



INICIATIVA CONVENCIONAL CONSTITUYENTE N°190-6

Iniciativa convencional constituyente presentada por Natividad Llanquileo, Luis Jiménez, Ingrid Villena, Vanessa Hope, Manuela Royo, Daniel Bravo, Mauricia Daza, Hugo Gutiérrez y, Manuel Woldarsky, que “**CREA LA JUSTICIA INTERCULTURAL**”.

Fecha de ingreso: 14 de enero de 2022, 12:40 hrs.
Sistematización y clasificación: Pluralismo Jurídico.
Comisión: Comisión sobre Sistemas de Justicia, Órganos Autónomos de Control y Reforma Constitucional (acápites I al IX de la iniciativa) Art. 67 a), c), f), g), j) y l) del Reglamento General.
Comisión de Forma de Estado, Ordenamiento, Autonomía, Descentralización, Equidad, Justicia Territorial, Gobiernos Locales y Organización Fiscal (acápites X de la iniciativa) Art. 64 e) del Reglamento General (autonomía –indígena-jurisdiccional).
Comisión sobre Principios Constitucionales, Democracia, Nacionalidad y Ciudadanía (acápites XI de la iniciativa). Art. 63 b) del Reglamento General (principio de pluralismo jurídico).
Cuenta: Sesión 49ª; 18-1-2022.

Trámites Reglamentarios

ADMISIBILIDAD (art.83)	:	<input type="radio"/>
INFORME DE LA COMISIÓN TEMÁTICA (art.93)	:	<input type="radio"/>
LECTURA EN EL PLENO (art.94)	:	<input type="radio"/>
INFORME DE REEMPLAZO (art.94, inciso tercero)	:	<input type="radio"/>



ORD. N° 1/2022

**REF.: Solicitud de ingreso
de norma convencional
constituyente**

**Santiago, 14 de enero de
2022**

DE: Convencionales constituyentes de escaños reservados
Natividad Llanquileo Pilquimán por el pueblo mapuche
Luis Jiménez Cáceres por el pueblo aymara.

PARA: Mesa Directiva de la Convención.

ASUNTO: Solicitud de ingreso de iniciativa de norma convencional constituyente.

ANTECEDENTES

1. El Reglamento General de la Convención Constitucional contempla las iniciativas convencionales constituyentes para la elaboración de las normas constitucionales. El artículo 81 establece el derecho de las y los convencionales constituyentes a presentar iniciativas de normas a la Mesa Directiva, mientras que el artículo 83 exige que sean presentadas con fundamento, por escrito, con articulado y dentro de plazo, debiendo ser firmadas por no menos de ocho ni más de dieciséis convencionales constituyentes.

2. El artículo 3 letra d) del Reglamento General de la Convención Constitucional consagra el **principio de plurinacionalidad** según los estándares de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y demás fuentes de derecho internacional de los derechos humanos. Del mismo modo, el artículo 7 del Reglamento de Participación y Consulta Indígena, considera la Declaración, junto al Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo y demás instrumentos internacionales, como fuentes vinculantes para el proceso.

FUNDAMENTOS

La pluralidad y superposición de órdenes normativos y jurisdiccionales en espacios geopolíticos determinados, es una realidad del mundo globalizado que se hace patente en las escalas locales, nacionales y globales¹. Para muchos resulta una realidad poco problemática que tribunales arbitrales internacionales tengan competencia para dirimir conflictos suscitados en el territorio nacional, entre empresas transnacionales y el Estado, conforme a normas contenidas en tratados internacionales; sin embargo, cuando se trata de una pluralidad de sistemas jurídicos de los pueblos indígenas, esta realidad no parece tan fácil de aceptar.

El **pluralismo jurídico** es una característica histórica del campo jurídico latinoamericano derivada de la preexistencia de los pueblos indígenas, civilizaciones enteras que contaban con sus propios sistemas normativos, autoridades y jurisdicciones en el contexto de dominación colonial². Sin embargo, el “**hecho colonial**” situó a los indígenas en una posición de inferioridad, y sus sistemas jurídicos propios fueron mínimamente reconocidos bajo una forma subordinada, para dar cierta estabilidad al orden colonial, pero siempre bajo “la ideología de la inferioridad natural del indio”³.

