar el agua, estropear la cosecha comunitaria, en definitiva, que un extraño lleve al mal a otra comunidad.

Esta concepción del delito con sus propias características individuales y colectivas eran ancestralmente conocida e individualizada por la particularidad de cada hecho ocurrido y sus consecuencias que traía a la comunidad.

Las formas de solución van desde mecanismos de autocomposición (conversar, llegar a acuerdos), pasando por mecanismos de autotutela, hasta la intervención de un tercero que hace las veces de un amigable componedor, mas que de una autoridad. Pocas son las ocasiones en que actualmente interviene un tercero en la solución del conflicto, por lo general el Lonko o alguna otra persona o personas a las cuales se les reconozca autoridad dentro de la comunidad, y cuando lo hacen, parece adoptar mas bien la forma de amigable componedor que de un juez.

Yendo a la naturaleza de los delitos, antiguamente, se castigaban los robos, el adulterio, el asesinato, la traición y la brujería. Actualmente, aparte de los delitos antiguos, también se tratan de solucionar los conflictos surgidos por:

Hurto de especies

- Robo de animales
- Conflictos entre vecinos por deslinde
- Ofensas verbales
- Conflicto por no cumplimiento de palabra
- Lesiones por riña

- Muerte u Homicidio
- Formas de relacionarse o dirigirse a los ancianos
- Transgresiones / intromisión de un espacio natural sin permiso del Gnem o dueño espiritual de dicho espacio (extraer remedios, cortar un árbol, quemar pastizales, etc.)
- Alcoholismo
- Zuguyechefe o el chisme sobre o hacia las personas.
- Organización territorial mapuche
- Relaciones familiares / paternales

El delito mas grave es la Traición, siendo esta una conducta que afecta a toda la comunidad, y aun más, al Pueblo mapuche en general. La referencia a los “testigos protegidos” en procedimientos contra comuneros mapuche por conductas asociadas, por los fiscales del Ministerio Publico, a conductas terroristas, esto es identificado por los propios mapuche, como un punto de conflicto introducido por la cultura dominante.

Capitulo V [25]

5.1 Aplicación en Chile de Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO

Convenio 169

Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes

La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo:

Convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, y congregada en dicha ciudad el 7 de junio de 1989, en su septuagésima sexta reunión;

Observando las normas internacionales enunciadas en el Convenio y en la Recomendación sobre poblaciones indígenas y tribuales, 1957;

Recordando los términos de la Declaración Universal de Derechos Humanos, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y de los numerosos instrumentos internacionales sobre la prevención de la discriminación;

Considerando que la evolución del derecho internacional desde 1957 y los cambios sobrevenidos en la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo hacen aconsejable adoptar nuevas normas internacionales en la materia, a fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores;

Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven;

Observando que en muchas partes del mundo esos pueblos no pueden gozar de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los

[25] Convenio número 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)

Estados en que viven y que sus leyes, valores, costumbres y perspectivas han sufrido a menudo una erosión;

Recordando la particular contribución de los pueblos indígenas y tribales a la diversidad cultural, a la armonía social y ecológica de la humanidad y a la cooperación y comprensión internacionales;

Observando que las disposiciones que siguen han sido establecidas con la colaboración de las Naciones Unidas, de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura y de la Organización Mundial de la Salud, así como del Instituto Indigenista Interamericano, a los niveles apropiados y en sus esferas respectivas, y que se tiene el propósito de continuar esa colaboración a fin de promover y asegurar la aplicación de estas disposiciones;

Después de haber decidido adoptar diversas proposiciones sobre la revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribuales, 1957 (núm. 107), cuestión que constituye el cuarto punto del orden del día de la reunión, y

Después de haber decidido que dichas proposiciones revistan la forma de un convenio internacional que revise el Convenio sobre poblaciones indígenas y tribuales, 1957,

adopta, con fecha veintisiete de junio de mil novecientos ochenta y nueve, el siguiente Convenio, que podrá ser citado como el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989:

Considerando:

Que con fecha 27 de junio de 1989 la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, en su Septuagésima Sexta Reunión, adoptó el Convenio N.º 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

Que el Convenio N.º 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes fue aprobado por el Congreso Nacional, según consta en el oficio N° 7.378, de 9 de abril de 2008, de la Honorable Cámara de Diputados.

Que el Tribunal Constitucional, por sentencia de fecha 3 de abril de 2008, declaró que las normas del aludido Convenio N.º 169 sometidas a su control, son constitucionales.

Que el instrumento de ratificación de dicho Convenio se depositó con fecha 15 de septiembre de 2008 ante el Director General de la Organización Internacional del Trabajo y, en consecuencia, de conformidad con el artículo 38, párrafo 3, del referido Convenio N.º 169, éste entrará en vigencia para Chile el 15 de septiembre de 2009.

Decreto:

Artículo único: Promulgase el Convenio N.º 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, adoptado el 27 de junio de 1989 por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, en su Septuagésima Sexta Reunión; cúmplase y publíquese copia autorizada de su texto en el Diario Oficial.

Anótese, tómese razón, regístrese y publíquese.- MICHELLE BACHELET JERIA, Presidenta de la República de Chile.- Alejandro Foxley Rioseco, Ministro de Relaciones Exteriores.- José Antonio Viera-Gallo, Ministro Secretario General de la Presidencia.- Paula Quintana-Meléndez, Ministra de Planificación.- Osvaldo Andrade Lara, Ministro del Trabajo y Previsión Social.

Lo que transcribo a US para su conocimiento.- Gonzalo Arenas Valverde, Embajador, Director General Administrativo.

Chile ratifico el Convenio 169 de la OIT el 15 de septiembre de 2008 y entro en vigor doce meses después, para lo cual los pueblos indígenas que habitan en territorios ancestrales, hoy denominado Republica de Chile debieron esperar casi veinte años, según los honorables legisladores, esta tardanza se debió en parte, a que habían deficiencias o faltas de inclusividad, transparencia, equidad y participación, que eran necesarios subsanar para su ratificación. Según los legisladores el Convenio 169 al consagrar derechos colectivos a favor de los pueblos indígenas modificaron la estructura del Estado.

El Convenio transferiría a cada pueblo indígena atribuciones propias de los poderes del Estado, y lo facultaría para restringir derechos y libertades de sus integrantes, igualmente perturbaría el principio de igualdad ante la ley y prohibición de discriminaciones arbitrarias. Decían que el tratado en si mismo, luego de su ratificación, genera obligaciones internacionales para imponer derechos que contrasta la unidad de la nación y que deben ser cumplidos por el Estado de Chile.

Estas indicaciones y discusión finalmente fueron zanjada por el Tribunal Constitucional declarando el tratado como Constitucional, pero estableciendo limitaciones propias. En base a lo anterior, el Tribunal en su sentencia con relación a la constitucionalidad de este, señalo:

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

Con lo expuesto en este considerando de la sentencia, corta las alas a lo principal del Convenio 169 que busca el reconocimiento y autodeterminación de los pueblos indígenas. La decisión restringe el ámbito de aplicación del Convenio, desde un punto de vista semántico con la palabra" pueblos", su autonomía como ente cultural propio y les establece derechos leves, como seria el derecho a la consulta previa y la escasa participación realmente vinculante y decisiva.[26]

Esta tardanza demuestro la falta de voluntad política de los parlamentarios, financiados por grandes grupos económicos que ven, en este Convenio, una amenaza a sus proyectos extractivistas en las regiones con alta presencia de Comunidades indígenas, como en la zona de la Araucanía, en donde el negocio forestal es parte del paisaje natural.

Con la ratificación, los pueblos indígenas obtuvieron un derecho a su favor que esta amparado internacionalmente y debe ser cumplido por Chile. A pesar de que no existe un

[26] Donoso,S.,´´*Chile y el Convenio 169 de la Organización internacional del Trabajo: Reflexiones sobre un desencuentro*´´Facultad de Derecho UC, Temas de la agenda pública, año 3,numero 16, abril 2008

reconocimiento constitucional explicito, si otorga una especie de Pluralismo Jurídico pero aplicado por otra institución: los tribunales de justicia.

La ratificación esperada por tantos años se tradujo en un caudal de expectativas. Para los pueblos indígenas, el Convenio 169 era el único instrumento internacional de carácter vinculante sobre derechos indígenas que obligaba a los Estados a adecuar sus normas internas.

Se ha puesto énfasis en los trabajos e investigaciones sobre la aplicación del Convenio 169 después de su ratificación, en donde el Estado se comprometió a dar cumplimiento a todas las obligaciones surgidas y que son propias del mismo, y esto se ha visto reflejado en la creciente aplicación por parte de los Tribunales de Justicia a la hora de resolver los conflictos relacionados con los pueblos indígenas, pese al alcance restrictivo que el tribunal Constitucional le otorgo al Convenio. Se ha incorporado el contenido del Convenio 169 de la OIT en el razonamiento judicial, llegando incluso a los tribunales superiores de justicia, como las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema.

