

Derecho indígena

¿Reconocimiento de una deuda histórica o invención de una nueva justicia?

El pluralismo jurídico ha sido uno de los temas más controvertidos en el debate constitucional. Para unos, es garantía de paz, equidad y democracia; para otros, implica instaurar privilegios en la aplicación de la ley.

Nancy Yáñez Fuenzalida

Abogada

“La obligación de los Estados de reconocer los sistemas judiciales indígenas surge en el seno del derecho internacional de los derechos humanos”

1. ¿Es partidaria de que el Estado reconozca los sistemas jurisdiccionales de los pueblos indígenas? ¿Deberían coexistir en coordinación en un plano de igualdad con el Sistema Nacional de Justicia?

La obligación de los Estados de reconocer los sistemas judiciales indígenas surge en el seno del derecho internacional de los derechos humanos. Está regulada en los tratados y declaraciones internacionales ratificados por Chile, específicamente aquellos que tienen la calidad de tratados vinculantes para el Estado de Chile, como es el Convenio 169. Por otra parte, este se pone en la hipótesis de que se aplique la legislación nacional a los pueblos indígenas, en cuyo caso insta a las instituciones estatales a tomar debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario (artículo 8, numeral 1). No cabe duda que de la aplicación de esta normativa pueden surgir conflictos, las tensiones se generan precisamente por la convergencia de distintos sistemas normativos, en cuyo caso es necesario establecer procedimientos adecuados para su resolución por medio de una ley de coordinación de competencias y/o de deslindes de jurisdicción (artículo 8 numeral 3).



Los derechos humanos han coadyuvado al reconocimiento del pluralismo jurídico en América Latina, pero en este proceso de “constitucionalización” del pluralismo jurídico, comienzan a derribarse las concepciones del Estado y del monismo jurídico que han imperado en la historia republicana de todos los países del continente. En Chile, en cambio, el debate constitucional ha rezagado el reconocimiento de derechos indígenas y, consecuentemente, la consagración del pluralismo jurídico, de modo que el proceso constituyente en curso provee una oportunidad al Estado de Chile para ponernos al día en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales.

2. ¿Aplicar el derecho consuetudinario podría implicar que personas ajenas a etnias o comunidades indígenas deban someterse a reglas propias de dichas comunidades?

Ello dependerá del diseño constitucional y/o legal. Ahí se puede establecer la competencia de las jurisdicciones indígenas

en relación a su ámbito territorial, caso en el cual se aplicaría a personas indígenas y no indígenas. Otra forma es definir la competencia en relación a la pertenencia étnica, esto es personal, por materia y por territorio, tal y como lo hace la Constitución de Bolivia, que opta por la convergencia de las tres variables. A efectos de garantizar el cumplimiento de las decisiones jurisdiccionales indígenas, el artículo 192 impone a las autoridades públicas y a toda persona la obligación de acatar las decisiones que se adopten, pudiendo solicitar el apoyo de los órganos competentes del Estado.

3. ¿Cuáles son los límites del derecho indígena, debe excluirse la

materia penal del ámbito de su jurisdicción, o bien es algo que le compete? En opinión de algunos, que no pudiera conocer causas penales sería una violación a los derechos humanos.

En lo que respecta a la administración de justicia indígena en el ámbito penal, el Convenio 169 dispone que, en la medida que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos indígenas recurren tradicionalmente para la represión de delitos cometidos por sus miembros, y que en las cuestiones penales que involucren a personas de origen indígena deberán considerar las características económicas, sociales y culturales de éstos (artículo 9).

Los derechos fundamentales y los derechos humanos operan como límite para ejercer las jurisdicciones indígenas en el ámbito penal. De igual modo hay limitaciones para la justicia ordinaria (artículo 10.2), señalando que deberá darse preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento, con el objeto de evitar efectos más graves derivados de la privación de libertad respecto de las personas indígenas en razón de consideraciones de orden cultural. Asimismo, se deberá prohibir y sancionar la imposición a miembros de los pueblos interesados de servicios personales obligatorios de cualquier índole, remunerados o no, excepto en los casos previstos por la ley para todos los ciudadanos, artículo 11.

