

LOS DERECHOS DE LOS INDÍGENAS Y EL NUEVO SISTEMA PROCESAL PENAL

Publicado en: *Revista de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Temuco Chile*, Nº 2 (2001).

Rodrigo Lillo Vera, rlillo@ufro.cl ^[1].

Abogado, profesor de la escuela de derecho de la Universidad Católica de Temuco, Chile.

1. Introducción.

Durante el último año hemos asistido al inicio de la implementación de la que se ha calificado como la reforma jurídica más importante del siglo XX; se trata de la modificación del sistema de enjuiciamiento penal, vigente entre nosotros por cien años aproximadamente. Pero, el tránsito de un sistema inquisitivo y secreto a uno acusatorio, contradictorio y público, está atiborrado de dificultades que no acabamos de sospechar.

La reforma además, se planteó instaurar –a diferencia de otros países- de una manera plena, pero en etapas establecidas por un criterio territorial administrativo. De esta manera la Cuarta y Novena regiones, han iniciado este camino en Diciembre de 2000.

El contexto de la reforma coincide en tiempo y espacio, con la demanda que, durante estos últimos cinco años (Naguil, 1999.), se ha hecho sentir con más fuerza por parte del movimiento indígena en Chile. Tal demanda, dice relación con el reconocimiento y respeto de sus derechos humanos en tanto pueblos. Este contexto ha dado lugar a una polémica en cuanto a la posición de los indígenas en la reforma, su aceptación, su conveniencia, su incumbencia.

La contingencia ha permitido que se desaten una serie de conflictos que tienen que ver con ambas cuestiones, pero no necesariamente todos estos conflictos tienen que ver con las dos temáticas. Demostración de esta situación, son los reclamos que dirigentes y líderes indígenas plantean en contra de la nueva institucionalidad penal del Estado, especialmente los fiscales del Ministerio Público. De otra parte, se esgrimen argumentos fundados en la igualdad ante la ley, como es el caso de la editorial del Diario Austral de Temuco ^[2] de Martes 31 de Julio de 2001. Esta línea de argumentación expone que “las disposiciones de la Reforma Procesal Penal deben ser aplicadas, en la misma forma, imparcialmente, en toda su amplitud y por igual, a todos los ciudadanos chilenos” (Diario Austral de Temuco, de 31 de Julio, disponible en internet, www.emol.com), fustiga a quienes sostienen que estas normas legales se han ejercido sólo en contra de mapuche, lo cual implicaría que si el Estado renuncia a aplicar algún sistema judicial, estaría también “abdicando de su soberanía” (Diario Austral, op. cit.). Se rechaza la pretensión de que este sistema estaría provocando un distanciamiento entre la Justicia y el Pueblo Mapuche ^[3], que los derechos de los indígenas se encuentran suficientemente garantizados en el sistema, incluso para mayor facilidad, la ley considera un juicio oral en lengua mapuche o con su traducción.

Lo cierto es que en esta controversia se encuentran vinculados distintos puntos de vista, sobre distintos problemas; lo cual es necesario despejar de manera previa, bajo el peligro de no poder aclarar ninguno de ellos.

Al parecer, existe *en un primer sentido*, un cuestionamiento acerca de la participación de los mapuche (y otros Pueblos Indígenas) en la elaboración de la nueva legislación. *En un segundo sentido* se ha cuestionado (y defendido por otros) el funcionamiento de la institucionalidad penal, de cara a la condición diversa de nuestra sociedad; es decir, el cómo se aplica (o debiera aplicarse) la reforma en una sociedad formada por un verdadero crisol de culturas, clases, etnias, credos religiosos y políticos. En una palabra, si los nuevos fiscales, jueces y defensores dan cumplimiento al viejo principio de la no discriminación o igualdad ante la ley. *En un tercer sentido*, parece aunque de manera confusa, esbozarse otra discusión que tiene que ver con la facultad punitiva y jurisdiccional del Estado, en cuanto a que no se estaría respetando un sistema de represión de “ilícitos”, propio de “lo mapuche”, versus la integridad del Estado y la soberanía.

Sobre la primera dimensión de esta controversia nos referiremos más adelante de manera tangencial, en el entendido que la elaboración legal de la reforma no es ni con mucho la primera oportunidad en que el Estado chileno impone normas jurídicas a los mapuche. A partir de la ocupación militar a fines del siglo XIX (que se realiza paralelamente en Chile y Argentina), se impone a los mapuche –por la fuerza- un sistema jurídico ajeno. Posteriormente, y como minoría nacional empobrecida, los mapuche pasarán a formar parte marginal de la sociedad en los nacientes Estados naciones de Chile y Argentina, con los consecuentes efectos.

No es mi intención hacerme cargo del segundo problema por ahora, ya que actualmente no aparecen suficientes datos como para reflexionar en torno a ello, aunque existen ciertos indicios que tienen que ver con su relación a su vez con el tercer problema, y es el peligro de que ante la incapacidad del sistema de asumir el tercer problema/desafío, el Ministerio Público actúe a manera de colchón, como respuesta “sorda” ante las demandas políticas de los mapuche, en tanto nación. En todo caso, parece prudente esperar –en este aspecto- un ciclo para hacer una primera evaluación del sistema penal actual.

Nos interesa en cambio, abordar la discusión -nueva entre nosotros- acerca de la reivindicación de una justicia propia versus las “salidas” que otorga este nuevo procedimiento penal a la consideración étnica. Un debate más aparente que real, que parece llevarnos al olvido de otros temas más sustantivos como el de la reforma jurídica pendiente, que incorpora los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Razón, esta última que justifica en todo caso, hacerse cargo de esta disputa virtual.

2. Derecho actual. Crisis y Cambio.

Actualmente, el derecho transita –como siempre- por un período de cambios estructurales; en sus expresiones y en su concepción. Por una parte, la integración mundial ha provocado una crisis del Estado nacional “que se manifiesta en el cambio de lugares de la soberanía, en la alteración del sistema de fuentes y, por consiguiente, en un debilitamiento del constitucionalismo” (Ferrajoli, 1992: 8). La producción del derecho no corresponde ya a las fuentes tradicionales internas, y cada vez más las normas parecen generarse desde un complejo sistema, que no es posible controlar desde el Estado.

Asimismo, la concepción del Estado de derecho, ha dejado de ser ya una concepción “formal”, de acuerdo a las explicaciones acerca del derecho propias del positivismo jurídico (de Kelsen a Hart), en cuanto a que la validez de las normas se deriva de su sujeción al procedimiento de producción de normas. Se postula en cambio, una doble sujeción del derecho, no sólo formal, sino también sustancial^[4].

En otro durante las últimas décadas se puede apreciar una modificación en cuanto a la percepción del derecho, en cuanto al papel que el Estado debe jugar en su configuración. Mientras, durante las décadas del 50' y 60', las “políticas de desarrollo de muchos países se orientaban a un concepto de modernidad que implicaba la abolición y represión total de otros sistemas de derecho y autoridad que los estatales” (Hoekema, 1998: 263). En esta perspectiva se concebía al Estado como un “estado liberal, unitario y monocultural, basado en el principio de derechos iguales para individuos iguales” (Sierra, 1995: 244, citado por Hoekema, op. cit. : 263). Para Hoekema en cambio, actualmente la modernidad se entiende en un sentido que no se avanza sin el reconocimiento de un genuino aporte de la sociedad civil, “la modernidad da de hoy reclama un pluralismo jurídico no sólo de hecho sino oficialmente reconocido” (Hoekema, op. cit.: 265). Esto se debe -siempre siguiendo al antropólogo del derecho de Amsterdam- a tres razones fundamentales: el fracaso de las políticas centralistas del Estado; reconocimiento de la necesidad de una política participativa (especialmente en el ámbito del manejo de los recursos naturales) y “toma de conciencia indígena de su posición de marginación y la lucha por el territorio y la dignidad” (Hoekema, op. cit.: 265).

Estas transformaciones se han traducido en nuestro continente en una serie de modificaciones de los ordenamientos jurídicos, sobre todo, a partir de las transiciones desde gobiernos militares y/o autocráticos a gobiernos civiles que de manera más o menos continua se han desarrollado en las últimas décadas. En este contexto de apertura de fronteras (no sólo al mercado), es que se han formulado en América Latina diversas reformas, entre las que se encuentran la reforma procesal penal y la reforma de los Estados en torno a la consideración de la multiétnicidad, que se articulan en torno a una serie de factores e ideas fuerza que las sostienen (muchas veces no explicitadas); razón por la cual no siempre resulta sencillo explicar cuales son las intenciones y los agentes que se encuentran detrás, lo que redundo en discusiones que cuestionan los sistemas, y a la vez enriquecen el ejercicio democrático.

Muchas veces estas reformas se gatillan o concretan gracias a fenómenos exógenos, ocurridos fuera de los límites o fronteras estatales, sin que por ello sea sostenible que afectan la soberanía del Estado Nación. La globalización en este sentido, debe entenderse no sólo en su ámbito económico, como liberalización de los mercados o “mundialización de la economía” y revolución tecnológica, sino también como un proceso social y cultural; en que por una parte se “desterritorializa” la cultura y la identidad, y por otra el Estado nación pierde su condición de referente en este sentido y surge la necesidad de diferenciación (Bascuñan y Durston, 1999). En este contexto además, economía y democracia son nociones dependientes de tal manera que para que un país sea (o se sienta) integrado a la economía mundial o regional (lo que no es contradictorio), no es suficiente la apertura de los mercados y la liberalización en la circulación de capitales, sino que será necesario el compartir ciertas regulaciones relativas a “las relaciones laborales, a las formas de organizar los procesos productivos, a los impactos ambientales, etc.” (Bascuñan y Durston, op. cit.: 185)

De esta manera uno podría sostener que la reforma procesal en Chile, como en el resto de Latinoamérica, responden a las transformaciones que en el ámbito de las *reformas de segunda generación* se han venido dando, en el marco del *Consenso de Washington*, como una forma de uniformar los sistemas judiciales, lo que le da una garantía a los inversionistas, en un cuadro de mundialización de la economía. Así se explica el hecho que las reformas judiciales se encaminan por dos vertientes, como indica Cooper (Cooper, 2001); por un lado, lo referido a la mejora del derecho al acceso a la justicia, por otro “con la reforma legal, redacción de nuevos modelos de Códigos criminales, civiles y administrativos para su promulgación e implementación en una economía de libre mercado en desarrollo” (Cooper, 2001: 91).

Pero no es posible observar esta transformación fundamental del derecho, sólo desde esta perspectiva. Existen al menos, otras dos dimensiones desde las cuales es posible analizar estas reformas.

Sin duda que esta innovación, se encuentra atravesada por las ideas del derecho penal moderno, en el sentido de limitar el poder absoluto del Estado. Otros, en cambio^[5], enmarcan esta reforma en una búsqueda de eficiencia en la represión de los delitos, como deber del Estado^[6]. Este debate, no sólo dilató por casi una década la cristalización de la reforma, sino que además ha dado lugar a una institucionalidad penal que se debate entre estos dos paradigmas.

En esta reforma, por cierto, nuestro país no ha sido –por cierto- pionero; pese a las autocomplacientes y múltiples invocaciones a la modernidad y liderazgo de nuestra pequeña y aislada franja de tierra. Chile, ha sido uno de los últimos países del continente latinoamericano en abandonar el modelo procesal penal español, que a su vez reconoce su inspiración en la inquisición.

Los indígenas por otra parte, han sido parte de la “clientela” del sistema punitivo del Estado, por formar parte de los grupos marginados y discriminados en la sociedad. En esta perspectiva, la reforma podría hacer luces acerca de su situación dentro del complejo cuadro social de las actuales sociedades latinoamericanas.

Siempre en un contexto de derechos humanos, pero en otro discurso; los indígenas a partir de la década del 70’ (Assies, 2000, “la situación de los derechos humanos...”; Sánchez, 1998; Aylwin, 1999; Yrigoyen, 2000) han cuestionado el sistema internacional de protección, fundado en nociones de asimilación e integración, y han exigido un reconocimiento de sus derechos colectivos, fundados en su condición de pueblos. Esto ha provocado en seno del sistema político internacional que se instale la discusión acerca de la titularidad de los pueblos indígenas del humano derecho a la autodeterminación, que en 1966 Naciones Unidas (NU) proclamó como un derecho básico de todos los pueblos.