Aquello ha generado un reconocimiento progresivo a los derechos de los pueblos indígenas, en donde el Estado, indirectamente, ha ido tomando en cuenta y valorando las culturas diversas, sus costumbres propias, dentro de las resoluciones de conflictos al interior de nuestros tribunales, convirtiendo este Convenio en un instrumento y herramienta eficaz para exigir sus derechos frente a los Tribunales superiores de justicia.

El Convenio 169 de la OIT, ha otorgado a los pueblos indígenas diversas herramientas para garantizar sus derechos en materias de igualdad, pleno goce y ejercicio de sus derechos considerando su particularidad individual y en algunos casos, colectivamente, y esto se comprueba en diversos artículos del Convenio: [27]

---

[27] Candia Troncoso,F.,Becerra Cereceda,A.*,´´Pluralismo juridico,Constitucion y derechos Humanos Universales, Un análisis necesario a la luz del Convenio 169 de la organización internacional del trabajo(OIT)´´,*2018, memoria de prueba para optar al Grado de Licenciada en Ciencias jurídicas.

Bustamante Soldevilla, *M.,´´Pluralismo jurídico en Chile, la relación entre regímenes jurídicos: Internacional y nacional desde la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT´*

Bustamante Soldevilla,M.,*´´Colisión y Armonización de regímenes regulatorios en contextos sociales globales '*Tesis Fondecyt numero 1110437,Santiago, noviembre 2015

Artículo 3

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

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

Artículo 4

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

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

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

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 éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

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

Artículo 9

1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.

2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.

Artículo 10

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

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

En relación a estos artículos citados y su aplicación, aparecen casos en que un comunero o perteneciente a un pueblo originario entra en algún tipo de conflicto con otro miembro, pero este último no desea que se aplique el régimen consuetudinario para resolver las diferencias. En este caso, si dos personas del mismo pueblo originario tienen un conflicto que puede ser resuelto por medio de la costumbre y solo uno de ellos quiere que esta se aplique, tomando en cuenta que ambos poseen las mismas características contextuales, entonces el sistema de solución alternativo indígena no aplica, dado que a partir de la redacción del articulo 9 este sistema no es de aplicación obligatoria general y esta sujeto al cumplimiento de ciertas condiciones para su aplicación. Del mismo modo debe tenerse en consideración lo establecido por el articulo numero 4 en cuanto establece el respeto a los deseos expresados por los pueblos al m omento de adoptarse medidas especiales en su beneficio. Por otro lado, lo que busca el Convenio 169 de la OIT es resguardar la

contribución de los Pueblos indígenas y tribales, su diversidad cultural y la armonía social, y no ser un criterio de conveniencia para las personas involucradas.

La argumentación de la persona que no quiere utilizar el sistema consuetudinario para resolver este conflicto en particular deberá señalar porque la aplicación de dicho régimen seria perjudicial para el, para la comunidad o la sociedad en su conjunto.

5.2 El derecho a la consulta previa como piedra angular del Convenio 169

Nuestra legislación al ratificar el Convenio 169 de la OIT tuvo que modificar cuerpos legales y decretar normativa correspondiente para la buena implementación del Convenio.

(Extractos)

Decreto 66: *"Aprueba reglamento que regula el procedimiento de consulta indígena en virtud del artículo 6 n.º 1 letra a) y n.º 2 del convenio n.º 169 de la organización internacional del trabajo."*

Que la nueva normativa tiene como uno de sus objetivos principales desarrollar aquellos conceptos que el Convenio N.º 169 de la OIT utiliza de forma genérica y que requieren ser precisados de acuerdo a la realidad jurídica nacional para darles una correcta aplicación, y en particular, establecer la oportunidad en que debe hacerse la consulta y el procedimiento que deberá seguirse cuando se adopte una medida administrativa o legislativa susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas.

Que la reglamentación de la consulta indígena representa un paso importante para Chile, en especial para las relaciones del Estado con los pueblos indígenas.

Que esta nueva normativa considera acuerdos muy relevantes tales como la derogación del actual reglamento contenido en el decreto supremo Nº124, del Ministerio de Planificación, de 2009, y la definición de materias esenciales para la implementación de un proceso de consulta como lo son el procedimiento, las etapas mínimas que debe contemplar todo proceso de consulta, los plazos y la identificación de los intervinientes.

Artículo 2º.- Consulta. La consulta es un deber de los órganos de la Administración del Estado y un derecho de los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados directamente

por la adopción de medidas legislativas o administrativas, que se materializa a través de un procedimiento apropiado y de buena fe, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas susceptibles de afectarlos directamente y que debe realizarse de conformidad con los principios recogidos en el Título II del presente reglamento.

Artículo 3º.- Cumplimiento del deber de Consulta. El órgano responsable deberá realizar los esfuerzos necesarios para alcanzar el acuerdo o el consentimiento de los pueblos afectados, dando cumplimiento a los principios de la consulta a través del procedimiento establecido en este reglamento. Bajo estas condiciones, se tendrá por cumplido el deber de consulta, aun cuando no resulte posible alcanzar dicho objetivo.

Artículo 5º.- Pueblos indígenas. Para efectos de este reglamento, se consideran pueblos indígenas aquellos que define el artículo primero del convenio N.º 169 de la Organización Internacional del Trabajo y que estén reconocidos en el artículo 1º de la ley N.º 19.253.

Se entenderá que una persona es miembro de alguno de los pueblos indígenas señalados en el inciso anterior cuando cumpla con lo establecido en el artículo 2º de la ley N.º 19.253.

Las disposiciones sobre la consulta previa esta positivamente contemplado en el artículo número 6 y en el articulo numero 7 como refuerzo para que se cumpla este importante instrumento por parte de los Estados ratificantes del Convenio

Artículo 6

1. *Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:*

a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;

b) *establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos*

los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;

c) *establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.*

2. *Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas*.

Artículo 7

1*. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe el proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.*

2. *El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan. Los proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento.*

3. *Los gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas pueden tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser consideradas como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas.*

4. *Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan.*

5.3 Características de la consulta previa [28]

La consulta siempre se aplica cuando el Estado así lo requiera para adoptar alguna medida administrativa o legislativa y no, como puede pensarse, en algunos casos. Debe tratarse de medias que afecten directamente a los pueblos indígenas y no de aquellos cuya posibilidad de afectarles sea remota o posible.

El sentido de la consulta es que permita a los pueblos indígenas hacer valer su opinión respecto de todas aquellas materias que les involucran y afectan. En la historia los pueblos indígenas han sufrido la marginación y desprecio por parte de los poderes del Estado, en cuanto se refiere a implementar o tomar medidas de carácter administrativo o legales, en ningún caso han sido tomados en consideración para las decisiones de los gobiernos centrales. Lo anterior implica para el Estado la obligación de consultar a los pueblos indígenas desde que fue ratificado el Convenio por el Parlamento y sancionado por el Tribunal Constitucional.

En palabras del Relator Especial de la ONU para temas indígenas y profesor James Anaya, la consulta “no se agota con la mera información”. “Es necesario que los pueblos indígenas sean escuchados y sus planteamientos atendidos, dándoles razones para rechazarlos o modificando las posturas estatales iniciales en caso de que aquellos planteamientos sean mas razonables que los esgrimidos por el Estado.”

El propósito del Convenio es que los pueblos indígenas puedan manifestar su opinión y que esta sea debidamente considerada por la autoridad, de manera que es preciso que los procedimientos de consulta no sean conducidos para cumplir con un formulario, sino para atender razones, ponderarlas y si es necesario, cambiar de opinión.

Las partes en la consulta deben actuar de buena fe, si la consulta previa se hace, por ejemplo, al final del proceso de toma de decisión, se lesiona el espíritu de buena fe que es

---

[28] Contese Singh,J.,´´*El Derecho de consulta previa en el Convenio 169 de la OIT ,Notas para su implementación en Chile´´,*Editores UDP,Direccion de extensión y publicaciones ,año 2012, Santiago de Chile

parte fundamental del Convenio, para llegar a una buena convivencia entre las partes involucradas.

En este principio el Decreto N° 66 lo dispone en su artículo numero 9

Artículo 9º.- *Buena fe. La buena fe es un principio rector de la consulta, en virtud del cual todos los intervinientes deberán actuar de manera leal y correcta con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento previo, libre e informado en el marco del procedimiento establecido en el Título III, mediante un diálogo sincero, de confianza y de respeto mutuo, sin presiones, de manera transparente, generando las condiciones necesarias para su desarrollo y con un comportamiento responsable*.