La garantía de acceso a la justicia está establecida en el artículo 12, y se expresa en la obligación del Estado de proveer protección a los pueblos indígenas y sus miembros contra la violación de sus derechos, y poder iniciar procedimientos legales, para asegurar el respeto efectivo de tales derechos.

Conforme a esta normativa el ejercicio de la jurisdicción indígena es una garantía de acceso a la justicia respecto de los integrantes de pueblos indígenas, debe ser fortalecida y respetada por el Estado y la sociedad en su conjunto en la medida que respete los derechos fundamentales y los derechos humanos internacionalmente reconocidos. No existe otra razón legítima en una sociedad democrática para impedir su ejercicio.

4. ¿El pluralismo jurídico viola el derecho de igualdad ante la ley? ¿Implicaría la introducción de un sistema normativo discriminatorio o generador de privilegios?



Cuando en una misma comunidad política convergen diferentes culturas, las que a su vez están interrelacionadas y son interdependientes, es necesario identificar cuáles son los mecanismos jurídicos y políticos más idóneos para el diálogo intercultural. De esta forma, es necesario generar marcos institucionales que garanticen el respeto a las diferencias de todas las nacionalidades, garantizar la preservación de sus respectivos proyectos civilizatorios y de sus sistemas jurídicos. En estos contextos, la plurinacionalidad como modelo de Estado y el pluralismo jurídico resultan ser cuestiones fundamentales para garantizar la subsistencia de estos pueblos preexistentes y para proveer de legitimidad al Estado que se gesta en estas realidades multiculturales/plurinacionales. Ello solo es posible en un marco de maximización de las autonomías indígenas, a efectos de proveer condiciones de igualdad para los pueblos que han sido históricamente marginados y asimilados culturalmente por la sociedad hegemónica.

Sebastián Donoso Rodríguez

Abogado

“En los pueblos indígenas no existe en la actualidad algo que podamos llamar propiamente ‘sistemas jurisdiccionales’ o ‘sistemas jurídicos’”

1. ¿Es partidario de que el Estado reconozca los sistemas jurisdiccionales de los pueblos indígenas? ¿Deberían coexistir en coordinación en un plano de igualdad con el Sistema Nacional de Justicia?

Mi entendimiento es que en los pueblos indígenas no existe en la actualidad algo que podamos llamar propiamente “sistemas jurisdiccionales” o “sistemas jurídicos”. Primero porque, salvo situaciones muy excepcionales, no existe hoy una administración de justicia por parte de las autoridades de los pueblos indígenas, sean estas tradicionales o funcionales. Ejemplo de lo anterior es que el senador Francisco Huenchumilla, una persona conocedora de la cultura mapuche y por tanto calificada para hablar de ella, afirmó recientemente en una entrevista que nunca han existido tribunales en la sociedad mapuche. Tampoco existen propiamente

“sistemas jurídicos” de los pueblos indígenas si entendemos estos como sistemas de normas jurídicas que incluyan procedimientos y órganos jurisdiccionales que permitan imponer esas normas. Por lo mismo, lo que tiene sentido y se ajusta a la realidad es que el Estado reconozca como fuente de derecho a la costumbre o derecho consuetudinario de los pueblos indígenas en los ámbitos en que aquel existe, siempre que sea compatible con los derechos consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales de los que Chile es parte. Eso es muy distinto que reconocer los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas y el ejercicio de jurisdicción, y ciertamente que aquellos sean reconocidos en un plano de igualdad con el Sistema Nacional de Justicia. De hecho, si la aplicación del derecho consuetudinario de los pueblos indígenas reconoce como límite el respeto a los derechos humanos, entonces el órgano superior de administración de justicia que debe velar por ese respeto no puede estar en un plano de igualdad con las autoridades de los pueblos indígenas que administren justicia. Creo que, en esta materia y otras, la Convención Constitucional no ha tenido a la vista el principio básico de primacía de la realidad. Dicho de otra forma, si el senador Huenchumilla tiene razón, la norma aprobada por el pleno de la Convención Constitucional tiene un claro déficit en su sustento antropológico.