El nacimiento de los Estados nacionales no rompió con esta ideología de la inferioridad y al contrario, la subordinación colonial de los pueblos indígenas se vio profundizada hasta la invisibilización absoluta con la ideología del **monismo jurídico**, que afirmó la existencia de un solo sistema jurídico dentro del espacio geopolítico del Estado. El “horizonte del constitucionalismo liberal”, inaugurado por los incipientes Estados naciones decimonónicos en Latinoamérica, se caracterizó por reducir a los “indios” colonizados a ciudadanos titulares de derechos individuales, desconociendo las autoridades indígenas, disolviendo los pueblos de indios, eliminando las tierras colectivas, entre otros reconocimientos subordinados que contemplaba el orden colonial. Respecto de aquellos indígenas no colonizados, fueron contruidos bajo el imaginario del “salvaje” con el fin de reducirlos, cristianizarlos y civilizarlos, o hacerles la guerra para expandir la frontera de los Estados sobre sus territorios, desconociendo los tratados que se habían celebrado con la corona española⁴, o incluso, con las nacientes Repúblicas, como el Tratado de Tapihue de 1825, suscrito con representantes del Pueblo

¹ Santos, Boaventura de Sousa. El pluralismo jurídico y las escalas del derecho: lo local, lo nacional y lo global. En Santos, Boaventura de Sousa *Sociología Jurídica Crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*. Trotta, 2009: pp.52-80

² García Villegas, M. y Rodríguez Garavito, C. Derecho y Sociedad en América Latina: propuesta para la consolidación de estudios jurídicos críticos. En M. García Villegas y C. Rodríguez Garavito (Eds.). *Derecho y Sociedad en América Latina: Un Debate Sobre los Estudios Jurídicos Críticos*. Universidad Nacional de Colombia. 2003, pp 15-66.

³ Yrigoyen Fajardo, R. Pluralismo jurídico y jurisdicción indígena en el horizonte del constitucionalismo pluralista. En Ahrens, Helen El Estado de derecho hoy en América Latina. Libro en homenaje a Horst Schönbohm. Colección Fundación Konrad Adenauer. Uruguay. 2012, p. 171.

⁴ Yrigoyen Fajardo, R. ob.cit. pp. 172-173

Mapuche que reconoce que al sur de la frontera del río Bío Bío, las autoridades mapuche **gobiernan y juzgan**, tal como hacen las chilenas del lado norte⁵.

Mientras la mayoría de los países latinoamericanos han transitado desde el constitucionalismo liberal monista del siglo XIX hacia un **modelo de constitucionalismo pluricultural y en algunos casos plurinacional**⁶, Chile permanece anclado en la ficción de “una Nación - un Estado - un Derecho”. Sin embargo, diversas investigaciones han dado cuenta de la pervivencia de los sistemas jurídicos indígenas en el Chile actual, tanto en su faz normativa como jurisdiccional⁷. A pesar de ello, los tribunales de justicia siguen presentando resistencias⁸ a aplicar sus normas y darles eficacia⁹. Infringen, de esta manera, el principio de igualdad entendida en su concepción sustancial¹⁰ y no meramente formal, reconocido latamente en la jurisprudencia, e incumplen y los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos suscritos y ratificados por Chile, que obligan a reconocer y garantizar el derecho propio de los pueblos indígenas antes los tribunales ordinarios, así como el derecho a mantener y desarrollar sus instituciones y ejercer su jurisdicciones propias; normas internacionales que constituyen derecho vigente en Chile y que constituyen límites que tienen muy baja eficacia instrumental¹¹.

En palabras de Elsy Curihuinca y Rodrigo Lillo “hay buenas razones para sostener, que lo que está detrás de esa situación, es la supremacía de la noción de derecho identificado con el Estado y la nación, donde los valores y principios debatidos y sostenidos por la jurisdicción especial se consideran supeditados a los del orden constitucional”¹². La **constitucionalización del**

⁵ Bengoa, José. Historia del Pueblo Mapuche Siglo XIX y XX. Ediciones LOM. P. 149; Correa, Martín. Las Razones del Illkun /enojo, memoria, despojo y criminalización en el territorio mapuche de Malleco. Ediciones LOM. P. 39.