Para el Estado la buena fe también implicará actuar con debida diligencia, entendiéndose por tal la disposición de medios que permitan la generación de condiciones para que los pueblos indígenas puedan intervenir en un plano de igualdad según lo dispuesto en el artículo siguiente.

Los intervinientes no podrán realizar conductas, acciones u omisiones que obstaculicen el normal desarrollo del proceso de consulta previa o impidan alcanzar su finalidad, así como aquellas que pretendan burlar o desconocer los acuerdos alcanzados.

La consulta debe efectuarse mediante procedimientos que eficazmente permitan a los pueblos indígenas manifestar sus pareceres. El Convenio no define categóricamente cuales son los procedimientos adecuados, lo que obliga, como es en el caso de Chile visto anteriormente, a dictar disposiciones y reglamentos de derecho internos para cumplir esta obligación. Un comité tripartito de la OIT estableció que no hay un modelo único de proceder apropiado y este deberá tener en cuenta las circunstancias particulares de cada caso nacional, así como la naturaleza de lo que se va a consultar.

En este sentido los artículos 12 y 13 del Decreto N°66 disponen:

Artículo 12.- *Responsable de los procesos de consulta. El órgano de la Administración del Estado que deba adoptar la medida objeto de consulta será el responsable de coordinar y ejecutar el proceso de consulta.*

Artículo 13.- *Procedencia de la consulta. El proceso de consulta se realizará de oficio cada vez que el órgano responsable prevea la adopción de una medida susceptible de*

afectar directamente a los pueblos indígenas en los términos del artículo 7º de este reglamento. Para efectos de lo anterior, podrá solicitar un informe de procedencia a la Subsecretaría de Servicios Sociales del Ministerio de Desarrollo Social, la que tendrá un plazo máximo de 10 días hábiles para pronunciarse.

Asimismo, cualquier persona interesada, natural o jurídica, o instituciones representativas podrán solicitar fundadamente, al órgano responsable de la medida, la realización de un proceso de consulta. Se entenderán por solicitudes fundadas aquellas peticiones que indiquen a lo menos los hechos y razones que las sustentan.

El Consejo Nacional de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena también podrá solicitar al órgano responsable de la medida, la evaluación de la procedencia de realizar una consulta, en los mismos términos que establece este reglamento.

El órgano responsable deberá, mediante resolución fundada, pronunciarse sobre la solicitud en los términos de este reglamento, en un plazo no superior a 10 días hábiles, plazo que se suspenderá cuando el órgano responsable solicite un informe de procedencia a la Subsecretaría de Servicios Sociales del Ministerio de Desarrollo Social, hasta que ésta emita su informe dentro del plazo señalado en el inciso 1º del presente artículo, vencido el cual se resolverá prescindiendo de aquel.

La decisión sobre la procedencia de realizar un proceso de consulta deberá constar en una resolución dictada al efecto por el órgano responsable.

Todo requerimiento que tenga por fin impugnar la decisión de no realizar una consulta deberá acreditar su eventual procedencia, señalando de manera clara y específica la forma en la que se produce la afectación directa invocada, de acuerdo al contenido del artículo 7º del presente reglamento.

En el tiempo que lleva de vigencia el Convenio 169 en Chile, se han dictado varias sentencias judiciales que se pronuncian sobre su valor normativo, así como sobre su conexión con otras normas del ordenamiento jurídico nacional.

La primera sentencia que aplica el Convenio 169 de la OIT en chile se produjo en el sur de Chile, específicamente en la Corte de Apelaciones de Temuco. Al día siguiente de que se publicara en el Diario Oficial el Convenio 16º, la Corte de Apelaciones de Temuco iniciaba

lo que seria una tendencia de las Cortes de alzada del sur del país: utilizar el Tratado internacional para interpretar las normas nacionales, así como para resolver disputas entre comunidades indígenas y autoridades administrativas y particulares.

El primer caso es de la machi y exconstituyente Francisca Linconao Huircapan quien interpuso un recurso de protección en contra de la Sociedad Forestal Palermo limitada, que impugnaba la tala de arboles en un sector aledaño a manantiales que para la cultura indígena representan lugares sagrados y a una distancia no autorizada por las leyes nacionales. En este mismo recurso se objetaba que la empresa plantara especies exóticas porque ello alteraba el medio ambiente en el cual la recurrente, como machi, recogía plantas medicinales.

5.4 Primer fallo judicial desde la Ratificación del Convenio 169 de la OIT.[29]

El fallo del Caso Linconao, confirmado por la Excma. Corte Suprema, pasara a la historia de los precedentes chilenos por dos importantes razones. Por una parte, es el primer fallo que incluye en sus considerandos las disposiciones del Convenio 169 de la OIT, que entra en plena vigencia el día previo a la fecha de la sentencia y fie ratificado exactamente un año y un día antes del fallo. Asimismo, no solo es la punta de lanza jurisprudencial por ser la primera , sino porque sus fundamentos abordan el centro del debate relativo a la aplicación de los derechos indígenas en el derecho interno chileno, como instrumentos amparados por el articulo número 5 inciso 2 de la Constitución Política de la Republica; también porque se pronuncia sobre conceptos como el “Territorio” y su directa relación con el “hábitat”, la interdependencia con los derechos culturales y la protección del medio ambiente, cuestiones esenciales en el desarrollo de los derechos indígenas y que se incorporan a nuestro ordenamiento jurídico con la ratificación del Convenio N° 169 de la OIT.

Sobre esta importante sentencia, en ella declara aspectos fundamentales para el reconocimiento jurídico de las demandas ancestrales

---

[29] Faundez,J.J.,´´*Primera sentencia que aplica el Convenio 169 de la OIT en Chile: Derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación comprende el concepto de territorio, hábitat y protección de la cultura de los pueblos indígenas´´*,Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política, año número 1,pag 97, 2010.

Esta sentencia invoca expresamente el articulo 27 de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados de 1969:

ARTICULO 27:

" El derecho interno y la observancia de los tratados Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46."

ARTICULO 46

Disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados

1.- El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno.

2.- Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que preceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe.

El fallo de este caso se fundamenta en la vulneración de la Garantía Constitucional del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, consagrado en el articulo 19 numero 8 de la Constitución , adscribiendo expresamente a una interpretación amplia de este derecho, que incorpora los elementos culturales propios de los indígenas, entrando con ello en un debate que no esta resuelto por la jurisprudencia de nuestros tribunales superiores. La Corte tuvo especialmente en consideración la vital importancia que tiene para la Machi Francisca Linconao, su comunidad y el Pueblo Mapuche la protección del medio ambiente que los rodea, particularmente, el bosque nativo existente en las laderas del Cerro Rahue y los Menoko ubicados dentro del predio de la empresa forestal recurrida, en cuyo interior crecen hierbas medicinales mapuche, las cuales son un insumo básico de la medicina tradicional y cultura mapuche desde tiempos ancestrales.

Asimismo el fallo destaca que puede limitarse el derecho de propiedad para la protección del medio ambiente y de los derechos de los indígenas, declarando que la "Ley puede establecer restricciones especificas al ejercicio de determinados derechos o libertades

para proteger el medio ambiente y dentro de esas restricciones, el articulo 19 numero 24 de la Constitución en su inciso 2 es clarísimo y consagra la conservación del Patrimonio ambiental, por lo que según todos los principios y valores y normas señaladas en los precedentes considerandos se debe tener especial cuidado al analizar las manifestaciones culturales, en este caso, del pueblo mapuche…No existe un derecho de propiedad como tácitamente lo pretende indicar el recurrido en forma absoluta”

Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:

24º.- *El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales.*

Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental.

Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador. El expropiado podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios y tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado, la que se fijará de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho por dichos tribunales.

A falta de acuerdo, la indemnización deberá ser pagada en dinero efectivo al contado.

La toma de posesión material del bien expropiado tendrá lugar previo pago del total de la indemnización, la que, a falta de acuerdo, será determinada provisionalmente por peritos en la forma que señale la ley. En caso de reclamo acerca de la procedencia de la expropiación, el juez podrá, con el mérito de los antecedentes que se invoquen, decretar la suspensión de la toma de posesión.

El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas, comprendiéndose en éstas las covaderas, las arenas metalíferas, los salares, los depósitos de carbón e hidrocarburos y las demás sustancias fósiles, con excepción de las

arcillas superficiales, no obstante, la propiedad de las personas naturales o jurídicas sobre los terrenos en cuyas entrañas estuvieren situadas. Los predios superficiales estarán sujetos a las obligaciones y limitaciones que la ley señale para facilitar la exploración, la explotación y el beneficio de dichas minas.