Sin que hasta ahora se haya zanjado el tema de la autodeterminación, los indígenas han obtenido relevantes avances en este sentido, que van desde el reconocimiento de Espacios Territoriales Indígenas en Colombia y la propiedad de las tierras comunitarias en Brasil, hasta el reconocimiento de las organizaciones tradicionales indígenas en la Constitución de Nicaragua. La década 1994-2004 fue designada por Naciones Unidas (NU) como la década de los Pueblos Indígenas.

Esto ha traído como consecuencia la incorporación de múltiples normas en los ordenamientos internos de los países latinoamericanos; las que han dado pie a verdaderas reformas de los Estados, para pasar de un modelo monocultural, a uno multicultural (Lillo, 2001).

Chile no ha participado de ésta verdadera “década por los cambios”, que se inaugura con la ratificación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) por México en el 90’, y se clausura con la reforma constitucional de Venezuela en el 99’ (Lillo, 2001).

Fuera de tener en común el hecho de que Chile no ha tenido el liderazgo en ninguna de estas reformas, ellas plantean una serie de cuestionamientos y desafíos con la capacidad de nuestro sistema jurídico por hacerse cargo de las transformaciones que estos cambios sólo insinúan, y de asumir una discusión desde la *validez sustantiva* del derecho. No obstante, existen quienes desconfían de estas reformas, ya que consideran que aquellas nacen con un objetivo bastante distinto, y que tiene que ver más con los cambios económicos acaecidos en las últimas décadas y no, con la vigencia de derechos. Pero este es un tema que –no estoy seguro- valga la pena discutir, sino que sólo cabe tomar posiciones.

Es necesario hacer algunas precisiones en torno a la discusión sobre la centraré este artículo (que parecieran ser dos discusiones). Ambas reformas, constituyen avances en la perspectiva de establecer sistemas jurídicos pluralistas y democráticos, que aseguren la vigencia efectiva de los derechos. No obstante pareciera ser, que en ambos casos se intenta resolver distintos desafíos del derecho; utilizando por lo mismo, diferentes instrumentos jurídicos. En el caso de la reforma penal, se trata del fortalecimiento del catálogo de derechos individuales que los ciudadanos pueden oponer en contra de la facultad del Estado para sancionar las contravenciones. Mientras que en el caso de los derechos de los indígenas, se intenta implementar la vigencia de unos derechos colectivos que son ejercidos por un grupo de personas, que por compartir ciertas características comunes, y –por sobre todo- sentirse identificados como pertenecientes a dicho grupo, distinto de otras identidades culturales o nacionalidades, reclaman el derecho de decidir sobre la suerte de ellos mismos.

Mientras que en el caso del sistema penal, por la reforma se intenta “desarmar” el entramado punitivo del Estado, en nombre de los derechos humanos; en el segundo caso, se trata de desmoronar la falsa identificación del Estado con la Nación. Sin embargo hay dos cuestiones que la reforma procesal no está llamada a resolver: las demandas de las minorías nacionales o pueblos, ni la mezquina concepción que hemos desarrollado acerca de lo que entendemos por derecho y “lo jurídico”.

En efecto, nuestros sistemas de justicia se caracterizan por poseer formas más verticales, “que involucran un procedimiento en tribunales que es de naturaleza jerárquica” (Cooper, op., cit.: 92); que se han demostrado incapaces a la hora de resolver una serie de conflictos sociales. Se hace necesario incursionar en estrategias que permitan reconocer y diseñar “mecanismos de solución de los problemas más eficientes” (Cooper, op.cit.: 91).

3. La facultad punitiva del Estado y los derechos humanos.

Si bien la discusión pública en torno a la transformación de nuestro sistema de enjuiciamiento en materia penal, ha estado marcado por la exaltación de los grados de eficacia que este pudiera presentar en el ámbito de la represión de los delitos por parte del Estado, y por ende la disminución de la criminalidad; parece ser que en realidad lo que marca la diferencia sustancial y cualitativa del nuevo sistema procesal, con el vigente desde 1906, es la relevancia de las garantías procesales como marco legitimante de la imputación penal. En efecto, uno de los desafíos de esta reforma legal y constitucional, es la posibilidad de dar sentido y vigencia al mandato constitucional del racional y justo procedimiento, hasta ahora incumplido (Carocca, 2000:49). Como afirma Bustos (1994) "la evolución del Derecho Penal así concebido es, antes que nada y en primer lugar la profundización de los principios garantistas, sin ellos no es concebible el Derecho Penal" (Bustos, 1994: 185).

La importancia de las garantías procesales y del respeto a los derechos fundamentales en el ámbito del sistema penal (y en general de la acción del Estado) lo constituye el hecho de ser aquellos, límites de este (Carocca, 2000). En el análisis contemporáneo del sistema penal, entendido como un complejo de agentes, ideologías, instituciones y normas que actúan en tres etapas diversas –normativa, sistema judicial y funcionamiento de las policías, y ejecución de la pena –, se ha cuestionado su actuación y resultados de manera profunda, tanto desde algunas vertientes del pensamiento marxista [7]; por la criminología crítica; el interaccionismo simbólico (Zaffaroni, 1990: 36); como desde el abolicionismo de los ochenta; y por el paradigma de la dependencia en el área de las Ciencias Sociales, según la cual no es posible explicar nuestras formas y discursos del control social marginales, desde la perspectiva central (Zaffaroni, op. cit.:50). Entre otras razones, se ha criticado el sistema penal por cuanto es criminógeno, ya que tiende provocar lo que intenta eliminar (criminalidad); que escoge a su "clientela" entre aquellos que se encuentran desprovistos o alejados del poder, porque provoca más violencia de la que intenta evitar, además de concentración de poder, la verticalización social, la destrucción de relaciones horizontales o comunitarias, etc. (Zaffaroni, 1990).

En este contexto han surgido posturas, que aunque deslegitimantes, se plantean la posibilidad de una salida de esta crisis. Esta vertiente, que se ha tendido a denominar *minimalista*, sostiene la necesidad de levantar como alternativa un derecho penal de garantías; en el entendido que la legitimidad del enjuiciamiento y privación de derechos que el Estado ejecuta como parte de su potestad punitiva, se basa en que ésta se realice con sujeción a los principios de la doctrina de los derechos humanos y a los mecanismos jurídicos elaborados en torno a ella. De tal manera que "la principal tarea de un Estado democrático, y su diferenciación con otras formas de Estado, reside en la constante revisión hasta sus bases mismas de ésta función" (Bustos, 1987:87).

En este sentido, y limitándose al ámbito judicial del sistema, una facultad punitiva del Estado será legítima cuando en el ejercicio de la función jurisdiccional penal se realice con sujeción a los derechos y garantías fundamentales, lo que abarca -por cierto-, algo más que el debido proceso.

4. Las garantías procesales y el juicio oral.

Este principio de validez sustantivo es recogido en el nuevo sistema procesal penal, no sólo en el discurso público desarrollado durante el proceso de transformación legal del sistema, sino que es reconocido como su verdadera justificación. Desde luego, el artículo 1° del Código de Procedimiento Penal (en adelante el Código), dispone que "*Ninguna persona podrá ser condenada o penada, ni sometida a una de las medidas de seguridad establecidas en este Código, sino en virtud de una sentencia fundada, dictada por un tribunal imparcial*". Que además "*tiene derecho a un juicio previo, oral y público, desarrollado en conformidad con las normas de este cuerpo legal*".

Como garantía de este principio el artículo 276 inciso 3° asegura que "*... el juez excluirá las pruebas que provienen de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquéllas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías de garantías fundamentales*".

El control del cumplimiento de esta garantía se entrega al Tribunal, quien puede actuar de oficio, y a las partes, que pueden ejercitar la acción de nulidad contemplada en el artículo 373 letra a.

Ahora bien, tenemos un nuevo sistema de enjuiciamiento en lo penal, que pretende entender que el procedimiento no es sólo una forma de optimizar los recursos del Estado, sino que constituye límite de éste y estándar de legitimidad del mismo, en tanto respeta los derechos humanos y fundamentales.

Pero, ¿cuáles son aquellos derechos que el procedimiento penal debe respetar y cumplir para pasar el test de legitimidad?.

En el derecho internacional y comparado, tanto como en la doctrina se han elaborado algunos catálogos de garantías que constituyen el límite mínimo que debe cumplir un sistema procesal. Estándar que hasta aquí se ha incumplido en forma flagrante entre nosotros, con increíble pasividad de nuestros juristas (Carocca, 1997). No es de extrañar que el contenido de estos catálogos hayan sido desarrollados mayoritariamente por la jurisprudencia del *comon law* (Carocca, 2000: 44).

En efecto, por una parte la Constitución política chilena, recoge sólo algunos de estos derechos, con algunas omisiones importantes como el principio de *presunción de inocencia* (Carocca, 2000:44); por otra, el procedimiento que se abandona, cometía vulneraciones flagrantes a estos estándares internacionalmente aceptados, como la imposibilidad de tener una verdadera defensa en materia penal. La práctica de los tribunales muchas veces no constituyó un remedio para esta ausencia legal de garantías.

En todo caso, la situación es actualmente distinta. Desde la reforma constitucional del 89' deben considerarse parte del ordenamiento, al que deben sujetarse las demás normas en razón del principio de supremacía constitucional, "los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana"...garantizados por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes" (artículo 5 de la Constitución chilena).

En lo concreto esto significa que en el ámbito de las garantías procesales deben considerarse incorporados el Pacto de Derecho Civiles y Políticos, del año 1966, suscrito por Chile en el año 1972, sólo entró en vigencia el año 1989^[8], la Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto San José de Costa Rica, Convención contra la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos y Degradantes, entre otros.

El cumplimiento de estas normas internacionales es una exigencia del sistema; y es función del Juez de Garantía velar por su cumplimiento^[9]

De otra parte, el nuevo Código recoge en sus primeros artículos (1 a 10) un catálogo, que dada su ubicación y reiteración a través de ese cuerpo legal ilumina todo el sistema; y que, siguiendo a Dworkin (Dworkin, 1967), deberán aplicarse con primacía de las normas individualmente consideradas.

Es posible, considerando todas estas normas establecer cuál es el catálogo de derechos procesales vigentes en Chile. Así, siguiendo al profesor Carocca^[10], se puede distinguir: i) el derecho al justo proceso, cuyo contenido debe ser precisado en el ejercicio jurisprudencial más que establecer su contenido de forma taxativa, y no debe ser necesaria y únicamente legal (Carocca, 2000:51). Este principio además se aplica durante todo el proceso penal, que incluye desde los primeros actos persecución penal, como los actos preparatorios del juicio oral, así como también durante la ejecución de la pena (Carocca, 2000:38). ii) Derecho a la defensa, que no incluye sólo la defensa técnica, sino que una en sentido amplio, "a poder intervenir en la formación de la decisión jurisdiccional" (Carocca, 2000:61), desde que se inicia la persecución penal. Esto implica que el imputado debe conocer el contenido de la imputación, contradecir las alegaciones y formular las propias, con sus respectivas pruebas. Todo imputado tiene derecho a la autodefensa o defensa privada, que es en suma la primera defensa. Tiene derecho además, al defensor técnico y de confianza o público, además de la asistencia legal gratuita, cuestiones éstas diferentes entre sí. iii) Derecho del imputado a guardar silencio, ya que no puede castigarse a alguien en virtud de su sola declaración. iv) Derecho de igualdad entre partes. Correspondiente a la igualdad ante la justicia, recogida en el artículo 19 N° 3 inciso primero, como abolición de los fueros personales, aplicable al interior del proceso mismo (entre las partes). v) Derecho a la presunción de inocencia, que ilustra todo proceso penal moderno y es la principal herramienta de la defensa. vii) Derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, independiente e imparcial.