⁶ Yrigoyen, Raquel, ob.cit. pp. 174-192

⁷ Villegas, M., y Mella, E. Cuando la costumbre se vuelve ley, 2017, Lom; Villegas Díaz, Myrna. “Sistemas sancionatorios indígenas y derecho penal. ¿Subsiste el az mapu?” *Política criminal*, Santiago, v. 9, num. 17, 2014. pp. 213-247, 2014. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992014000100007&lng=en&nrm=iso

(Visitado por última vez el 29 de diciembre 2021); Melin Pehuen, Miguel; Coliqueo Collipal, Patricio; Curihuinca Neira, Elsy; Royo Letelier, Manuela. *AZMAPU. Una aproximación al Sistema Normativo Mapuche desde el Rakizuam y el Derecho Propio*. 2016.

⁸ Villegas Díaz, Myrna, "Entre la justificación y la exculpación. Apuntes de legislación comparada latinoamericana sobre pluralismo jurídico y derecho penal", *Revista de Derecho* (Valdivia), Vol. XXV, N°2 (2012), pp. 177-205.

⁹ Bertini, L., y Yáñez, N. Pluralismo jurídico: Derecho indígena y justicia nacional. *Anuario de Derechos Humanos del Centro de Derechos Humanos de la U. de Chile*, 9, 2013, pp. 151-160;

¹⁰ Royo, Manuela. “Derecho Penal e interculturalidad como manifestación del principio de igualdad”. *Política criminal*. Vol. 10, N° 19 (Julio 2015), Art. 12, pp. 362-389.. Disponible en http://www.politicacriminal.cl/Vol_10/n_19/Vol10N19A12.pdf (Visitado por última vez el 29 de diciembre de 2021)

¹¹ Le Bonniec, F. y Corvalán, C. “Derecho penal chileno e interculturalidad en Wallmapu. ¿Un espacio para nuevas estrategias emancipatorias?” *Utopía Y Praxis Latinoamericana*, 26(93), 34-64. Recuperado a partir de <https://produccioncientificaluz.org/index.php/utopia/article/view/35580>

¹² Curihuinca, Elsy y Lillo, Rodrigo. “Jurisdicción indígena como ejercicio del Derecho a la Libre Determinación y su recepción en el sistema penal chileno”. En Miguel González, Araceli Burguete Cal y

pluralismo jurídico contribuirá a la eficacia de los derechos de los pueblos indígenas en relación al **acceso a la justicia, al derecho propio y al respeto de los sistemas jurídicos propios**, de aquellos pueblos y naciones indígenas preexistentes al Estado que los preserven o que, en virtud de su derecho a la libre determinación, decidan recuperarlos y desarrollarlos. Se trata de normas que ya existen en nuestro ordenamiento jurídico nacional en virtud de los tratados y declaraciones relativas a los pueblos indígenas, como veremos más adelante, pero que encuentran fuertes resistencias en la cultura jurídica nacional que impiden que tengan eficacia instrumental real. La única innovación de la propuesta en este sentido, es incorporar expresamente en el texto constitucional esos derechos que ya integran el ordenamiento jurídico chileno.

En el marco de esta iniciativa constituyente y en base a las ideas de Raquel Yrigoyen¹³ y André Hoekema¹⁴, el pluralismo jurídico se entiende como un principio de organización del Estado en virtud del cual se reconoce, respeta y garantiza que dentro de las fronteras del país coexisten, **con la misma jerarquía**, el sistema común del Estado y los sistemas jurídicos de los pueblos y naciones indígenas preexistente, fundado en la libre determinación del que son titulares.

El significado esencial de la libre determinación, según James Anaya, en tanto derecho humano colectivo, tiene como idea fundamental que los seres humanos, individualmente o como grupos, tienen por igual el derecho de ejercer el control sobre sus propios destinos y de vivir en los órdenes institucionales de gobierno que se diseñen de acuerdo con ese derecho¹⁵. Atendido este concepto, el derecho colectivo que tiene cada pueblo preexistente a regirse por sus sistemas jurídicos propios es indispensable para que puedan vivir libremente, conforme a su propia voluntad y plan de vida, y definir, de acuerdo a sus valores sociales, culturales y políticos, su propia forma de desarrollo.

Como principio de organización del Estado, el pluralismo jurídico indígena, fundado en la libre determinación, supone una perspectiva igualitaria que reconoce el mismo valor y jerarquía a los sistemas jurídicos propios de los pueblos frente al común del Estado. Comprende así la capacidad de los pueblos de producir normas para regular la vida social, autogobernarse, definir su sistema de desarrollo económico y social, controlar sus territorios y recursos y la capacidad

Mayor, José Marimán, Pablo Ortiz-T., Ritsuko Funaki (coord.) *Autonomías y autogobierno en la América diversa*, 2021, p. 434 .