Corresponde a la ley determinar qué sustancias de aquellas a que se refiere el inciso precedente, exceptuados los hidrocarburos líquidos o gaseosos, pueden ser objeto de concesiones de exploración o de explotación. Dichas concesiones se constituirán siempre por resolución judicial y tendrán la duración, conferirán los derechos e impondrán las obligaciones que la ley exprese, la que tendrá el carácter de orgánica constitucional. La concesión minera obliga al dueño a desarrollar la actividad necesaria para satisfacer el interés público que justifica su otorgamiento. Su régimen de amparo será establecido por dicha ley, tenderá directa o indirectamente a obtener el cumplimiento de esa obligación y contemplará causales de caducidad para el caso de incumplimiento o de simple extinción del dominio sobre la concesión. En todo caso dichas causales y sus efectos deben estar establecidos al momento de otorgarse la concesión.

Será de competencia exclusiva de los tribunales ordinarios de justicia declarar la extinción de tales concesiones. Las controversias que se produzcan respecto de la caducidad o extinción del dominio sobre la concesión serán resueltas por ellos; y en caso de caducidad, el afectado podrá requerir de la justicia la declaración de subsistencia de su derecho.

El dominio del titular sobre su concesión minera está protegido por la garantía constitucional de que trata este número.

La exploración, la explotación o el beneficio de los yacimientos que contengan sustancias no susceptibles de concesión, podrán ejecutarse directamente por el Estado o por sus empresas, o por medio de concesiones administrativas o de contratos especiales de operación, con los requisitos y bajo las condiciones que el Presidente de la República fije, para cada caso, por decreto supremo. Esta norma se aplicará también a los yacimientos de cualquier especie existentes en las aguas marítimas sometidas a la jurisdicción nacional y a los situados, en todo o en parte, en zonas que, conforme a la ley, se determinen como de importancia para la seguridad nacional. El Presidente de la

República podrá poner término, en cualquier tiempo, sin expresión de causa y con la indemnización que corresponda, a las concesiones administrativas o a los contratos de operación relativos a explotaciones ubicadas en zonas declaradas de importancia para la seguridad nacional.

Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos."

El fallo declara que el Recurso de Protección es una vía legitima para reclamar los derechos contenidos en el Convenio 169 de la OIT, porque el articulo numero 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y expedito ante los jueces y Tribunales competentes a fin de que lo amparen contra actos que violen sus derechos fundamentales.

Artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos

Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Parte se comprometen:

a) garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

b) desarrollar las posibilidades del recurso judicial, y

c) garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

En este fallo, ni la Corte de Apelaciones de Temuco ni la Corte Suprema se pronuncian explícitamente respecto del acceso a tierras de uso ancestral de las que no es propietaria

la recurrente ni la comunidad afectada, lo que constituía una de las peticiones centrales del recurso de conformidad al artículo 14.2 del Convenio 169 de la OIT que dispone el "derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no están exclusivamente ocupadas por ellos, pero que a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia.

En cuanto a lo resolutivo del fallo:

DÉCIMO SEGUNDO: *Que se debe precisar que la acción interpuesta en modo alguno está rebatiendo o negando el concepto de derecho, el concepto de Constitución Política, el concepto de orden público económico, el concepto de derecho de propiedad, ni tampoco ha desconocido ley alguna. Lo que hace el recurrente es utilizar los instrumentos jurídicos para defender sus derechos e intereses, tal como lo establece el orden jurídico nacional.*

DÉCIMO TERCERO: *Que, en la misma línea anterior, si bien es cierto como se ha expuesto ut supra, tanto los autores como la legislación señalan que no existe un medio ambiente puro o no contaminado que sería el ideal, la recurrente tampoco aspira a esto, medio ambiente absolutamente puro, sólo está pidiendo precisa y detalladamente que la explotación en el predio del recurrido se ciña a la Ley de Bosques, a la Ley de Fomento Forestal y a lo que establece nuestra Constitución. En este sentido, es el pueblo indígena, etnia mapuche, quien luego de la formación de la República "Estado Nación - ha tenido que someterse al igual que todos los chilenos al derecho que emana de los órganos de dicha República, esto es, desde ya ha tenido que vivir en un medio ambiente, según la concepción expuesta más arriba, no ideal ni puro, sino en un medio ambiente con una intervención que en sus tradiciones y manifestaciones culturales no estaba acostumbrado. Pero, aun así, el actor sólo pide que las explotaciones en el predio del recurrido se ciñan a la legislación nacional. Legislación nacional que ya en 1925, tanto en la Constitución como en la Ley de Bosques, le asignaba a la propiedad una función social, imponiéndole limitaciones.*

No existe un derecho de propiedad como tácitamente lo pretende indicar el recurrido en forma absoluta, ni siquiera los autores de la corriente liberal inglesa, como John Locke se imaginaba un derecho de esa forma. Incluso, este autor planteaba que uno debiera tener lo justo y necesario para llevar una vida adecuada. Lo que hay que recalcar que tanto en

las leyes de bosques citadas como en nuestra Constitución en el artículo 19 N.º 8, el constituyente señaló que la Ley puede establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente y dentro de esas restricciones, el 19 N.º 24 en su inciso segundo es clarísimo y consagra la conservación del patrimonio ambiental, por lo que según todos los principios, valores y normas señaladas en los precedentes considerandos se debe tener especial cuidado al analizar las manifestaciones culturales, en este caso, de la etnia mapuche.

DÉCIMO CUARTO: *Que es claro que de acuerdo a lo que se ha expuesto del significado de los Menokos, el Derecho a Vivir en un medio libre de contaminación para la actora se ha visto afectado, puesto que se vulnera la integridad física y psíquica de esa etnia, se agravia en su naturaleza humana y la calidad de vida y en la protección de sus sistemas de salud, puesto que el Menoko es un lugar, espacio cultural, que no debe ser molestado, sino que siempre protegido. Y lo que pide la machi no es que se acabe la explotación forestal ni el uso de las facultades del derecho de propiedad, sino que el dueño de esa tierra se ciña a la ley forestal. Además, no existiendo en la tradición cultural mapuche plantación de especies exóticas que sustituyan al bosque nativo, como sucede hoy, obviamente que se está afectando su derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación si la incorporación de plantas exóticas está dentro de las distancias para no realizar tala ni corta de bosques señaladas en las leyes forestales citadas. Se debe precisar que en la contestación de la acción de protección el denunciado, en primer lugar, niega que existan manantiales. En segundo lugar, que se haya hecho una corta y tala ilegal y, en tercer lugar, no discute en modo alguno que la explotación forestal de corte y de tala está afectando los manantiales en las distancias señaladas por la ley forestal.*

DÉCIMO QUINTO: *Que tomando como base el concepto amplio de medio ambiente indicado, el significado de Menoko, de medicina antropológica, de tierra para el mundo indígena relacionado con los valores Dignidad y Libertad y apreciados de acuerdo a la sana crítica, todos los antecedentes acompañados es claro que, como además de aprecia a fs. 49 y 59, en estos momentos (sin perjuicio de otras acciones legales para discutir en forma lata) se ha cometido un acto ilícito, ello en primer lugar por lo expuesto en el informe del organismo especialista en la materia, como lo es la Dirección de Aguas de la Araucanía a fojas 95, que declara que en el lugar materia de estudio, existen 3*