Ahora bien, lo que nos trae la reforma no es sólo la consideración de estos derechos fundamentales, lo cual no sería en realidad ninguna reforma, pues ellos se encuentran desde antes del 15 de Diciembre de 2000 consagrados en nuestro sistema jurídico a nivel legal y/o constitucional. Por otra parte, la sola ratificación legal de estos cánones jurídicos no garantiza ni con mucho su aplicación, ni siquiera mínima. Estos no tendrán valor "sino se establecen los medios adecuados para vigilar y obtener su observancia" (Carocca, 1997: 211). Siguiendo a Zaffaroni (1986), decimos que el sistema penal esta formado en realidad por una serie de actores, cada uno de los cuales profesa una ideología propia; no siempre la de los derechos humanos (Zaffaroni, 1986: 10-11). Por lo mismo, el *quid* de una reforma de este tipo consiste en cómo obtener una aplicación más o menos rigurosa de estas garantías, por parte de los agentes del sistema, de qué forma estos principios pueden exigirse en la forma de actuar de los sujetos criminalizadores del sistema. De ahí que vi) El derecho a un juicio oral de carácter público, se puede considerar a la vez como la mejor manera de asegurar el cumplimiento de los demás derechos. Instancia que en el caso de materias penales, exige la intervención directa del juez. "Un genuino proceso es siempre de carácter oral, entendiéndose por tal aquel en que el tribunal funda su convicción en lo que los jueces ven y perciben directamente a través de sus sentidos" (Carocca, 2000: 58). Por el contrario, como afirma Riego (2000), "en el sistema procesal vigente^[11] no existe nada que pueda ser calificado como juicio" (Riego, 2000, 172), puesto que no hay un sujeto distinto del juez que sustente la acusación, lo que excluye la posibilidad de contradicción y le resta toda imparcialidad (Riego, op. cit.).

Como se ha señalado, la adopción de un sistema procesal penal garantista, como al que se orienta el nuevo Código, corresponde a una reflexión que en Latinoamérica -al menos- se venía dando desde que en 1988 se redactó el denominado *Código Procesal Modelo para Iberoamérica*. En Europa en cambio, este proceso se había dado en el siglo XIX (Ambos, Woischnik, 2000: 894); en la misma época en que nosotros

adoptábamos el sistema que ellos desechaban^[12].

Costa Rica como Guatemala se consideran en Latinoamérica precursores en la reforma de sus procedimientos penales, en consideración a la calidad de sujeto procesal del imputado (Ambos, et. al., op. cit.: 869), “se agregarán a este grupo de países, Bolivia, Chile, Honduras, Paraguay y Venezuela, cuyos proyectos de reforma se inspiran en el Código Procesal Modelo para Iberoamérica (Ambos, et. al., op. cit.: 870). Según esta pauta, el monopolio acusatorio lo posee el Ministerio Público; un órgano creado para Chile en 1997, que es descentralizado y autónomo, con rango constitucional^[13] y conformación compleja en la que intervienen todos los poderes del Estado. Hasta antes de la reforma -y sólo junto a Paraguay (dónde no se requería la acusación del Ministerio Público) (Ambos, et. al., op. cit.: 841)- en la justicia penal chilena el rol de acusar era cumplido por el Juez; el que además dirigía la investigación, que naturalmente terminaba en aquella, y finalmente dictaba sentencia; lo que constituía un caso extremo en América Latina (Ambos, et. al., op. cit.: 860). Actualmente en cambio, lo jueces “*pasan de cumplir un gran conjunto de actividades administrativas, consistentes fundamentalmente en la supervisión de todo el sistema de instrucción, a dedicar prácticamente todo su tiempo a presidir audiencias con las partes y a resolver las cuestiones que se le presenten*” (Riego, 2000, op., cit.: 184-185). Distinguiéndose en el nuevo sistema los jueces de Garantía, y los jueces del Tribunal Oral, a quienes corresponde la dictación de la sentencia definitiva.

“En lo medular el proceso tradicional tenía como base la *escritura* y el *secreto*” (Ambos, et. al., op. cit.: 861). Es decir la existencia de la diligencias y antecedentes en el proceso estaban dados por su escrituración o no, dentro del expediente; y de todo ello, el imputado no era informado, sino una vez que el juez hubiere culminado su investigación^[14], la que daba lugar a la posterior acusación y sentencia.

Pese a todo lo señalado, la dicotomía entre procedimientos “*inquisitivos*” y “*adversariales*”, no constituye en sí una *prueba de blancura* en términos de cumplimiento de los márgenes mínimos de los derechos humanos y del Estado de Derecho. Esto por cuanto actualmente casi todos los países adscriben al segundo modelo señalado (aunque en diferentes términos), y porque la mayoría de los Estados recogen en sus legislaciones, los derechos y garantías contemplados en los instrumentos internacionales más relevantes como los Pacto de Derechos de 1966 y la Convención Americana de Derechos Humanos, “Pacto San José de Costa Rica”; no obstante, y más allá de ser un paso relevante en la vigencia de los derechos, nadie puede lanzar la primera piedra.

En este auspicioso contexto de reconocimiento de derechos, cabe hacerse la pregunta por la consideración que este sistema hace respecto de quienes pertenecen a un pueblo indígena. La pregunta no es inocua teniendo presente que según el censo de población de 1992 el 10,3 % de la población nacional mayor de 14 años se considera perteneciente a una de las culturas indígenas reconocidas legalmente (Aymara, Quechua, Atacameña, Collas, Rapa nui, Mapuche, Kawashkar y Yámana). De ese porcentaje, cerca de 1 millón de personas corresponde a la población mapuche mayor de 14 años (9,6 % de la población total del país) (Espina, Oyarce, Pérez, Sabag y Sánchez, 1998: 7). A su vez, un 15,5 % de la población mapuche nacional (143.769) habita en la 9ª región de la Araucanía (Espina, et. al., op. cit.: 18.); una de las dos regiones pilotos del sistema.

Que además las personas indígenas en general suelen ser la *clientela* preferida del sistema penal, un buen ejemplo lo constituye el hecho que existen cifras que corroboran que la mayor cantidad de procesados por homicidio (80%) en Temuco, son mapuche (Cooper, 2000: 164). No existe razón para pensar que, aún cuando probablemente sean otros los casos paradigmáticos abordados por juicios orales, no continúen siendo los mapuche (y los indígenas) afectados de manera importante por el sistema penal.

Aún cuando algunos se encuentran enredados en la aplicación ficta de la igualdad ante la ley, lo cierto es que como ha señalado la criminología, el sistema penal no es ciego, ni se aplica de manera idéntica a todas las personas. Esto por cuanto no es factible que un sistema penal se haga cargo de todas las contravenciones que ocurren en una sociedad. En América Latina se han documentado importantes “cifras oscuras”, en la persecución de los delitos.

“Ante el absurdo supuesto –no deseado por nadie- de criminalizar varias veces a toda la población, es obvio que el sistema penal está *estructuralmente*^[15] montado para que la legalidad procesal no funcione, sino para que ejerza su poder con un altísimo grado de arbitrariedad selectiva que, naturalmente, se orienta hacia los sectores vulnerables. Esta selección es producto de un ejercicio de poder que también está en manos de agencias ejecutivas, de modo que también en el sistema penal “formal”, la incidencia selectiva de las agencias legislativa y judicial es mínima” (Zaffaroni, 1990: 16).

De alguna manera -como ha quedado dicho- la reforma pretende revertir la injusticia del sistema, pero la selectividad es inherente a todo sistema penal. Esto es asumido sin complejos por el nuevo código, entregando dicha facultad al Ministerio Público. Un órgano que es autónomo y jerarquizado, que tiene a su cargo la dirección de la investigación de los hechos constitutivos de delito, y de los que determinen la participación o inocencia del imputado, en forma exclusiva. Además le corresponde el ejercicio de la acción

penal pública (Artículo 80 A de la Constitución Política de Chile).

Los fiscales del Ministerio Público podrán *archivar provisionalmente* aquellas investigaciones “en las que no aparecieren antecedentes que permitieren desarrollar actividades conducentes al esclarecimiento de los hechos” (artículo 167 del Código Procesal Penal); y podrán ejercer el *principio de oportunidad*, conforme al cual “podrán no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada”, si a su juicio no comprometiére gravemente el interés público”^[16] (artículo 170 del Código). Por último, una vez declarado el cierre de la investigación, tendrá que, alternativamente, solicitar sobreseimiento, formular acusación o no perseverar en el procedimiento.

Al Ministerio Público en definitiva le corresponde llevar adelante la política criminal del Estado; es decir asume la función de definir cuáles son aquellos hechos que afectan especialmente el interés público. La diferencia radica en que el ejercicio de esta selectividad se realiza a la vista de la ciudadanía y dentro de un marco legal.

El resultado de la selectividad del sistema, es que con el tradicional régimen inquisitivo resultaba habitual la persecución de ciertos delitos específicos, como los delitos contra la propiedad (usurpación, distintas figuras del robo, hurto, estafas), y en general, los llamados delitos de *bagatela*. Con el actual sistema se puede esperar que el tipo de delitos que formen parte de la persecución habitual sean otros, como aquellos que involucran corrupción.

La pregunta que surge en este caso –aunque provisional- es sí acaso el ejercicio de la función persecutoria del Ministerio Público será la respuesta que asumirá el Estado en relación con las demandas étnicas de los movimientos indígenas. Función que otrora ejerció la legislación de Seguridad del Estado^{[17][18]}.

Con todo, este es un tema que tiene que ver con el funcionamiento y orientación del funcionamiento del Ministerio Público; ya que el sistema contempla instrumentos para que la ciudadanía cuestione los criterios de la fiscalía. Como se ha señalado, existen una serie de derechos que se encuentran garantizados y que el sistema permite que estos se ejerzan con mayor certeza que en el viejo sistema inquisitivo. Uno de éstos, se refiere a la publicidad de la investigación y de los juicios orales a los que dieron lugar, de tal manera que es posible afirmar que los agentes del sistema estarán expuestos a la opinión pública. La importancia de los medios de comunicación, como elemento que informa a los ciudadanos de los que ocurre en los procedimientos judiciales, no es menor.

También los indígenas podrán ejercer, junto al resto de los derechos individuales previstos en el Código, el derecho al bilingüismo, resguardado con anterioridad en diversas normas.

No obstante, y por lo señalado, el tema de los derechos indígenas en el ámbito penal del Estado parece exceder esta pura cuestión. Y siendo éste un sistema que reconoce en los derechos humanos un criterio apropiado de estándar de validez, debe ser un tema de preocupación analizar si el sistema protege y/o respeta los derechos de los indígenas. La pregunta entonces, es de perogrullo: ¿Cuáles son los derechos de los indígenas?

5. Crisis del Estado nacional y derechos indígenas.

La discusión sobre los derechos de los indígenas no es nueva, ya en el siglo XVI al otro lado del Atlántico se discutía si estos individuos tenían o no los mismos derechos que los conquistadores; si debían considerarse como éstos, seres humanos; y sus sociedades como naciones libres.

Mucho más próximo, la discusión sobre los derechos de los indígenas ha estado vinculado a la discusión que sobre los derechos se ha dado en el ámbito internacional. Esto no es casual, ya que los Estados nacionales han tendido a desconocer los derechos –y la existencia- de las minorías nacionales. Ha sido en efecto, en el seno de la Organización Internacional del Trabajo, donde se ha discutido con fecundidad este tema. Ya en “1921 la OIT realiza estudios acerca de las condiciones laborales de los trabajadores de los pueblos indígenas y tribales, en particular sobre trabajo forzoso de las *poblaciones nativas* en las colonias” (OIT, 1996:1). Proceso que culminará con la adopción del Convenio sobre el trabajo forzoso (núm. E29), en 1930, que establece normas “y permite el desarrollo de actividades a favor de las poblaciones indígenas y tribales” (OIT, op. cit.: 1). Más tarde -en 1957- será en esta instancia, donde se adopta el primero catálogo de derechos de los indígenas: el Convenio 107 de la OIT, que fue ratificado por 27 países^[19]. Este instrumento se funda en la idea de que las poblaciones indígenas y tribales son sociedades temporales, en tránsito hacia un estado de civilización. El objetivo del Convenio era brindar una protección a estas poblaciones en esta evolución o *integración* a la sociedad moderna.