2. ¿Aplicar el derecho consuetudinario podría implicar que personas ajenas a etnias o comunidades indígenas deban someterse a reglas propias de dichas comunidades?

Como regla general, el derecho consuetudinario debiera aplicarse como fuente de derecho solo en los juicios entre personas indígenas pertenecientes a un mismo pueblo. Aunque las normas aprobadas por el pleno de la Convención Constitucional nada dicen sobre esto, se trata de un principio básico que surge de la naturaleza misma del derecho consuetudinario. Excepcionalmente, hay ciertos casos en que el derecho consuetudinario debe ser considerado, junto con las reglas generales, en los juicios entre personas indígenas y no indígenas, como ocurre hoy en los juicios relacionados con tierras indígenas, en que además existe un procedimiento especial, tal como ya está establecido en la Ley N°19.253 de 1993 o “Ley Indígena”. Pero se trata de una regla especialísima que tiene justificación dado el contexto histórico-jurídico de los conflictos sobre tierras en nuestro país.

3. ¿Cuáles son los límites del derecho indígena, debe excluirse la materia penal del ámbito de su jurisdicción, o bien es algo que le compete? En opinión de algunos, que no pudiera conocer causas penales sería una violación a los derechos humanos.

No hay razones para excluir ex ante materia alguna del ámbito de aplicación del derecho consuetudinario indígena y por

tanto de la consideración de este último en la administración de justicia. Ciertamente el ámbito penal no es la excepción a lo anterior. De hecho, hay normas expresas tanto en el derecho internacional como en el derecho doméstico que obligan a considerar la costumbre o derecho consuetudinario indígena en materia penal, como los artículos 8 a 10 del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y el artículo 54 de la Ley Indígena. Esto se extiende incluso al reconocimiento de los métodos a los que recurren tradicionalmente los pueblos indígenas para la represión de los delitos cometidos por sus miembros, obviamente en la medida que esos métodos existan y se encuentren vigentes en la actualidad. Dicho lo anterior, es preciso reconocer que la aplicación del derecho consuetudinario de los pueblos indígenas en materia penal plantea cuestiones que son muy complejas, ejemplo de lo cual es que la costumbre mapuche permite la autotutela, lo que pugna visceralmente con principios que son fundamentales en el derecho en general y muy especialmente en el derecho penal.

4. ¿El pluralismo jurídico viola el derecho de igualdad ante la ley? ¿Implicaría la introducción de un sistema normativo discriminatorio o generador de privilegios?

Más allá de una discusión teórica sobre el fundamento y alcances del pluralismo jurídico como doctrina, me parece que lo relevante es que la aplicación del derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe respetar los derechos humanos consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales, entre los cuales ciertamente está la igualdad ante la ley y la garantía de no discriminación. Eso incluye el respeto de principios básicos como los que están en la base del derecho penal, como por ejemplo el que ninguna persona puede ser juzgada por un tribunal que no esté establecido con anterioridad a la comisión del delito. Adicionalmente, para garantizar lo anterior me parece muy importante que las decisiones de las autoridades de los pueblos indígenas al ejercer jurisdicción, si es que se aprueba la nueva Constitución, puedan ser revisadas por la Corte Suprema. Dicho sea de paso, lo anterior demuestra que los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas no pueden coexistir “en un plano de igualdad”, pues precisamente debe existir un órgano jerárquicamente superior que vele por que las decisiones de las jurisdicciones indígenas no sean contrarias a los derechos humanos. En esto, podría decirse que las normas aprobadas por el pleno de la Convención Constitucional incurren en una contradicción, porque por un lado se establece que los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas coexisten en un plano de igualdad con el Sistema Nacional de Justicia, y por otro se entrega a la Corte Suprema la potestad de conocer y resolver las impugnaciones deducidas en contra de las decisiones de las jurisdicciones indígenas. 🏠