manantiales, manantiales que según el informe de la CONADI de fojas 208 y de fojas 78, representan espacios culturales de carácter sagrado para la etnia Mapuche y, en especial, con el rol etnoterapéutico del o la machi. Asimismo, es ilícito, pues en el predio materia de autos, se están realizando talas de árboles y arbustos nativos dentro de un perímetro de los 400 metros que nazcan de los cerros y de los situados a menos de 200 metros de sus orillas desde el punto que la vertiente tenga su origen hasta a aquel en que llega al plano, artículo 5 N° 1 de la Ley de Bosques. Asimismo, es ilícito de acuerdo a lo informado por CONAF a fojas 101, en cuanto en la ladera sureste del cerro Rahue se realiza una corta de bosque nativo, sin que exista un plan de manejo, artículo 2 del Decreto Ley 701. De la misma forma, la conducta del recurrido no sólo es ilícita por atentar contra las disposiciones expuestas, sino que además a lo que se ha señalado referente a vivir en un medio ambiente libre de contaminación que establece la Constitución y también por lo señalado en la Ley de Bases sobre el Medio Ambiente, respecto a la definición que allí se menciona de este medio ambiente. A lo señalado en el convenio sobre la diversidad biológica respecto a preservar y proteger dicha diversidad y la cultura de las poblaciones indígenas y en el mismo sentido, el Convenio de toda forma de discriminación racial. Igualmente, respecto a la protección que debe dar la sociedad y el Estado a la cultura y a las tierras indígenas. En todo caso, los antecedentes acompañados por la recurrida a fs. 171 no logran ser mejores y precisos que los ya indicados, puesto que como expresó él en su contestación niega la existencia de los manantiales y, por otro lado, tienen un concepto de propiedad que está muy lejano de lo que establece nuestra Constitución, la doctrina y el Derecho Constitucional. Finalmente, como expresa Gregorio Peces Barba en su libro Estudio sobre Derecho Fundamentales, Editorial Eudeba en una posición integradora, se debe indicar que todos los derechos fundamentales, son derechos de libertad, es decir, todos los derechos fundamentales pretenden facilitar la autonomía de las personas y su desarrollo integral creando esas condiciones de libertad. Si no se protegen ni promueven como en este caso, dentro de lo que nos señala imperativamente nuestra Constitución el medio ambiente adecuado y las manifestaciones culturales de la etnia mapuche no divisa esta Corte de Justicia de qué manera estos ciudadanos chilenos puedan alcanzar la libertad. Por los fundamentos expuestos latamente es claro que se ha vulnerado el derecho establecido en el artículo 19 N° 8 de la Constitución Política.

Y visto además lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección, se declara que se ***HACE LUGAR*** *al Recurso de Protección interpuesto a fojas 1 y siguientes por Francisca Linconao Huircapan, en contra de la Sociedad Palermo Limitada, representada legalmente por Alejandro Eduardo Taladriz Montecinos, en cuanto el recurrido se abstendrá de realizar tala de árboles y arbustos nativos dentro del perímetro de 400 metros más próximos a los 3 manantiales señalados en el recurso que se encuentran en cerros existentes en el sector. Asimismo, no podrá realizar corta de árboles y arbustos sin que cuenten con el plan de manejo aprobado por la CONAF, la que considerará en su momento el impacto de la plantación exótica sustituyendo al bosque nativo respecto de los manantiales aludidos, para su otorgamiento.*

La implementación del Convenio 169 ha sido un desafío para todos ,los involucrados. Las expectativas han fallado en el grueso de sus resultados, han aparecido y nacido criticas y los participantes en los procesos llevados bajo el alero del Convenio en las consultas previas caen en desazón y desesperanza. Tras pocos años, el Convenio 169 comenzó a mostrar sus limitaciones impuestas, especialmente en las restricciones de los únicos derechos de aplicación inmediata contenidos en el: el derecho a consulta previa y el derecho a la participación (Artículos 6 y 7). Los aspectos axiológicos y de derechos humanos invocados en el Convenio fueron mas o menos aceptados por todos los sectores, pero su metodología de aplicación y sobre todo los resultados esperados por las partes involucradas fueron rápidamente desperfilando su eficacia, potencia y validez.

Una de las manifestaciones mas claras de esta validez externa esta dada por los resultados obtenidos. Existe una brecha cada vez mas amplia entre los resultados esperados por los Estados y los pueblos interesados, y los alcanzados por los procesos de consulta. Esta brecha, que podríamos llamar de “resultados” o de finalización, pareciera ser el centro de las principales críticas de los actores indígenas. Por una parte, hay cierto grado de consenso sobre la validez de los fundamentos filosófico-jurídicos que sustentan al Convenio 169 y los derechos que resguarda; por otra parte, no existe un estándar metodológico o procedimental para su implementación, ni siquiera lo disponen los mismos organismos o expertos internacionales que lo promueven. Se debe sumar que la experiencia de pueblos indígenas y sus lideres en estos procesos de relación con el

Estado en Chile es mucho menor, y quizás sea una razón mas para que se tensionen. En el periodo entre 2008 y 2017, la cantidad de consultas indígenas fue de 122.La metodología de aplicación es duramente cuestionada por las comunidades indígenas.

Las expectativas de cada sector eran muy disimiles. Para los pueblos indígenas, el Convenio 169 debía ser una barrera de contención que frenase los distintos megaproyectos que buscaban instalarse en sus territorios. Para el Estado, era una suerte de “piedra en el zapato” que había servido para mejorar las deterioradas relaciones con los pueblos originarios y comunidades en conflicto.

El Convenio 169 muestra una inquietante deslegitimación, no por los principios o articulados en su contenido, sino por su real aplicación. Lo que hay detrás es que, alcanzado cierto nivel de confianza o construcción del propio modelo de vida de los pueblos indígenas, toda la normativa jurídica comienza a quedar en condiciones adversas ante la distancia que se manifiesta entre las esperanzas de los pueblos indígenas de seguir viviendo como lo han hecho, y la autoridad de los Estados y sus ordenamientos jurídicos internos, que no están dispuestos aceptar ningún fraccionamiento o dilución de los dogmas sobre los cuales se construyó el Estado, como son la nación única e indivisible, la división de poderes, la democracia liberal, el sistema penal, la titularidad sobre los recursos naturales y, lo que es más asombroso, la lógica persistente del poder soberano en manos de elites familiares, lo que se llamo por años la “Oligarquía”: la titularidad de los destinos de los Estados sobre los hombros de un puñado de familias fundadoras que reclaman para si la soberanía absoluta de los destinos de los Estados nacionales y sus sociedades *(Salazar, Gabriel 2015.”La enervante levedad histórica de la clase política civil”, Chile, 1900-1973, Santiago: debate)*

En estas condiciones, la continuidad del Convenio 169 de la OIT corre el riesgo del desamparo y el abandono, no solo del Estado, sino de los propios Pueblos indígenas que cobijaron en las esperanzas de defensa de sus formas de vida. Cuando las voces indígenas no busquen fortalecer el Convenio, no busquen defenderlo, a pesar de sus debilidades y limitaciones y no busquen usarlo, a pesar de sus problemas de aplicación, entonces el Convenio 169 puede correr el riesgo de desaparecer.

En Chile, a finales del año 2022 el horizonte para que se produzca un “nuevo trato” con los actores indígenas por parte del ordenamiento jurídico, el poder legislativo y Ejecutivo cruza por una sombría fase de inacción y desprecio, manteniendo políticas publicas discriminatorias, judicializadas penalmente y con la intervención de las Fuerzas Armadas en territorios indígenas

CAPITULO VI

6.1 Sanciones y penas en la justicia indígena [30]

La aplicación de las penas en la resolución de conflictos que demanda una tutela jurisdiccional es una prerrogativa básica en los sistemas de justicia. La facultad de sancionar, de imponer penas es inherente a la función de impartición de justicia. Todas las formas de regulación de conflictos traen consigo el ejercicio permitido del uso de la sanción y/o el castigo. La jurisdicción indígena y sus sistemas de derecho propio tienen igualmente esta atribución punitiva, que la ejercen de forma diversa cada vez que deben resolver un conflicto en su territorio.

La interrogante que concurre siempre al abordar este tema es, si es “justa” la Justicia Indígena, desde la perspectiva occidental y eurocentrista del análisis y cuestionamiento.

Las sanciones y penas derivadas de formas jurídicas diversas contemplan el ejercicio punitivo del sistema normativo tradicional y en ellos se demuestra el poder del Estado para resolver sus conflictos.

En los sistemas de justicia indígena, el concepto punitivo no se realiza de la misma manera o forma, que en el común de los ordenamientos jurídicos estatales. La resolución de los conflictos en las poblaciones indígenas que han podido establecer un sistema jurídico en coordinación con el poder estatal, se diferencia en las relaciones que existen al interior de estas comunidades y que se desarrollan en base a sus costumbres y

[30] Regalado,J.A,´´*De las sanciones penales en la justicia indígena, Bases para la resolución de los casos*´´,Revista del Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM,pag. 99

https://goo.gl/iubFTE

tradiciones. Los “delitos”, faltas o cualquier otra trasgresión de la armonía social de la comunidad ,conlleva una sanción que se imparte desde la misma comunidad, no existe el encierro como en las formas punitivas del concepto que utilizaba Foucault, con la denominación “vigilar y castigar”, al contrario, la sanción y la pena nacen desde la relación comunitaria, en donde se le muestra al trasgresor la falta cometida y como puede volver a ser parte de la comunidad, entendiendo que debe ser mediante formas establecidas en la norma del pueblo indígena individualizado. No se aparta al trasgresor , se incluye en su proceso sancionatorio a la familia propia y en el caso que su falta hubiera afectado a alguna familia de la comunidad, estas personas también pueden participar en su “armonización”(Proceso del Pueblo Nasa para resolución de conflictos.)