Es en el Pacto de Derechos Civiles de 1966 también se hace presente la consideración de lo étnico, como un criterio relevante para el establecimiento de ciertos derechos.

Este instrumento normativo establece que en los “*Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el*

derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y emplear su propia idioma". (Art. 27)

Se ha cuestionado el contenido de este reconocimiento en tanto privilegia el contenido culturalista, por sobre lo político, y porque garantiza derechos individuales y no, colectivos (Assies, 2000, "la situación de los derechos humanos..."). Por otra parte, como ha dicho Stavenhagen (2000), deja al arbitrio de los Estados el declarar que en su interior existen estas minorías; cuestión que aquellos siempre rechazarán (Stavenhagen, 2000: 55).

A partir de la década del 70', surge un cuestionamiento a estas normas, por ser integracionistas y porque no reconocen los derechos políticos de los indígenas como minorías nacionales; que en la intelectualidad se refleja en los escritos de Bonfil Batalla y la "Declaración de Barbados" (Durston, 1995: 4-5).

En esta perspectiva y teniendo presente el derecho de igualdad ante la justicia, cabe hacerse la pregunta acerca de si es posible aplicar derechos especiales en consideración con la raza, o más bien, al origen étnico. Esta no es una discusión nueva, y corresponde precisamente a la discusión sobre el concepto de igualdad, y como debe aplicarse. En el caso de los indígenas la legislación chilena a tenido distintas apreciaciones en este sentido. Es así como en 1819, y en reacción a la legislación segregacionista propia de la colonia, se dictó un Bando Supremo que concedía la ciudadanía plena a los indígenas, en la idea de que todos somos iguales y no existen grupos privilegiados. Desde entonces y durante todo el período republicano la legislación sobre indígenas ha oscilado entre la integración y la asimilación o (lo que es igual) la negación de la diferencia. Según el liberalismo igualitario de Rawls y Dworkin es posible favorecer a aquellos que se encuentran en posiciones más desventajosas dentro de una sociedad, a través del principio de discriminación inversa o discriminación positiva.

No obstante los pueblos indígenas, han escogido otro camino para la reivindicación de sus derechos. Recurriendo al artículo 1 de los dos Pactos de Derechos de Naciones Unidas (sobre derechos Civiles y Políticos, y Económicos Sociales y Culturales), han reclamado para sí, en tanto comunidades de cultura, la titularidad del derecho a la autodeterminación de los pueblos, y su ejercicio a través de **la autonomía** [20].

Esta reivindicación, con exactitud Willem Assies la caracteriza como la "manzana de la discordia" (Assies, 2000. op. cit., "la situación...": 5); por cuanto en general los Estados han rechazado la consideración de Pueblos de las minorías nacionales, negando el ejercicio de su derecho a la autodeterminación, sobre la base del principio de integridad territorial [21].

La demanda por el reconocimiento de la titularidad de la autodeterminación, sólo es posible comprenderla si abandonamos aquel principio decimonónico tributario de la revolución francesa en virtud de la cual, Estado y Nación se identifican. Si en cambio, recurrimos a la idea más tradicional de la Nación como "comunidad de cultura" (Obieta, 1989), en virtud del cual un grupo identificado como tal, y que comparte ciertos rasgos culturales e históricos, puede reivindicar para sí el derecho a decidir sobre los asuntos propios, independientemente de la soberanía del Estado del que forman parte. Este es un problema tan actual, como recurrente; de hecho, como afirma Kymlicka (Kymlicka, 1988), "casi no existen hoy en el mundo Estados que no estén compuestos por una diversidad de grupos étnicos, culturas y lenguas. Los aproximadamente 200 Estados independientes existentes a fines de los ochenta albergaban a 5.000 grupos étnicos diferenciados en 600 grupos lingüísticos" (Kymlicka, 1988, citado por Aylwin, 2000: 10).

Esta discusión se prolongó a la discusión sobre el nuevo Convenio sobre derechos indígenas en el 88' y 89'. Allí, ante la OIT, nuevamente los representantes de los gobiernos, y los empleadores cuestionaron este reconocimiento de los indígenas como entes colectivos, con derecho a libre determinación. El resultado de esta discusión, fue no resolver esa discusión (en una instancia como esa); dejando este dilema para contextos distintos, como la actual discusión sobre el Proyecto de Declaración Universal de los derechos de los Pueblos Indígenas del "Grupo de Trabajo" de la ONU, o la que se lleva a efecto en la Organización de Estados Americanos (OEA). Lo que contempla el definitivamente aprobado Convenio 169 de la OIT es el reconocimiento de los Pueblos Indígenas como sujetos colectivos de derecho; reconocimiento que no debe entenderse referido a otros derechos que se le confieran a los pueblos en el ámbito internacional, es decir – el derecho a la libre determinación- (art. 1.3). Es decir, se ha configurado una especie de Pueblos de "segunda categoría" (Díaz Polanco, 1998:3), interdicto, que no puede disponer de su destino como cualquier otro Pueblo titular del derecho establecido en el artículo 1° de ambos Pactos. En definitiva, la discusión que se inició con "un espíritu jurídico...se ha(n) visto sometida(os) a debates de fuerte influencia política. Por lo cual su reconocimiento o aceptación pasará finalmente por la voluntad política de los Estado antes que por acertados criterios jurídicos" (Naguil, 1997: 26).

No obstante aquello, el Convenio 169 sí constituye un importante avance en materia de derechos de los Pueblos Indígenas, ya que considera la posibilidad de autonomía o autogobierno de los Pueblos Indígenas al interior de los Estados nacionales. Además, en el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, se destacan los *derechos colectivos* de estos pueblos a que se consideren sus costumbres o su derecho consuetudinario, al aplicar la legislación nacional, especialmente en el ámbito penal. (artículo 8.1); a

conservar sus costumbre e instituciones (artículo 8.2); a qué se respeten sus métodos tradicionales para la represión de los delitos cometidos por sus miembros (art. 9.1); a considerar sus características especiales cuando haya de aplicarse sanciones penales a un indígena (art. 9.1), dando preferencia a otros tipos de sanción (art. 9.2), distintas de la privación de libertad.

Siguiendo esta perspectiva, todo régimen autonómico –si bien cada uno posee características especiales- plantea el desafío de considerar y desarrollar, al menos tres elementos de relevancia jurídico política, que forman parte del derecho a la libre determinación. Todas las cuales además, exigen una reforma del Estado.

Por una parte requiere referirse al tema que Obieta denomina *autodisposición interna* (Obieta, op. cit.), “es decir el derecho de un pueblo a configurar una estructura de poder suficiente que le permita tanto la representación como la regulación política interna de la sociedad” (Naguil, 1997, op. cit.: 28). Esto implica determinar quién y de qué manera administra el espacio o jurisdicción indígena. Qué autoridades, cómo es su generación, cuáles son sus atribuciones, y su responsabilidad, etc. A modo de ejemplo es posible señalar el caso de las *Entidades Territoriales Indígenas* (ETI), consagradas en el artículo 329 de la Constitución de Colombia, cuyo gobierno se encuentra radicado en un *Concejo Indígena*, el que estará conformado y reglamentado de acuerdo a los usos y costumbres de sus comunidades, estableciéndose sólo un mínimo de aspectos, respecto de los que debe hacerse cargo (como velar por la aplicación de la ley, promover inversiones públicas, diseñar planes y estrategias, etc) (art. 330). Asimismo, la Constitución y Estatuto de Autonomía de Nicaragua, establecen que las Comunidades de la Costa Atlántica gozan de un Régimen de Autonomía (art. 4, Ley N° 28), cuya autoridad administrativa superior son los Consejos Regionales Autónomos de la Costa Atlántica (Norte y Sur) (art. 16).

En segundo término, las autonomías requieren de un fundamento material, que a la vez cumple un efecto simbólico: el territorio, que de acuerdo al concepto acuñado en el Convenio 169 se refiere al hábitat que ocupan los indígenas, lo que incluye los recursos naturales que se encuentran en ese espacio. Es en la terminología de Obieta, el derecho de *autodelimitación* (Obieta, op. cit.). Particularmente el tema tiene que ver con la administración y/o control de los recursos naturales.. En este sentido se puede señalar a modo de ejemplo el caso de la Costa Atlántica de Nicaragua y el reconocimiento de las tierras comunitarias en la misma Constitución de ese país caribeño (art. 180), en Brasil (art. 231), Colombia (art. 330) y Paraguay (art. 64). No obstante, tanto en el desarrollo de la autonomía en Nicaragua, como en los pueblos indígenas en general, la cuestión del control y aprovechamiento de los recursos naturales es un desafío pendiente; ya que los Estados siguen ejerciendo predominio sobre los espacios territoriales autónomos a través de las concesiones mineras, de aguas y de otros recursos a empresas externas. Esto demanda además cuestiona en general el modelo de desarrollo que se encuentra incorporado en las políticas gubernamentales, regionales y globales; ya que se proponen otras formas de tenencia y distribución de la tierra y sus riquezas, poniendo en aprietos al paradigma de la distribución de bienes escasos en nuestro derecho: la propiedad privada (Lillo, 2000, “Conflicto Estado y Pueblo Mapuche...”).

Además, el tema de la autonomía incluye el derecho colectivo de los Pueblos Indígenas para resolver los conflictos de acuerdo a la manera que ellos determinen, y bajo un régimen de normas y valores escogido. En efecto, uno de los aspectos que incorpora la plataforma reivindicativa de los indígenas en Latinoamérica es lo referente al derecho indígena; es decir al derecho a otorgarse sus propias reglas de conducta, y de juzgamiento de los comportamientos contravencionales.

Es claro que si bien, no hay una clara obligación frente a los instrumentos internacionales, por su vaguedad en el caso del artículo 27 del Pacto y por no ser vinculante, en el caso de las normas del Convenio 169, ya que se establece que sólo son aplicables si son admisibles en la legislación interna. Sin embargo, al igual que otros derechos fundamentales, la mera enunciación de esos derechos ha dado lugar a su desarrollo por la doctrina y jurisprudencia, fundamentalmente en Colombia (Sánchez, 1998:101) y México (Sierra, 1998: 21). Por esto, y habida cuenta del valor y la evolución universal de los derechos humanos, se hace necesario reflexionar sobre algunas cuestiones.

6. La demanda Indígena. Derecho indígena y derecho estatal.

El derecho es en general una característica propia de cada pueblo, de una manera lata se puede decir que el derecho es un elemento “básico de la identidad étnica de un pueblo” (Stavenhagen, 1989: 223); tanto así que se dice que “un pueblo que ha perdido su derecho ha perdido parte importante de su identidad (Sierra, 1998: 25).

Cada sociedad se otorga a sí misma, o –según diremos- tiene al menos el derecho de hacerlo, una forma de regulación social propia. De tal manera que un sistema de control social es algo que diferencia a un grupo étnico de otro, tanto como su idioma o su religión. Esta importancia queda demostrada en la demanda actual de los pueblos indígenas en América, que han vinculado de manera necesaria la demanda de autonomía con una que les permita la generación y administración de su propio derecho (Sierra, op. cit.). Así en la mayoría de las reformas constitucionales producidas en la década de los noventa^[22] se incorpora de alguna manera este aspecto de la autonomía como un derecho colectivo. El Convenio 169 de la OIT de

1989, “hace un llamado para que se respeten los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros”(Assies, 2000, op.cit., “la oficialización de lo ...”:1). Es también, una demanda que se incluía en el proyecto de ley de la Comisión de Concordia y Participación (COCOPA), cuya aprobación exigieron -sin éxito- los zapatistas, y representantes de diversos pueblos indígenas reunidos en la plaza del zócalo en ciudad de México el pasado 11 de Marzo.

Conocemos el derecho indígena como derecho consuetudinario o la costumbre indígena, que son dos términos que tienden a resaltar su marginalidad, su inferior condición respecto del derecho escrito; ya que habitualmente se niega o se subsume al sistema legal. Se prejuzga como violatorio de los derechos humanos; no obstante ser los propios Estados Latinoamericanos, quienes exhiben una impresentable historia de violación de estos derechos.

Aún más, se ha negado su presencia actual, desde quienes –desde una perspectiva evolucionista, ven a los derechos consuetudinarios como resabios de la vida pre colonial del indio (salvaje e incivilizada).

No obstante, el hecho de que este derecho sea invisible a nuestros ojos tiene que ver más bien con la incapacidad de comprender que se trata de lógicas jurídicas y culturales distintas^[23], cuestión a la que me referiré luego. Sin embargo, como probablemente no será suficiente este argumento para convencer sobre la existencia de estas realidades, a quienes se afirman en su incapacidad de comprender otras lógicas que no sea la cartesiana, intentaré explicarme en este punto.

Para abordar esta tarea resulta necesario acometer dos líneas argumentativas. Por una parte, es preciso apuntar aquellos aspectos que diferencian a uno y otro derecho; justificar en suma, por qué hablamos de “otro” derecho y no simplemente de unas normas supletorias o derivadas. Por otra, explicar por qué además –y pese a ser diferentes- este “otro” derecho merece también denominarse como tal. ¿Qué cosas tienen ambos en común?. Por último, intentaré sostener que éstas líneas argumentativas no son en realidad opuestas.

Cabe entonces hacerse la pregunta de qué tienen en común el Código Civil o el de aeronáutica, la ley eléctrica, con el acuerdo de *longkos* para resolver el conflicto provocado por el robo de animales^[24]. Son tan disímiles estos dos fenómenos sociales que parece complejo que denominemos ambas situaciones bajo una misma voz: sistema jurídico (o más lato aún, como *lo jurídico*).

En general parece más fácil definir el derecho indígena, enumerando aquellas cosas en las que se separa del derecho positivo o estatal^[25]. Desde esta perspectiva, los abogados generalmente afirmamos que el derecho se puede examinar como un fenómeno en sí mismo, relacionado pero autónomo de lo social (Stavenhagen, op. cit.: 26). Por el contrario, en el ámbito del derecho indígena, “lo jurídico se encuentra inmerso en lo social” (Stavenhagen, op. cit.: 226). En general, para el indígena no es concebible el mundo, dividido en compartimentos estancos o “en casillitas, sino que (el mundo) es algo integral que hay que mirar en su conjunto, con todo sus componentes,.....porque el de nosotros es un mundo de circunferencia, donde están los dioses, donde están los sitios sagrados, las grandes rocas.....” (Muelas, 2000:1).

El derecho estatal es escrito, mientras que el indígena es predominantemente oral. Mientras el derecho estatal busca recomponer el orden institucional quebrantado por conductas contravencionales, el derecho indígena busca –a través de la mediación o conciliación- el restablecimiento de los equilibrios rotos.

Si en cuanto a su generación, y a sus características ambos derechos se oponen, aquello no significa que no exista en ellos una interrelación alambicada y compleja^[26]. Tanto así que Iturralde (1989) sostiene que el derecho consuetudinario no es más “que la forma en que las comunidades y pueblos indígenas reinterpretan, adaptan y usan el derecho positivo nacional a su manera” (Iturralde, 1989, citado por Stavenhagen, 1989: 227).

¿Qué es entonces el derecho consuetudinario?

No se trata de acercarse a posiciones románticas y puristas del derecho, en que el derecho indígena se defina como un orden armónico, carente de violencia; o como un orden o sistema cerrado y completo.

Sin pretender abordar aquí una cuestión teórica de mayor envergadura, podemos decir que la cuestión de responder qué es el derecho indígena, nos lleva a la pregunta sobre qué es derecho; tema sobre el que habitualmente los teóricos –al referirse a él- excluyen al primero. En el derecho moderno, la doctrina jurídica establece “un modelo de configuración estatal que supone el monopolio estatal de la violencia legítima y la producción jurídica” (Yrigoyen, 2000, “Pautas de coordinación...”); que es lo que Raquel Yrigoyen (2000, op. cit.: 11) denomina el “monismo jurídico” o la teoría monista del derecho. Esto quiere decir que a un Estado le correspondería un solo orden jurídico, no pudiendo existir dos “sistemas jurídicos”, donde existe un solo sistema estatal. Esta identidad entre el Estado y el Derecho se halla íntimamente ligada a la idea, surgida con la revolución francesa de que los Estados responden a la necesidad de organización jurídica de *una* Nación; es decir en un Estado sólo existiría una Nación. Por ello no resulta extraño que la diversidad sea entendida como la formación de un “Estado dentro de otro Estado”^[27]. Sólo es derecho,

aquello que es producido por los órganos estatales, lo demás (la costumbre) no lo es, salvo que la propia ley "se remita a ella" (art. 2 del Código Civil chileno).

Si bien, la teoría del liberalismo igualitario de Rawls y Dworkin a dado debida cuenta del positivismo jurídico (desde Kelsen a Hart), en cuanto a esta concepción del derecho, como monopolio del Estado. Los planteamientos que reconocen su origen en las ideas de Kant, no constituyen un sustento filosófico para el pluralismo jurídico. De hecho, ha sido denominado por Díaz Polanco (2000) como uno de los más formidables oponentes de la diversidad. Y esto es así por cuanto el liberalismo, como teoría procedimental se plantea la posibilidad de resolver los conflictos entre intereses individuales y sociales mediante la aplicación de reglas objetivas en el marco de un procedimiento jurídico (Broekman, 1993), lo que implica que el derecho se convierte en un dominio particular de control social, "el derecho determina su propia representación social, en oposición a otros sistemas normativos que son subjetivos,... y la seguridad jurídica consiste en la mayor previsibilidad posible del comportamiento jurídico" (Broekman, 1993: 210).

Por otra parte, "*La cuestión étnico/cultural –para el liberalismo- ha de marginarse de la consideración de un sujeto, y de los derechos que respecto de él se predicán; sólo de esta manera se puede asegurar la igualdad y la libertad. El contrato social, en la versión Rawlsiana, consiste en los consensos del contrato originario que tienen caracteres de universalidad; ello por cuanto cualquiera que se halle en la 'posición original', cubierto por el 'velo de la ignorancia', esto es, sin conocer su posición social y sus intereses, estaría de acuerdo en los mismos principios*" (Lillo, 2000: 4).

El liberalismo igualitario, en la versión de Rawls, repele la institución de los derechos colectivos, por cuanto el titular de los derechos es siempre individual, del cual se predica la autonomía, el sujeto moral en el sentido kantiano, es decir aquel que es capaz de discernir sobre su proyecto de vida y de actuar conforme a él. Si bien el liberalismo comunitario de Kymlicka incorpora –a contrapelo (Díaz Polanco, 2000)- la idea de los derechos colectivos, como "protecciones externas", éstas en ningún caso pone los intereses del grupo por sobre los del individuo (Assies, 2000, "la oficialización..."). Kymlicka en cambio, se opone a las "restricciones internas", que facultan a un grupo "para regular las relaciones de sus miembros e imponer restricciones sobre ellos" (Assies, 2000, "la oficialización...", 12).

Dejando de lado el traje de abogado litigante y de la teoría tradicional del derecho, dentro del cual lo jurídico se identifica con papeles, trámites, oficinas, leyes y parlamentarios; sería posible distinguir en el relato de Pascual Coña (Coña, 2000: 137), un fenómeno social –en definitiva jurídico- caracterizado por constituir "*procesos discursivos, en los cuales los actores argumentan sus demandas, posiciones, intereses, toman decisiones, construyendo el objeto mismo del conflicto..., diseñando un escenario en el que el conjunto de actores...buscan acuerdos, generan opiniones y decisiones que sean comúnmente aceptadas, incluyendo aquellas que impliquen el uso de la coerción y la violencia*" (Orellana, 2001: 28).

Que a su vez, en el análisis de Sousa Santos (citado por Assies, 2000, op. cit., "la oficialización de lo no...": 7) el derecho constituye un campo constituido de sub-campos, que se conciben en términos de la articulación y variación entre los tres "dispositivos operativos del derecho", *burocracia, violencia y retórica* (Assies, op. cit., "la oficialización de lo no oficial..."). Donde la *burocracia* "es una forma de comunicación o una estrategia de toma de decisiones de un orden autoritario que depende de la movilización del efecto demostrativo de los procedimientos regulados y los estándares normativos" (Assies, op. cit., "la oficialización de lo no oficial...": 7). La *violencia* en cambio, "es una forma de comunicación y una estrategia de toma de decisiones basada en la amenaza del uso de la fuerza" (Assies, op. cit., "la oficialización de lo no oficial...": 7). La *retórica* finalmente, "es una estrategia de toma de decisiones basada en la persuasión y el poder argumentativo" (Assies, op. cit., "la oficialización de lo no oficial...": 7).

De esta manera, el derecho indígena constituiría un sub-campo del derecho, con dinámicas relativamente autónomas, en donde los subcampos se relacionan por fronteras porosas, de acuerdo a la articulación de los tres dispositivos (Assies, op. cit., "la oficialización de lo no oficial...": 3). Mientras el derecho estatal o positivo se caracteriza por ser más estático y codificado, donde predominan los dispositivos burocracia y violencia, probablemente en los métodos de resolución de conflictos indígenas encontramos una preeminencia de la retórica ^[28].

En cuanto al contenido de este derecho se ha polemizado sobre sí se pueden establecer categorías de la ciencia jurídica, o bien otras que sean propias de cada pueblo o etnia. Hay quienes incluso han desarrollado verdaderos estatutos de las costumbres que constituyen obligaciones jurídicas, lo cual implicará un cambio en la articulación de los dispositivos de Sousa Santos.

El derecho consuetudinario no es un derecho estático, ni ancestral. No es un fenómeno para el estudio de la etnología y la historia, sino constituye una práctica social presente y dinámica.

En general, y siguiendo a Stavenhagen (1989), "*lo legal o jurídico, en sociedades que se manejan de acuerdo al derecho consuetudinario, consiste en lo siguiente: normas generales de comportamiento público; mantenimiento del orden interno; definición de derechos y obligaciones de los miembros; reglamentación sobre el acceso a, y la distribución de, recursos escasos (por*

ejemplo, agua, tierras, productos del bosque); reglamentación sobre transmisión e intercambio de bienes y servicios (verbigracia, herencia, trabajo, productos de la cacería, dotes matrimoniales); definición y tipificación de delitos, distinguiéndose generalmente los delitos contra los individuos y los delitos contra la comunidad o el bien público; sanción a la conducta delictiva de los individuos; manejo, control y solución de conflictos y disputas; definición de los cargos y las funciones de la autoridad pública". Stavenhagen (1989, op. cit.: 227).

7. La imposición del derecho como forma de colonialismo.

En general, el colonialismo que pesa sobre América desde la llegada de los españoles, trajo consigo la expropiación del territorio y los recursos, y la imposición de un sistema de normas dictadas por la Corona Española y sus órganos delegados en América. La segunda como estrategia para provocar la primera^[29]. Durante el período colonial, estas normas impuestas tuvieron por fundamento el ideario segregacionista, según el que, distintas leyes les eran aplicadas a indígenas y a españoles. Junto con ello, el criterio que marca el sistema jurídico colonial es el de la *subordinación*; ya que, si bien se aceptó un sistema jurídico compuesto por las costumbres de los indígenas, se admitió sólo como "fuero local, sobre el cual se reservó el ejercicio de tutela" (Ochoa, 2000: 2).

En todo caso, esta expresión del derecho colonial, no tuvo aplicación plena en todo el territorio mapuche; ya que, en virtud de los *parlamentos*^[30] suscritos entre la Corona española y *longkos* mapuche a partir de 1641 (en que se suscribe el parlamento o paces de Quilín se reconoce un territorio mapuche y una frontera establecida por el río Bío Bío).