De igual forma, en las normativas e instrumentos internacionales que se preocupan de la justicia indígena, ya sea el Tratado de la Organización del Trabajo N° 169 y en ordenamientos jurídicos Constitucionales de países de Latinoamérica ,se establecen mecanismos de control social para quienes contravienen la paz social en esos territorios.

La justicia indígena busca reparar el daño causado, evitar una consecuencia mayor y la no repetición efectiva de la conducta inapropiada, Estos elementos que son parte de las legislaciones en cada país , poco o nada se cumplen en la práctica. Cada día más, la reincidencia, la falta de apoyo estatal, el negocio de las cárceles concesionadas, en donde se paga un tributo por cada ser humano encarcelado, hacen que las sanciones y las penas en estos sistemas tradicionales de justicia, sean ineficaces y producto de un negocio mayor, en donde el Estado ha dejado la responsabilidad en manos de privados y conglomerados sin un factor común de reciprocidad con la sociedad.

La penas en la justicia indígena son producto de un desarrollo ancestral de solución de sus conflictos, en que el factor humano es lo principal, la sana convivencia y forma parte del buen vivir de cada comunidad. Este tipo de manejo de los conflictos imponen un buen desarrollo de sus relaciones internas como pueblo organizado, respetuoso de sus autoridades y sus decisiones.

Como en todo país en que el Pluralismo Jurídico esta siendo aplicado, los limites sancionatorios que se aplican en las comunidades a sus trasgresores son el respeto a los Derechos humanos y la protección de los derechos fundamentales escritos en sus

constituciones, que además son protegidos en los diversos instrumentos internacionales ratificados por los Estados.

En términos generales, la finalidad de la sanción en las comunidades originarias siempre consiste en restaurar el equilibrio colectivo e individual que se ha trastocado a raíz del suceso que origino el conflicto. La aplicación de la sanción permite un retorno a la armonía que existía previamente, Asimismo, las sanciones son aplicadas de forma proporcional a la gravedad de los errores sometidos a conocimiento de las autoridades indígenas. Así, la sanción se debe entender por su carácter restaurativo, además de actuar como un mecanismo que busca prevenir faltas al condicionar el comportamiento de los comuneros. El carácter restaurativo de la sanción y en su doble búsqueda de fortalecer el tejido social y mantener el bienestar espiritual, la pena de muerte no es aceptada como practica de justicia, incluso, en el Pueblo Nasa de Colombia, la palabra “justicia” no forma parte del lenguaje ancestral ni su significado occidental. En algunas comunidades indígenas andinas, en el territorio que hoy ocupa Bolivia, el adulterio se sanciona bajo una connotación de carácter físico y espiritual:

“Cuando cometían algún error de adulterio la comunidad le llevaba a lavar al rio desnudo, los lavaban para que se limpie toda la imagen como castigo, los lavaban a las dos personas al hombre le decían este se ha ensuciado que se vaya por el rio o sea lo mandaban al rio y si volvía a cometer el mismo error recién le botaban de la comunidad. Se reunían y lo botaban, pero cuando volvía lavado lo ponían al hielo y esa persona no puede asumir ningún cargo hasta que recapacite y que demuestre su conciencia.”

En la mayor parte de los territorios y naciones en que se aplica algún tipo de justicia indígena dentro de los marcos jurídicos establecidos, la mirada es siempre la misma, en cuanto al paralelo con la justicia tradicional monista que rige en todos los países, siempre la plena vigencia de los derechos fundamentales constitucionales en los territorios indígenas serán los limites al principio de diversidad étnica normativa, en particular con lo que tiene que ver con los derechos humanos como código universal de convivencia y dialogo entre las culturas y presupuesto de la paz, de la justicia, de la libertad y de la prosperidad de todos los pueblos.

6.2 Funcionamiento de justicia indígena en territorios Andinos y su sistema sancionatorio propio[31]

La Provincia de Canas se encuentra localizada al suroeste del departamento del Cusco. Está constituida por ocho distritos: Yanaoca, Checca, Kunturkanqui, Langui, Layo, Pampamarca Quehue, y Tupac Amaru. Cuenta con una población de 45.465 habitantes . El 85 por ciento de la población se encuentra asentada en el sector rural.

La población de esta provincia mantiene una fuerte identidad indígena. El Quechua es el principal idioma en el que se comunican los pobladores. Estas poblaciones descienden de una vieja y ancestral cultura: la nación K'ana, su origen es la cultura Aymara.Es una provincia con una fuerte carga histórica, ya que aquí se gesto la más grande rebelión indígena del periodo colonial, encabezada por José Gabriel Condorcanqui, mas conocido como Tupac Amaru II, esta revuelta esta presente en la memoria colectiva de toda la población de Canas.

La justicia comunal que aplican las comunidades indígenas de Canas para resolver sus conflictos cuenta con una larga trayectoria proveniente de sus usos y costumbres ancestrales. Los pobladores indígenas de la zona han desarrollado estructuras organizativas y mecanismos propios para resolver sus problemas y administrar justicia. La jurisdicción indígena es el territorio de Canas y los limites los establecen ellos mismos mediante la organización comunal que resuelve que casos pueden ser resueltos con su normativa y que casos no.La administración sancionatoria varia de caso a caso y también de comunidad en comunidad, todo en un marco de consulta, respeto y otros factores colectivos que influyen en su particularidad, ya sea de tipo comunal, familiar o personal.

El derecho indígena en estas comunidades cuenta con una pluralidad de fuentes, tanto orales como escritas. Las fuentes escritas son los estatutos comunales, los reglamentos, así como las actas que se registran en los libros de actas comunales. Las fuentes orales son las costumbres, los mitos, la tradición y las creencias. Un organismo importante en la organización indígena son las Rondas campesinas, un comité especializado, con una

---

[31] Condori Chuquiruaz,E.,Mendoza,M.A.,Rivera Alarcon,E.,´´*Normas, procedimientos y sanciones de la justicia indígena en Bolivia Y Perú´´,capitulo II,´´Experiencias de justicia indígena en el Departamento del Cusco, Perú´´,*Comisión Andina de Juristas, Lima CAJ, 2010, Primera edición, octubre 2010

estructura orgánica que se constituyen para cuidar el territorio, los recursos de la comunidad y dar seguridad a los comuneros. Por lo general cada comunidad designa a 6 a 15 Ronderos para que formen parte del Comité Comunal de Rondas. En las comunidades, los criterios utilizados para elegir a un Rondero consisten en que tenga buena conducta, que sea respetuoso con su familia y con sus vecinos, que sea disciplinado, que tenga y aplique valores morales en su conducta, que sea consciente de sus propios actos, que no haya sido procesado por mala conducta, que sea honesto y que tenga clara la importancia del bienestar de la comunidad y de todos los comuneros. El nivel de preparación educativa del postulante a Rondero es fundamental para integrar esa organización, pues los conocimientos ayudan a mejorar la administración de justicia comunal.

Las Rondas cumplen la función de administra justicia en las comunidades campesinas, previniendo e investigando las faltas, errores o simplemente delitos, aplicando las sanciones y haciendo cumplir las decisiones de las Asambleas de las comunidades. Por lo general, su labor consiste, entre tantas otras, en hacer rondas nocturnas en horas de la madrugada, con finalidad de prevenir y solucionar los conflictos que se presenten.

La débil presencia del Estado en la zona ha contribuido a que estos mecanismos de justicia propios se desarrollen y asienten en la población. Las limitaciones para ejercer el derecho a la justicia estatal que encuentran los habitantes de este territorio originan que prefieran resolver sus conflictos en el ámbito interno de sus comunidades de origen y de acuerdo a sus propias normas. Entre las principales limitaciones se encuentra la falta de documentos de identidad nacional, la falta de recursos para viajar a los lugares en donde se encuentran los entes gubernamentales, problemas lingüísticos, pues en muchas zonas centrales no se habla quechua u otro idioma en las reparticiones públicas.

El Derecho indígena aplicado por las comunidades de Canas están construidos en cuatro espacios que le dan sentido para ponerlos en práctica:

- **Reconocimiento y consenso:** Los medios usados para generar una acción o un procedimiento en la justicia indígena, tienen que ser reconocidos y entendidos por todos. Son normas y principios consensuados.

- **Los hechos sociales** : En la identificación de hechos sociales, como logros de la interacción comunal, la justicia indígena genera permanentemente una serie de

códigos y normas sociales de carácter colectivo. Identificando los hechos sociales, se regulan las conductas a través de normas escritas y orales. La trasgresión a esas normas de conducta son objeto de sanción y castigos.