La formación del Estado nacional chileno a comienzos del siglo XIX, trajo aparejado los principios inspiradores de la Revolución francesa, la teoría de separación de poderes y el principio de la igualdad ante la ley. "Se buscaba *asimilar* o desaparecer a los indios dentro de la naciente nación mestiza y se impuso una homogeneización cultural forzosa por los criollos y mestizos que hegemonizaron los procesos de independencia" (Yrigoyen, 1999, "Reconocimiento constitucional...":130). Surge el cuestionamiento de los estatutos privilegiados, y la idea de la codificación, la ley es aplicable a todos por igual y sin excepción. Esta ley es además escrita, y proveniente del único órgano soberano para legislar: el parlamento. Las manifestaciones criollas de estos ideales lo constituyen la declaración de ciudadanía plena de los indígenas, decretada por O'Higgins en 1819 (al que ya se hizo referencia), y posteriormente, la dictación del Código Civil a mediados de siglo, en el que se establece (artículo 2°) la exclusión y subordinación de la costumbre como fuente de derecho.

La legislación del naciente Estado chileno, durante el siglo XIX, permitió, junto a la estrategia militar, la apropiación del territorio que hasta entonces ocupaban los mapuche. La radicación de los mapuche en pequeñas porciones de tierra, será causa de su transformación social y política, la pérdida de su organización tradicional y transformación en una cultura de resisitencia^[31].

Con la culminación de proceso de radicación de tierras y la derrota militar mapuche, surge el movimiento mapuche, y las primeras organizaciones: la Sociedad Caupolicán (1910) y la Federación Araucana (1922), ambas con "un claro discurso indigenista" (Liwen, Marimán, 1990: 21), y las primeras leyes protectoras. La ley N° 4.169 del año 1927 establecía la restitución de tierras usurpadas y su posterior división. Posteriormente se crean los *Juzgados de Indios* (por la Ley 4.802 de 1930) para dividir las tierras comunitarias^[32] y resolver los conflictos que se deriven de ella y en general, de la tenencia de tierras. Los Jueces de Indios eran designados directamente por el Presidente de la República.

Ya en los 60', con el proceso de reforma agraria el proyecto del Estado para los indígenas pasa por su campesinización, lo que queda establecido en la ley N° 17. 729 del año 1972. Lo que hay detrás de estos procesos, es la concepción de que los indígenas corresponden a un grupo de personas (minorías étnicas) que se encuentran en un estado de civilización anterior, que es necesario proteger y fomentar su desarrollo y/o progreso. De tal manera, que sus reglas sociales -que tal vez tuvieron en tiempos ancestrales- ya no estarían presentes entre ellos, y si así fuera, constituirían resabios de una cultura que está destinada a desaparecer, por cuanto no son más que un obstáculo para su total incorporación al progreso o desarrollo de la "nación".

En este mismo sentido la ley N° 19.253, actualmente en vigencia, sostiene que "el Estado reconoce como principales *etnias indígenas* de Chile"^[33], ...que "(el Estado) valora su existencia por ser parte esencial de las raíces de la Nación chilena,que "Es deber de la sociedad en general y del Estado en particular, a través de sus instituciones respetar, *proteger y promover el desarrollo* de los indígenas". (art. 1°).

Los principios generales planteados en este cuerpo legal dejan de manifiesto una actitud etnocéntrica, ya que si bien se admite por una parte la diferenciación presente entre los indígenas, no se les reconoce sus derechos políticos, al negarse su condición de Pueblo. Se establece una especie de minoría

edad de los indígenas, en que otro distinto (Estado nación) decide lo que es mejor para ellos.

En el ámbito de la resolución de conflictos, no se reconoce las facultades de las comunidades a reprimir las contravenciones que se producen en sus espacios, pues esto atentaría contra el principio de separación de poderes y de la jurisdicción, reservada por la Constitución (art. 73) a los Tribunales establecidos por la ley. Se establece una instancia de mediación (López, 2001) institucional para conflictos en que se encuentre involucrado algún indígena, donde el mediador es un funcionario de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena^[34] (art. 55). Fuera de ello se considera la conciliación dentro del procedimiento judicial ordinario. Además, la ley le otorga validez a la costumbre indígena hecha valer en un juicio (la costumbre debe probarse de acuerdo a los medios legales), entre personas de la misma etnia, siempre que no sea incompatible con la Constitución Política. En materia penal, puede disminuir o excluir la responsabilidad penal.

La evolución histórica del Estado chileno da cuenta del desconocimiento de los derechos de los indígenas; entre ellos la exclusión del derecho colectivo de todo Pueblo o Nación a proveerse de sus propios mecanismos de resolución de conflictos. Esta mirada "monista" del derecho además, impide percibir situaciones que forman parte de lo jurídico que no se originan en el Estado.

No se trata por cierto, de resucitar un derecho ancestral, codificarlo, y aplicarlo de manera paralela y desvinculada del Estado; más bien se trata de reconocer **la facultad de los Pueblos Indígenas de ejercer su propias formas jurídicas**, entendiendo por propias, no (necesariamente) las que sean ajenas al Estado, sino las que sean escogidas y utilizadas por el mismo Pueblo.

8. El pluralismo jurídico. Hacia una visión pluralista del derecho.

Esta concepción del derecho, que rechaza el axioma de que el derecho constituye un producto exclusivo del Estado; y que, por otra, reconoce la composición diversa y multiétnica de los Estados se ha denominado como *pluralismo jurídico*. Y que, retomando la introducción, se explica en un contexto en que se conectan diversos procesos como complejización del derecho, la globalización, la crisis de los Estados nacionales, el fortalecimiento de una plataforma indígena.

Esta preocupación, que proviene fundamentalmente desde la antropología (se puede distinguir una vertiente europea y una latinoamericana), se centra en el fenómeno social que implica "la coexistencia de dos o más sistemas de derecho en su sentido social" (Hoekema, 1998, op. cit.: 269), que se denomina como *pluralismo jurídico*. Esta situación ha venido siendo reconocida en distintos países de América Latina, en diferentes grados y condiciones; cabe destacar el caso de los países andinos^[35]. En estos casos donde el pluralismo ha sido reconocido por los ordenamientos internos (por ejemplo a nivel Constitucional), hablamos de pluralismo jurídico forma, el que a su vez puede ser unitario o igualitario (Hoekema, op.cit.). El pluralismo jurídico formal unitario es aquel en que se reconoce internamente por el Estado la coexistencia de dos órdenes jurídicos, donde el "derecho oficial se reserva la facultad de unilateralmente determinar la legitimidad y el ámbito de los demás sistemas de derecho reconocidos; que era por ejemplo el contenido en la propuesta de la COCOPA en México, y que corresponde también a lo que se establece en el Convenio 169 de la OIT sobre esta materia.

Un *pluralismo jurídico formal de tipo igualitario*, implica que el derecho oficial no se reserva la facultad para determinar unilateralmente la legitimidad y el ámbito de los demás derechos, en sentido social. "El derecho oficial reconoce además la validez de normas de los demás sistemas de derecho, su fuente especial en una comunidad especial que como tal conforma una parte diferenciada pero constitutiva de la sociedad entera y por tanto tiene derecho a que su derecho sea reconocido como parte integral del orden legal nacional por los demás".(Hoekema, 1998: 270).

Ahora bien, la preocupación por el reconocimiento de la "justicia comunitaria" o derecho indígena, no importa aplicar un criterio de segregación para con los indígenas, por una parte. No es posible definir al derecho indígena como un *sistema* (Orellana, 2001.), utilizando los criterios que utilizamos para definir el derecho estatal. Esto, "si partimos del presupuesto real de que los órdenes jurídicos interactúan, se amalgaman y mezclan, no sólo en el orden formal....., sino también en el pensamiento y en el discurso" (Orellana, op. cit.: 15). Por lo que mal podrían constituir un sistema, en la perspectiva funcionalista; ya que "resulta siendo (el derecho indígena) un orden social tan poroso que las interacciones jurídicas de ida y vuelta con otros subórdenes o el orden hegemónico (el estatal) lo transforman permanentemente" (Orellana, 2001:15).

La preocupación por el ejercicio de este derecho colectivo, entonces es más que un problema de reconocimiento de normas, autoridades y procedimientos (aunque por cierto incluye aquello), y que no es suficiente la descripción de las instituciones indígenas (Assies, "la oficialización..", 2000:..) para comprender estas realidades jurídicas. Lo que preocupa (en definitiva) es conocer y manejar la relación entre estos "derechos", como se determina y desplaza esa frontera porosa.

"Para decirlo en términos de la definición de derechos de Sousa, la recurrencia a niveles

jurídicos extraños al de una comunidad y el uso de la retórica institucional o de diferentes repertorios jurídicos por parte de los disputantes e incluso, en algunos casos, por parte de las autoridades, es evidencia de la internalización de OTROS **procesos regularizados y de (OTROS) principios normativos, considerados justiciables en el orden jurídico hegemónico o en OTROS subórdenes jurídicos que contribuyen para la creación y prevención de litigios y para la resolución de éstos a través de un discurso argumentativo**^[36] (Orellana, 2001:29).

La otra preocupación es buscar criterios de validez más o menos universal, que no implica la imposición de unos criterios que son propios de un derecho (hegemónico u oficial), ni tampoco –como se ha dicho- explicar éstos fenómenos sociales como acontecimientos absolutamente separados con criterios de validez sustantiva propia. Se trata entonces de intentar superar la polaridad expresada entre la universalidad o relatividad de los derechos humanos.

El desafío del pluralismo jurídico entonces consiste en buscar nuevos paradigmas del derecho que permitan explicar viejas realidades. En lo que -por cierto- no podré explayarme por ahora.

9. Conclusión: Los indígenas en el nuevo sistema penal, o ¿hacia un reconocimiento de la juridicidad indígena?

Intentaré enunciar algunas ideas a modo de conclusión, pues me he referido a tan diversas cuestiones que, cualquier confusión, no será imputable al lector.

En primer lugar rescatar la idea de que la reforma procesal constituye un avance, tardío, pero no por eso menos valioso, en la protección efectiva de los derechos fundamentales. Me he detenido en el tema de la protección y las garantías, pues me parece que en ello, está lo que constituye lo determinante de este cambio. En la medida en que con mayor eficacia puedan oponerse al poder del Estado los derechos fundamentales; menos probabilidades existen de que se transforme en un instrumento opresivo.

Segundo, que la reforma procesal no trae aparejado derechos específicos para los indígenas, ya que nunca fue concebido de esta manera (ni me parece que aquello estaba presente en las expectativas del movimiento indígena); ya que se inserta dentro del mismo paradigma entocéntrico de la legislación interna. No es posible esperar una situación nueva, el mismo derecho, no otorga nuevas posibilidades. De hecho el Código, como la mayor parte de la legislación nacional no hace mención alguna a lo(s) indígena(s); como por ejemplo sí lo hace la Constitución Brasileña (en el ámbito procesal penal) que establece como obligación del Ministerio Público defender judicialmente los derechos y los intereses de la población indígena (art. 129.V).

En tercer término, y atendido lo dicho, no cabe asumir la interculturalidad mediante instrumentos inadecuados. Si este nuevo procedimiento penal, no ha sido concebido para dar lugar a un régimen jurídico estatal que de cabida al pluralismo jurídico, no debiera constituir una normativa que favoreciera la vigencia de los derechos de los indígenas. De esta forma, nuevamente se intenta resolver una cuestión etnonacional, mediante una implementación legal insuficiente. Si la legislación indígena vigente no resuelve (tampoco) el tema de la tenencia de la tierra^[37], es porque no se ha recogido la demanda indígena propiamente tal (Lillo, 2000, "Conflicto Estado y Pueblo....."). Si los esfuerzos en cambio, apuntan a ignorar u ocultar esas demandas, no estaremos avanzando en la búsqueda de respuestas.

Acerca de cómo recoger de manera efectiva la demanda indígena, parece ser que los instrumentos internacionales y el reconocimiento de los derechos colectivos, otorgan una buena metodología para ello. En la medida en que se reconozca que se establece una relación interétnica (con un "otro"), que además este otro corresponde a una comunidad de cultura, cuyos conflictos y diferencias internas se resuelven también de manera interna, y que sólo se debe advertir cual es el referente^[38] con el que establecer el diálogo.

De esta forma, más que la pregunta de qué manera el nuevo proceso penal recoge los derechos de los indígenas, se hace necesario (re)plantear la reforma del Estado chileno, en términos de adecuar su estructura a una realidad interétnica y multicultural. Para ello, basta echar un vistazo al avance producido en la década pasada en la mayoría de los Estados latinoamericanos, o en otros países con naturaleza multinacional. Sin que ellas contengan necesariamente la respuesta a la situación chilena. Revisar, en otro sentido la evolución de la doctrina de los derechos humanos y cuestionar aquella concepción del derecho que otorga monopolio el Estado en la resolución de conflictos; y fundamentalmente, analizar y reconocer (el Estado) y desarrollar (los movimientos indígenas) las propuestas políticas en este sentido^[39].

En cuarto término, y dicho lo anterior, para los agentes de la nueva reforma, no debe ser una preocupación el hecho de que el sistema penal se transforme en el mecanismo que incorpore los derechos de los indígenas en el orden jurídico interno (cuestión que corresponde al Estado nacional, considerado como un todo); pero sí, en cambio, debe ser una preocupación que el sistema penal no se transforme –en cambio- en "la salida" del conflicto etnonacional. En efecto, como responsable de la política criminal el Ministerio Público determina, bajo los límites establecidos en la ley, cuáles delitos se persiguen. Y a estas alturas (al menos provisionalmente), parece ser que la "tolerancia cero" con los indígenas es la única

reacción posible del Estado, frente a las demandas planteadas.

BIBLIOGRAFÍA.-

1. Ambos, K; Woischnik, J. 2000. "Las reformas procesales penales en América latina"; en "Las reformas procesales penales en América latina". Maier, J; Ambos, K; Woischnik, J (compiladores) 2000. Editorial Ad hoc, Instituto Max Planck para el derecho penal extranjero e internacional, Konrad Adenauer. B. Aires 2000. (p. 835-896).
2. Andueza, Pablo. 1996. "La nueva ley indígena. Historia, contexto internacional y análisis normativo"; en: Revista de Ciencias Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso N° 42. Valparaíso: Universidad de Valparaíso, p. 229. (225-253).
3. Assies, Willem, van der Haar, Gemma y André Hoekema. 1998 "La diversidad como desafío"; en "El Reto de la diversidad". Assies, Willem, van der Haar, Gemma y André Hoekema (editores) 1999. Colegio de Michoacan, 1999.
4. Assies, Willem. 2000 "La situación de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas en el contexto latinoamericano" Seminario-Taller "Unidos en la diversidad por nuestro derecho al territorio" organizado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Bolivia, Sta Cruz-Buena Vista, 10 al 13 de Julio del 2000, sin publicar.
5. Assies, Willem. 2000. "La oficialización de lo no oficial. ¿re-encuentro de dos mundos?. Texto preparado para el Curso Post Congreso, "Identidad, autonomía y derechos indígenas: Desafíos en el Tercer Milenio", 18-22 de Marzo, 2000. Arica, Chile.
6. Sánchez , Esther 1998. "Justicia y Pueblos Indígenas en Colombia". Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. 1998.
7. Aylwin, José. 1989. "Tierra mapuche: derecho consuetudinario y legislación chilena", en *América Indígena*, año XLIX, num. 2, México: Instituto Indigenista Interamericano, Abril-Junio 1989, p. 369-391.
8. Aylwin, José. 1999. "Pueblos Indígenas en el derecho internacional y comparado", en: Sandra Pérez (ed.) "Pueblo Mapuche: Desarrollo y Autogestión. Análisis y perspectivas". Temuco: Editorial Escaparate, 2000.
9. Aylwin José 2000. "Antecedentes para la comprensión de los conflictos en Territorio Mapuche", en: *Perspectiva*, Vol. 3, N° 2, Santiago: Universidad de Chile.
10. Bascuñan, Eduardo y Durston, John. 1999. "Las dimensiones sociales de la regional en América Latina". Rolando Franco y Armando Di Filippo (Compiladores). Santiago, 1999, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, CEPAL, Naciones Unidas. N.U.(p. 181-210)
11. Borekman, Jan. 1993. "Derecho y Antropología". Editorial Civitas S.A., Madrid, España.
12. Bustos, Juan. 1994. "Principios garantistas del Derecho Penal y Proceso Penal"; en "Proceso Penal y Derechos Fundamentales". Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación. Santiago, 1994.
13. Bustos Juan. 1987 "Pena y Estado";. En "Control Social y Sistema Penal". 1ª edición, Promociones Publicaciones Universitarias. Barcelona, 1987.
14. Carocca, Alex. 1997. "Las garantías constitucionales en el sistema procesal chileno"; en Revista *Ius et Praxis*, N° 2, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, editorial Universidad de Talca, 1997. (p 145-226).
15. Carocca, Alex. 2000. "Las Garantías Constitucionales en el nuevo sistema procesal penal". En "Nuevo Proceso Penal", Carocca, A.; Duce, M; Riego, C; Baytelman; Vargas; J. Santiago, editorial Conosur, 2000. (p. 31-98).
16. CEDM Liwen y Marimán, José. 1990. "Pueblo Mapuche. Estado y Autonomía Regional". Centro Estudios y Documentación Mapuche Liwen y Fundación para el progreso humano. Santiago, nov. 1990.
17. Coña, Pascual. (2000) "Testimonio de un cacique mapuche". Santiago, Editorial Pehuén, sexta edición, 2000.
18. Cooper, Doris. 2000. "Etiología de la delincuencia mapuche y otros tipos de delincuencia"; en: Milka Castro (ed.) "*Actas del XII Congreso Internacional. Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal: Desafíos del tercer milenio*". Arica: Unión Internacional de Ciencias Antropológicas y Etnológicas. Comisión de Derecho Consuetudinario y Pluralismo legal, 2000. (p. 164-177).
19. Cooper, James. 2001. "Se abre una nueva oportunidad: Importando sistemas horizontales de justicia durante una época de Reforma Judicial"; en Revista "CREA" número 2, Temuco Centro de Resolución Alternativa de Conflictos. Temuco, 2001. (p. 91-103)
20. Diario Austral. Ejemplar del día 31 de Julio de 2001.
21. Díaz Polanco, Héctor. 1998. "Derechos Indígenas en la actualidad". En: Revista mensual de política y cultura, Número 117, disponible en el sitio internet "Proyecto de Documentación Ñuke Mapu".
22. Díaz Polanco, Héctor. 2000. "Los dilemas de la diversidad", en: Milka Castro (ed.) "*Actas del XII Congreso Internacional. Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal: Desafíos del tercer milenio*". Arica: Unión Internacional de Ciencias Antropológicas y Etnológicas. Comisión de Derecho Consuetudinario y Pluralismo legal, 2000. p. 1009-1020.
23. Durán, Teresa; Salamanca, María.; Lillo, Rodrigo. 2001. "Estableciendo límites entre la costumbre y la juricidad cívico nacional en un sector mapuche de la Araucanía. Una aproximación antropológica-jurídica

- al caso del Comité de Vigilancia de Rüpükura del Valle de Chol Chol". En Revista "CREA" número 2, Temuco Centro de Resolución Alternativa de Conflictos. Temuco, 2001. (p. 53-76).
24. Durston, John. 1995. "Etnodesarrollo de cara al siglo XXI". En publicación de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe, CEPAL, Naciones Unidas. N.U.(p. 1-33).
 25. Dworkin, R. 1967. "¿Es el derecho un sistema de normas?, en Dworkin (ed.) "La Filosofía del Derecho". México, Fondo de Cultura Económica, Breviarios, 1980; p. 75-127.
 26. Espina, Rodrigo; Oyarce, Ana María; Pérez, Gabriela; Sabag, Alejandro; Sánchez, Rubén. 1998. "Población Mapuche. Tabulaciones Especiales, XVI Censo Nacional de Población 1992".
 27. Ferrajoli, Luigi. 1992. "El derecho como sistema de garantías". Ponencia expuesta en las jornadas sobre "La crisis del derecho y sus alternativas", organizadas por el Consejo General de Poder Judicial, en Madrid, durante los días 30 de Noviembre al 04 de Diciembre de 1992. Traducción de Perfecto Andrés Ibañez.
 28. Hoekema, André. 1998. "Hacia un pluralismo Jurídico formal igualitario, en Sierra, María Teresa.1998. "Autonomía y pluralismo jurídico", en: Milka Castro y María Teresa Sierra (compiladoras) "*Pluralismo jurídico y derechos indígenas en América Latina*", *América Indígena*, N° 1 y 2 .México: Instituto Indigenista Interamericano de la OEA. Diciembre de 1999, p. 25 (21-44)
 29. Iturralde, Diego. 1989. "Movimiento indio, costumbre jurídica y usos de la ley"; en "Entre la Ley y la Costumbre"; Stavengahen, R.; Iturralde, D. (compiladores). Instituto Indigenista Interamericano e Instituto Interamericano de Derechos Humanos. México, 1990. (p. 47-64).
 30. Lillo, Rodrigo. 2000. "Conflicto Estado y Pueblo Mapuche. La interculturalidad como paradigma del derecho", en: Milka Castro (ed.) "*Actas del XII Congreso Internacional. Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal: Desafíos del tercer milenio*". Arica: Unión Internacional de Ciencias Antropológicas y Etnológicas. Comisión de Derecho Consuetudinario y Pluralismo legal, 2000. (744-753).
 31. Lillo, Rodrigo. 2000. "El Convenio 169 de la OIT. Hacia un reconocimiento de la diversidad"; en Revista de antropología aplicada N° 2, del Centro de Estudios Socioculturales, Universidad Católica de Temuco. Temuco, 2001.
 32. Lillo, Rodrigo. 2001. "Situación de los derechos indígenas en Chile". En Revista Liwen N° 6 del Centro de Estudios y Documentación Mapuche Liwen, Temuco, Chile, 2001. (en imprenta).
 33. López, Jaime. 2001. "Formas alternativas de Resolución de Conflictos en la ley indígena 19.253"; en Revista "CREA" número 2, Temuco Centro de Resolución Alternativa de Conflictos. Temuco, 2001. (p. 77-90).
 34. Martínez, Raúl Alfonso. 1999. "Los derechos humanos de las poblaciones indígenas. Estudio sobre los Tratados, Convenios y otros acuerdos constructivos entre los Estados y las poblaciones indígenas. Informe final". Comisión de Derechos Humanos; Subcomisión de prevención de discriminaciones y protección de las minorías. Naciones Unidas
 35. Muelas, Lorenzo. 2000. Carta "Llamado a los indígenas que llevarán la voz de nuestros pueblos a la COP5". Carta abierta al movimiento indígena, con objeto de la preparación de la 5ª reunión sobre la Conferencia de Biodiversidad.
 36. Naguil, Víctor. 1997. "Desarrollo Mapuche y Derecho de Autodeterminación", en *Liwen* N° 4, Temuco: Centro de Estudios y Documentación Mapuche, Liwen, 1997 (8-35).
 37. Naguil, Víctor. 1999. "Conflictos en el Territorio Mapuche. Intereses, derechos y soluciones políticas en juego", en *Liwen* N° 5, Temuco: Centro de Estudios y Documentación Mapuche, Liwen, 1999 (11-41).
 38. Obieta, José de. 1985. "El derecho humano de la autodeterminación de los pueblos". Madrid: Editorial Tecnos, 1989, Col. Ciencias Jurídicas.
 39. Ochoa, Carlos. 2000. "Derechos indígenas y Pluralismo legal en América Latina", en Foro sobre pluralismo legal y reconocimiento constitucional del derecho indígena, disponible en sitio internet Alertanet, Derecho y Sociedad.
 40. Orellana René. 2001. "Derecho. ¿qué eres? ¿dónde estás?". Ensayo inicial que forma parte de la investigación realizada por el autor en el marco de un programa doctoral en Antropología y Sociología del Derecho de la Universidad de Amsterdam, con el apoyo de la Fundación Holandesa para el Avance de la Investigación Tropical (WOTRO), con la supervisión de André Hoekema y Willem Assies.
 41. Organización Internacional del Trabajo. 1996. "Pueblos Indígenas y Tribales: Guía para la aplicación del Convenio núm. 169 de la OIT". OIT y Centro Internacional para los Derechos Humanos y el Desarrollo Democrático Montreal, Ginebra, 1996.
 42. Riego, Cristián. 2000. "Chile"; en "Las reformas procesales penales en América latina". Maier, J; Ambos, K; Woischnik, J (compiladores) 2000. Editorial Ad hoc, Instituto Max Palnck para el derecho penal extranjero e internacional, Konrad Adenauer. B. Aires 2000. (p. 167-196).
 43. Sierra, María Teresa. 1998. "Autonomía y pluralismo jurídico", en: Milka Castro y María Teresa Sierra (compiladoras) "*Pluralismo jurídico y derechos indígenas en América Latina*", *América Indígena*, N° 1 y 2 .México: Instituto Indigenista Interamericano de la OEA. Diciembre de 1999, (21-44).
 44. Stavehagen, Rodolfo. 1989. "Derecho consuetudinario indígena en América Latina"; en "Entre la Ley y la Costumbre"; Stavengahen, R.; Iturralde, D. (compiladores). Instituto Indigenista Interamericano e Instituto Interamericano de Derechos Humanos. México, 1990. (p. 27-46).
 45. Stavenhagen, Rodolfo. 1997. "El marco internacional del derecho indígena". en "Derecho Indígena", Magdalena Gómez (Coordinadora), Instituto Nacional Indigenista y Asociación Mexicana para las

Naciones Unidas, 1ª edición, 1997.