- **El entorno:** La racionalidad utilizada por los pobladores indígenas para resolver sus conflictos, y que conforma su Derecho propio, se construye en el entorno sociocultural y organizativo donde opera.
- **La costumbre:** Los indígenas recurren a sus costumbres para sustentar los procedimientos y normas para administrar justicia. Es una conjunción de las denominadas “historias antiguas”, experiencias que se transmiten de generación en generación, mitos, leyendas y otros.

Para la administración sancionatoria de la justicia en estas comunidades es necesario identificar la denominación que le dan a ciertos actos y hechos de perturbación. La gravedad constituye el factor determinante para categorizar de una manera a los diferentes sucesos considerados como objeto de sanción por parte de las comunidades.

Por un lado, los considerados como “leves” son identificados como “problemas” por parte de los pobladores. En estos casos, los actos objeto de sanción se producen entre integrantes de una comunidad, entre familias y dentro del territorio comunal. Si se trata de un tercero que comete algún hecho dañino en la comunidad, también es considerado como "problema”, pues puede afectar a la comunidad, a un comunero o la familia. En ese sentido, los problemas pueden afectar intereses colectivos, familiares y particulares.

En cambio, si los hechos son considerados e identificados como “fuertes y graves” por parte de los pobladores indígenas, se les denomina “conflictos”. Los conflictos normalmente afectan a mas de dos comunidades, existe gran cantidad de personas involucradas y son de gran envergadura. Estos conflictos requieren de mayor tiempo e información para ser resueltos.

Los denominados “conflictos” por parte de las comunidades constituyen hechos excepcionales y no formas parte de la cotidianeidad de las comunidades, a diferencia de los “problemas”.

Los “problemas” pueden ser de tres tipos: comunales, familiares y personales.

6.3 Problemas que afectan intereses comunales.

Problemas por tierras: El tema de la indefinición de los derechos de propiedad en las comunidades y los procesos inconclusos de titulación de tierras, sigue generando problemas entre comuneros y entre comunidades.

El abigeato: Robo de ganado constituyo un gravísimo problema en los años noventa, hoy en día, pese a haber disminuido en intensidad y frecuencia sigue afectando las precarias economías de la zona. Las Rondas y las autoridades indígenas no han podido erradicar este problema de manera definitiva.

En la década del noventa, el grupo Sendero Luminoso que se asentó en los territorios de Canas, realizo ajusticiamientos para quienes cometían abigeato, les cortaban las cabezas y las colgaban en los caminos, estos hechos amedrentaron a los abigeos que operaban en la zona.

Concesiones de recursos naturales sin consulta previa: Este es un problema que se produce con mucha frecuencia en las comunidades de la parte alta de la provincia de Canas. Las numerosas concesiones mineras, generalmente pequeña minería, que otorga el Estado en esos territorios se ha convertido en un “problema social”

Los problemas se generan en las contrataciones de directivos comunales para que laboren un temporalmente en la actividad extractiva, que genera cierta permisibilidad hacia las empresas mineras, peleas entre comuneros por querer ser contratados por las empresas, contaminación de ríos manantiales y napas subterráneas.

La organización comunal no puede resolver estos problemas, porque, como ellos mismos lo indican, no son competentes para ello. La actividad minera viene afectando la paz y tranquilidad comunal y afectando derechos colectivos sobre el territorio.

Discriminación entre Comuneros: La discriminación se entiende en el contexto comunal, como la dotación de ciertos privilegios por parte de los directivos comunales a determinados comuneros. Un ejemplo de esta conducta es, el uso de tierras comunales de

pastoreo por un tiempo mayor al que tienen derecho todos los comuneros, o la posibilidad de usar tierras que se encuentran en procesos de descanso de cualquier actividad en ellas. Ese privilegio lo obtienen comuneros que tienen ciertas relaciones de poder o tienen mayores recursos al interior de la comunidad. Esto se concibe como actos de discriminación.

6.4 Problemas que afectan intereses familiares

Problemas de alcoholismo: El alcoholismo es un problema social muy grave en las comunidades, que trae consigo una multiplicidad de hechos, actos y situaciones que perturban las relaciones familiares y entre comuneros de otras zonas aledañas. El bajo costo del alcohol que se fabrica de forma artesanal contribuye en gran medida a esta situación.

Las autoridades comunales y Ronderas intervienen efectuando llamadas de atención, o reflexiones colectivas, incluso aplicando sanciones como la expulsión temporal o algunos castigos físicos (latigazos).

Violencia intrafamiliar: La Provincia de Canas es uno de los lugares del país que registra un alto índice de violencia contra la mujer. Las denuncias por maltratos físicos, que se presentan ante las autoridades comunales y Ronderas son muy frecuentes. En la mayoría de los casos, el alcohol es un factor clave que desencadena esta violencia.

Abandono de hogar: El abandono de hogar es un problema que afecta en forma muy frecuente en las familias comuneras y se produce, en la mayoría de los casos, cuando el marido comunero se compromete con una mujer de otra comunidad o incluso de la propia comunidad. Este ultimo hecho genera una “auto expulsión” de su comunidad de origen, con el consiguiente abandono de su familia. En este caso, las autoridades de la comunidad transfieren las posesión de las tierras del comunero jefe de hogar a la esposa abandonada y a sus hijos. Es muy difícil que este comunero retorne a su comunidad de origen con los mismos derechos que tenia antes de abandonar su hogar.

6.5 Problemas que afectan intereses personales

Los problemas que afectan intereses personales de los comuneros o entre comuneros, normalmente se logran resolver satisfactoriamente por parte de las autoridades comunales.

Riñas entre comuneros vecinos: Las riñas consisten en discusiones entre vecinos, que en algunas ocasiones pueden ocasionar algún tipo de agresión leve.

Riñas entre comuneros vecinos por terrenos: Estas riñas suceden por diversas razones, una de las cuales y frecuente, por ejemplo, es cuando el ganado destruyo alguna siembra del vecino. Si se repite con frecuencia, y el comunero no ejecuta ninguna acción o se desentiende, puede ocasionar riñas con lesiones entre los vecinos.

Violaciones sexuales: Los agresores de este tipo de actos, generalmente son ajenos a las comunidades de la zona. Cuando han sido atrapados, los castigos son muy severos. Si el agresor pertenece a la comunidad, es expulsado en forma definitiva de la comunidad.

6.6 Instancias de resolución de problemas

Las instancias comunales y Ronderas ante las cuales los comuneros acuden para resolver los distintos tipos de conflictos que se producen en el territorio comunal, se distinguen a dos criterios:

- Según el problema afecte intereses comunales, familiares o personales.
- Según la complejidad del problema abordado, lo cual puede conllevar que este no se resuelva en una primera instancia, sino que requiera de una segunda y hasta tercera instancia de resolución comunal.

Las instancias comunales que administran justicia en el territorio comunal se encuentran constituidas por: la Asamblea General que es la máxima autoridad interna, la Junta Directiva y el Comité Especializado, denominado Comité de Rondas. Asimismo, la familia (padres, padrinos) constituyen un espacio privado al que se acude como vía preventiva o resolutiva para resolver un problema, antes de ir a las instancias comunales, esto dependerá de la gravedad del caso. Esta instancia es una especie de “consulta previa”.

Por esta razón, intervienen los familiares de “afectos” porque el problema trae consigo la afectación de la tranquilidad al interior de la familia y se debe restablecer el entendimiento entre las partes.

La Central Única de Rondas es la instancia Intercomunal a la que acuden los comuneros cuando los problemas no los puede resolver la instancia comunal. El órgano que resuelve ,los conflictos en esta instancia es el Consejo Directivo de la Central.

Los procedimientos que utiliza la administración de justicia indígena para resolver los distintos tipos de problemas que se presentan en el ámbito común al o intercomunal, son bastantes heterogéneos, no existe un procedimiento único que sirva como referente. Las variaciones siempre van a definirse por el tipo de conflicto y su gravedad. No existe rigidez en los procedimientos, ni tampoco instancias de cumplimiento obligatorio.

Por lo mismo las sanciones no se encuentran estipuladas en los estatutos comunales. Al ser la justicia indígena principalmente de tipo oral, muchas modalidades de sanciones no se encuentran por escrito.

6.7 Tipos principales de sanciones:

- Trabajo Comunal
- Multa pecuniaria
- Llamada de atención al que comete faltas leves
- Trabajo comunal
- Expulsión Temporal de la comunidad
- Expulsión definitiva de la comunidad
- Uso de cadenas al caminar por la comunidad
- Exposición publica de la falta cometidas

La administración de justicia indígena en las Comunidades de Canas, con sus particularidades es una de las principales características del Derecho Indígena mediante la

cual se sancionan conductas que se entienden reprobables y que atentan contra los intereses y la paz comunal, donde el objeto de la sanción, al igual que su contenido y aplicación, es la restitución del equilibrio, la armonía, la reparación del daño causado y el retorno a la tranquilidad comunal.