46. Yrigoyen, Raquel. 1999. "Reconocimiento constitucional del derecho indígena y la jurisdicción especial en los países andinos (Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador)", en: "*Pena y Estado*" N° 4, "Justicia Penal y comunidades indígenas". Buenos Aires: Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales, Enero 2000, (129-142).
47. Yrigoyen, Raquel. 1999. "Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal". Guatemala, Fundación Myrna Mack, 1ª edición, 1999.
48. Zaffaroni, Eugenio R.. 1986. "Sistemas Penales y derechos humanos en América Latina". Instituto Interamericano de Derechos Humanos, editorial Depalma, 1986.
49. Zaffaroni, Eugenio R. 1990. "En busca de las penas pérdidas". Bogotá, editorial Temis, 1990.

[1] Abogado, profesor de la escuela de derecho de la Universidad Católica de Temuco, Chile; rlillo@ufro.cl

[2] El Diario Austral de Temuco, está vinculado a la empresa periodística el Mercurio de Santiago de Chile.

[3] Argumento que corresponde al Director actual de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, citado por la misma editorial.

[4] "El paradigma del Estado constitucional del Derecho –o sea, el modelo garantista- no es otra cosa que esta doble sujeción del Derecho al Derecho, que afecta a ambas dimensiones de todo fenómeno normativo; la vigencia y la validez, la forma y la sustancia, los signos y los significados, la legitimidad formal y la legitimidad sustancial..." (Ferrajoli, 1992: 12).

[5] Por ejemplo, el Centro de Estudios *Libertad y Desarrollo*.

[6] En las Proposiciones de su estudio "Seguimiento de causas penales..." , Libertad y Desarrollo plantea que "En efecto, constituye una tarea primordial de la justicia criminal esclarecer y sancionar aquellos hechos calificados como delictivos por nuestro ordenamiento jurídico y evitar así, la proliferación de aquellas conductas que lesionan o ponen en peligro a los bienes jurídicos sobre los que se funda la convivencia social. En este contexto, la demora que en la actualidad, presentan los juicios penales pueden afectar las tareas referidas, produciéndose una pérdida de confianza en el sistema, lo que puede desincentivar la denuncia de hechos delictivos y consecuentemente con ello generan un aumento de la criminalidad". (Yañez, Villagrán, Camhi, Osorio, Peribonio, 1994: 37).

[7] Pasukanis, E.; los discípulos de la "escuela de Frankfurt"; Quimmey. A. Todos citados por Zaffaroni, op.cit.

[8] El Gobierno militar ratificó el Convenio, pero sólo publicó su decreto promulgatorio hacia fines de su gobierno (29 de Abril de 1989), con lo cual el pacto no fue legislación vigente hasta esa fecha.

[9] Así, el artículo 10 dispone en este sentido que "En cualquier etapa del procedimiento en que el juez de garantía estimare que el imputado no está en condiciones de ejercer los derechos que le otorgan las garantías judiciales consagradas en la Constitución Política, en las leyes o en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, adoptará, de oficio o a petición de parte, las medidas necesarias para permitir dicho ejercicio".

[10] Actualmente es Defensor Nacional.

[11] Se refiere al derogado Código de Procedimiento Penal, hoy vigente sólo en algunas regiones de Chile.

[12] El Mensaje presidencial de Jorge Montt en 1894 que encabezaba el proyecto de Código Procesal Penal ya anunciaba: "*En Chile parece que no ha llegado aún la ocasión de dar este paso tan avanzado, y ojalá no esté reservado todavía para un tiempo demasiado remoto*"..

[13] En Bolivia el Ministerio Público depende del ejecutivo, mientras que en Costa Rica, Colombia México y Paraguay, lo Ministerios Públicos tienen una dependencia administrativa del poder judicial (Ambos, et.el., op. cit.: 842)

[14] Eventualmente el juez podía autorizar al procesado al conocimiento de algunas diligencias, pero no constituía un derecho esta posibilidad; sino sólo el hecho de solicitarlo (art. 67, 79 y 80 del derogado Código de Procedimiento Penal).

[15] El subrayado es original.

[16] A menos que se trate de delitos cuya pena fuere de 61 a 541 días hacia arriba, o fuere cometido por un funcionario público en ejercicio de sus funciones.

[17] Durante el Gobierno de Eduardo Frei Ruiz-Tagle (1994-2000), el ejecutivo ejerció esta acción en cuatro oportunidades en contra de indígenas, tres de ellas, contra mapuche. Una en contra de personas Rapa Nui; mientras que sólo en una oportunidad la ejerció otro órgano del Estado -la C. Suprema- en contra de una periodista.

[18] Además en 1992, el Intendente Regional Fernando Chuecas interpuso una querrela criminal en contra de mapuche que se manifestaban en razón de quinto centenario del arribo de Colón a América, por el delito de asociación ilícita. El resultado fue de 144 personas (mapuche) condenadas por delitos de asociación ilícita, usurpación y otros delitos. Este proceso a motivado la tramitación de un requerimiento ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; en virtud del cual el Estado chileno deberá arribar a un acuerdo con los indígenas, a riesgo de ser condenado por la Corte.

[19] Entre los que no se encuentra Chile.

[20] En efecto, como señala Assies (1998) “Las demandas indígenas, las emergentes normas internacionales y el nuevo constitucionalismo pluralista, van más allá de una extensión y consolidación de los derechos civiles, políticos y sociales convencionales. Implican un reconocimiento de derechos colectivos o de grupo así como territoriales. Esto sugiere que el ‘emergente modelo multicultural regional’ quizá adquiera los fuertes rasgos de la consociación directa; es decir, del reconocimiento explícito por parte del Estado del derecho de los pueblos indígenas al autogobierno, en un determinado territorio y en un grado especificado, de acuerdo con sus propias costumbres políticas y jurídicas”. (Assies, Van der Haar y Hoekema, 1999: 506).

[21] Acerca de esta discusión, la posición de Naciones Unidas no ha sido unívoca, otorgándose según Obieta (1989) dos respuestas contradictorias al tema de la autodeterminación de las minorías nacionales. “*Obieta afirma que una interpretación más propiamente jurídica, es la que ha emanado de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, la cual tuvo a su cargo la redacción de ambos Pactos. Otra, en cambio, que proviene de la Asamblea General, a propósito de la discusión acerca de la Declaración sobre la Independencia Colonial de 14 de Diciembre de 1960, privilegia más bien criterios e intereses políticos. De esta última posición parece desprenderse que la opinión de Naciones Unidas es que la titularidad de la autodeterminación recae en los Estados (Andueza, 1996) y (sólo) en aquellos “pueblos colonizados que vivían en territorios separados del Estado colonizador por aguas azules” (Assies, 2000, op.cit., “la situación..”:5) (piénsese en las colonias inglesas de África); excluyendo a los pueblos que son objeto de colonización interna; dando como justificación que se intenta salvaguardar el principio de integridad territorial” (Lillo, 2001).*

[22] Entre las que por cierto no se encuentra la chilena.

[23] “el problema de no ver lo que no podemos comprender”, como dijo Don Juan a Carlos Castaneda, citado por Esther Sánchez, 1998: 178).

[24] Ver narración de Pascual Coña, sobre la resolución de conflictos en una comunidad mapuche en la costa chilena, en COÑA, P. (2000) “Testimonio de un cacique mapuche”. Santiago: Editorial Pehuén, sexta edición, 2000.

[25] Para este artículo utilizaremos como sinónimos los conceptos de derecho del Estado, derecho positivo y derecho occidental.

[26] En este sentido ver Durán, Salamanca, Lillo. (2001). “Estableciendo límites entre la costumbre y la juridicidad cívico nacional en un sector mapuche de la Araucanía. Una aproximación antropológica – jurídica al caso del Comité de Vigilancia de Rüpükura del valle del Chol Chol”. En “Revista CREA número 2,. Centro de resolución alternativa de conflictos, Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Temuco, Temuco 2001, (53-76)

[27] Este es el argumento que ha proliferado en la discusión sobre derechos indígenas en Chile, entre los órganos oficiales; tanto parlamentarios, funcionarios del gobierno, como integrantes del Tribunal Constitucional, que han resuelto un requerimiento interpuesto en contra de la ratificación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Al respecto ver Lillo, 2000, op. cit.

[28] Esto si consideramos el caso de Pascual Coña, ya citado; pero lo cierto es que en la sociedad mapuche (como en otras sociedades indígenas) las instituciones jurídicas también se encuentran vinculadas a –al menos- la amenaza del uso de la fuerza.

[29] Aunque también es posible establecer que la imposición de la estructura jurídica ocurre como consecuencia de la apropiación de los medios de producción.

[30] Acuerdos, que han sido considerados por el relator de Naciones Unidas, Miguel Alfonso Martínez, como tratados celebrados entre Estados y Pueblos Indígenas; los cuales “tienen la posibilidad de llegar a ser importantísimos instrumentos para el establecimiento formal y el respeto no sólo de los derechos” reconocidos en instrumentos jurídicos (nacionales o internacionales) aceptados por el Estado de que se trata, “sino también de los inalienables derechos internacionales, en particular el derecho a la tierra...” (Martínez, 1999:47).

[31] Para un análisis más específico sobre el efecto de la aplicación de la legislación chilena sobre el Pueblo Mapuche ver Aylwin, José. 1989. “Tierra mapuche: derecho consuetudinario y legislación chilena”, en *América Indígena*, año XLIX, num. 2, México: Instituto Indigenista Interamericano, Abril-Junio 1989, p. 369-391 y Vidal, Aldo. 1999. “Políticas legislativas en Chile. El caso de las tierras y territorios mapuches, en *CUHSO*, Volumen especial N° 1 1999 “Legislación Indígena, Tierras y Pueblo Mapuche”, Temuco: Centro de Estudios Socioculturales, Universidad Católica de Temuco, 1999, p. 67-111.

[32] Que los mapuche poseían legalmente en virtud de los títulos de merced entregados por el Estado en el proceso de radicación

[33] El Concepto de etnias no otorga derechos colectivos.

[34] Órgano público, creado por la ley para determinar políticas públicas, y brindar protección a los indígenas

[35] Ver Yrigoyen, 1999, op. cit.

[36] El subrayado es original.

[37] Entiendo por la resolución de un conflicto, el asumir que existen intereses contradictorios, en este caso la tierra usurpada y expoliada a los mapuche, y por otro, los de las empresas y actuales propietarios que fundan sus derechos en la legislación chilena vigente.

[38] Referente que no lo determina el Estado nacional , sino el propio Pueblo.

[39] Sobre este tema existen propuestas escritas como la del Centro de Estudios y Documentación Liwen de 1990, "Pueblo Mapuche. Estado y Autonomía Regional", el Consejo de Todas las Tierras y la Identidad Territorial Lafkenche que en Mayo de 1999 redactó el documento "De la deuda histórica Nacional al reconocimiento de nuestros derechos territoriales".