Es la expresión de lo diverso y lo plural, significa el retorno a la práctica social, es la existencia de hechos sociales y jurídicos materiales y simbólicos que están presentes en la vida de los Indígenas.

CAPITULO VII

7.1 Críticas al Pluralismo Jurídico

La principal crítica al Pluralismo jurídico proviene de la falta de conocimiento sobre el fondo de su concepto. Pluralidad sostiene una forma de dos o mas aspectos , dos o mas puntos de vistas o apreciaciones de tipo social y jurídico sobre algo en particular que repercutirá en la sociedad. Su definición está ligada al reconocimiento de la diversidad de sociedades existentes en un territorio compartido por diferentes y plurales formas de relacionarse entre si y con los otros, además del trato con la naturaleza, la cultura, tradición y costumbres ancestrales.

Una de las principales criticas dentro del contexto indigenista que se realiza al Pluralismo es que se pretende dar autonomía a formas de organización, tradiciones y administración de justicia a grupos que llevan generaciones enteras realizando las mismas prácticas, sin considerar el avance e intercambio que ha existido desde ese primer encuentro entre dos culturas distintas. Del mismo modo se levantan criticas respecto a como las practicas fundamentadas en tradiciones han dificultado y entorpecido el disfrute de derechos en la población, desde las minorías sexuales hasta los derechos de las mujeres. En algunas comunidades indígenas en México (Guerrero), las mujeres tienen casi nula participación política y religiosa, junto con que muchas veces se les prohíbe incluso heredar las tierras de sus padres y deben pagar dote para poder contraer matrimonio bordeando los 12 años.

La Pluralidad Jurídica y su aplicación ha merecido una gran y extensa discusión por operadores jurídicos estatales que ven en las sanciones de la jurisdicción indígena como

el ultimo reducto del sistema de justicia, casi bárbaro, que terminará con las instituciones jurídicas de la cultura Occidental imperante y será un retroceso en la libertad de generar normas por los sistemas legislativos actuales. El avance, sobre todo, en Latinoamérica de las demandas de los pueblos originarios, causa temor y desconfianza en las instituciones y organismos Estatales de la cultura Occidental, y más, si esos intereses de los “Barbaros” llegan a compartir el “Poder”.

CONCLUSIONES

El fenómeno del Pluralismo Jurídico no es nuevo, no es algo que nació desde Latinoamérica o de regiones en que los derechos de los más marginados necesitaban un tipo especial de resolver sus problemas o conflictos. La naturaleza particular que adquiere esta propuesta se encuentra en un contexto, en que los grandes poderes, ya sea Estados, gobiernos, empresas trasnacionales, conglomerados financieros y cada especie en particular de Neoliberalismo , se ve “afectado”. Las formas de Pluralidad tienen orígenes en las edades primarias de sociedades europeas, asiáticas o mal llamadas del “Primer mundo”. En época de las conquistas Romanas, cuando el Imperio azotaba grandes extensiones de territorios con su avance conquistador, se encontraban con poblaciones que tenían sus sistemas normativos, tradicionales de convivencia y desarrollo de su sociedad en particular, y todo eso se mezclaba con las medidas que en esos ámbitos debían imponer los conquistadores, sin dejar de lado , lo propio del lugar, estos ordenamientos se complementaban en armonía, para un mejor escenario político y con ello , manejar los asuntos que se presentaban junto con la Invasión. El derecho Canónico, los Decretos Reales, la producción jurídica era un importante medio para mantener a las sociedades feudales a flote y detener el descontento social emergente. Junto con la llegada de la Revolución Industrial, cuando el comercio mundial se incrementó, al paso de las nuevas conquistas de los nuevos imperios , produjo un explosivo aumento de la movilidad humana , con sus propias formas de relaciones de todo tipo, comerciales, laborales, y en ámbitos tan diversos como la trata y venta de mano de obra , producción acelerada de armamento y desarrollo de todo cuanto pudiera el sistema naciente capitalista necesitar. La economía mundial necesitaba desarrollar mecanismos para resolver los nuevos conflictos que nacían de la mano del desarrollo. Junto con los poderes

políticos y económicos, la falta de una legislación acorde a los cambios veloces en las sociedades y relaciones ralentizaba el comercio y atrasaban las nuevas conquistas, esta vez de mercados y consumidores. Todo comenzó a girar, principalmente alrededor del comercio, del capital, las nuevas formas de relaciones entre nuevas naciones y, por ende, nuevos centros de producción económicas agitaban al sistema burgués para que pudiera incrementar la producción de normas que abarcaran, tanto el comercio europeo y las otras regiones del mundo que se abrían a los mercados en ebullición. Todo este avance económico, trajo a los países nuevos tipos de costumbres y hábitos que contrastaban con las formas habituales de vida , sobre todo en Europa y Asia. El pluralismo Burgués solo le interesaba legislar sobre comercio y relaciones internacionales, y poco o nada sobre derechos fundamentales o leyes de protección laboral.

El pluralismo Jurídico burgués se desarrollo en base a los intereses que las compañías trasnacionales necesitaban para hacer sus negocios y protegerse de las corrientes de pensamiento no materialistas que comenzaban a emerger en Europa. En tanto, en el Nuevo continente, las economías criollas avanzaban de la mano de grandes capitales europeos, principalmente de Inglaterra y Alemania, quienes proveían de los suministros necesarios , tanto de formación académica legal como de educación financiera a las Elites que emergían de oleadas de migrantes Europeos.

El Derecho Estatal homogeneizo a las nuevas republicas, los usos y costumbres de los primeros habitantes originarios fueron relegadas a formas folclóricas de manifestación y pasaron a ser solo un recuerdo que había que evitar. Los despojos de tierras, aparte del exterminio de sus poblaciones en el mal llamado “Descubrimiento de América, siguieron su avance con los ejércitos de los Estados oligárquicos que comandaban en la región. En Chile y Argentina , las Campañas del Desierto (Argentina) y la “Pacificación de la Araucanía”(Chile), vinieron a suprimir aún más los derechos de los indígenas que resistían al paso de los ejércitos.

Ya en el siglo XX, el Pluralismo encontró una nueva fuerza para impulsar la recuperación de sus usos y costumbres normativas de los despojados de siempre. En la década de los 90” las movilizaciones indígenas y campesinas promovieron que, en países de alta concentración de población indígena, el tema de la diversidad cultural y humana se reflejara en un nuevo paradigma para relacionarse jurídicamente y a la vez,

recobrara la herencia de sus ancestros y antepasados que habían sido marginados de las historias oficiales de las Repúblicas.

El pluralismo jurídico, que no era nuevo en la región, solo contemplaba referencias al tipo de relaciones económicas, en donde hubiera conflicto entre el capital e inversionistas, Los pueblos indígenas le dieron el carácter social y diverso que debe mantener a una nación en armonía con sus habitantes que provienen de distintas culturas y tradiciones, y que, en el caso de las naciones indígenas, fueron aniquilados y derrotados , tanto humanamente, política y económicamente.

El pluralismo Jurídico no se trata solo de normar conductas o resolver conflictos, es mas que eso, es mantener viva la cultura, las costumbres , las tradiciones y los aportes que pueden entregan los pueblos originarios con su sabiduría ancestral, sobre muchos temas, tanto jurídicos, culturales, ambientales, medicinales, de respeto por la naturaleza y el buen vivir.

No pretende el Pluralismo Jurídico acabar con las formas Estatales de producción jurídica o con los ordenamientos jurídicos establecidos por siglos, sino que , como dice el profesor brasileño Carlos Wolkmer en sus diversos trabajos sobre el tema, se refiere así:

"El pluralismo jurídico es una multiplicidad de manifestaciones o practicas normativas en un mismo espacio sociopolítico, accionadas por conflictos o consensos , pudiendo ser o no oficiales y teniendo su razón de ser en las necesidades existenciales, materiales y culturales".

El nuevo Pluralismo Jurídico debe ser emancipador, anticolonial y también político, adaptado a las nuevas contingencias históricas periféricas como es la Latinoamericana, dominada por una tradición centralizadora , autoritaria y dependiente.

Esta reivindicación para la existencia de un Pluralismo Jurídico es originada por las contradicciones producidas entre lo que promete el Derecho objetivo del Estado y lo que es posible por las condiciones objetivas.

Para finalizar, el Pluralismo Jurídico está renaciendo desde Latinoamérica como un referente para alcanzar una mejor convivencia, una mejor armonía, un mejor equilibrio, que emerge desde la tierra y se eleva hacia nosotros.