¹³ Elaborado a partir de las explicaciones de Raquel Yrigoyen como característica de la pluralidad de sistemas jurídicos indígenas en el contexto del horizonte del constitucionalismo plurinacional en Latinoamérica, Yrigoye Fajardo, R. Pluralismo jurídico y jurisdicción indígena en el horizonte del constitucionalismo pluralista. En Ahrens, Helen. *El Estado de derecho hoy en América Latina. Libro en homenaje a Horst Schönbohm*. Colección Fundación Konrad Adenauer. Uruguay. 2012, pp.171-193.

¹⁴ Concepto sustentado en la diferenciación que realiza André Hoekema entre pluralismo jurídico formal unitario y el pluralismo jurídico formal de tipo igualitario. Hoekema, André. Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario, *El Otro Derecho*, num. 26-27, 2002, pp. 66-98.

¹⁵ Abaya, James. “El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación tras la adopción de la declaración” En En Charters, Claire y Stavenhagen, Rodolfo. *El Desafío de la Declaración - Historia y Futuro de la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas*. IWGIA, 2009, pp. 174-209.

de ejercer autoridad a través de sus propias estructuras institucionales; la capacidad de ejercer funciones jurisdiccionales, de conformidad con su propio derecho, y a través de sus propias autoridades, incluyendo las funciones de conocer, investigar, convocar, juzgar, aplicar la coerción o violencia legítima para hacer cumplir sus decisiones en la resolución de todo tipo de conflictos dentro de su ámbito territorial, respecto de cualquier persona, e incluso, controlar a sus miembros aún fuera de su ámbito territorial, cuando ambas partes sean indígenas y ellas lo soliciten de común acuerdo. Esto significa que los actos y decisiones de los pueblos tienen validez y eficacia como cualquier otro acto administrativo o jurisdiccional, y, por lo tanto, deben ser reconocidos, respetados y acatados por el Estado y toda persona, sin que puedan ser materia de revisión, doble juzgamiento y, menos, de criminalización.

Así, en virtud de la libre determinación, los pueblos tienen derecho a crear, revitalizar, mantener, fortalecer y desarrollar sus sistemas jurídicos propios, y en el contexto de un Estado Plurinacional, regido también por el principio de interculturalidad, abarca derechos de los individuos o colectivos indígenas frente a los órganos del Estado, imponiendo el deber estatal de asumir una política fundada en el respeto de la igual dignidad de las culturas.

En la esfera estrictamente jurisdiccional, el pluralismo jurídico abarca al menos tres ámbitos que irradian toda la concepción de los sistemas jurídicos. Comprende el derecho de los individuos y colectivos indígenas a que en los tribunales ordinarios de justicia se asuma una **perspectiva intercultural** del conflicto de relevancia jurídica, y que en su resolución **se respete su derecho propio, costumbres, protocolos y prácticas**; el derecho colectivo de los pueblos indígenas a revitalizar, mantener, crear, desarrollar y ejercer sus **instituciones, sistemas normativos y derecho propio**; y, finalmente, el reconocimiento de sus **sistemas jurisdiccionales** propios, en pie de igualdad frente al del Estado.

Esto supone desafíos de cooperación y coordinación entre los distintos sistemas, respetuosos de la diversidad lingüística, cultural, política y jurídica de los pueblos, pero tal como se aprecia en el ámbito global, por ejemplo en materias de comercio o derechos humanos, son desafíos perfectamente asumibles por el Estado Plurinacional.

EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS COMO FUNDAMENTO DEL RECONOCIMIENTO DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS INDÍGENAS

El derecho internacional de los derechos humanos reconoce a todos los pueblos el derecho a la libre determinación¹⁶, en virtud del cual estos determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural. Como ha señalado James

¹⁶ Así consta en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Artículos 1 (1) y (2)), el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Artículo 1 (1) y (2)) y la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (Artículo 3)

Anaya, las normas internacionales relativas a los pueblos indígenas que desarrollan los elementos de la libre determinación, pueden encuadrarse dentro de las siguientes categorías: no discriminación, integridad cultural, tierras y recursos, desarrollo y bienestar social, y autogobierno¹⁷. El derecho al autogobierno y a la no discriminación, exigen el reconocimiento de los sistemas normativos, autoridades, instituciones y jurisdicciones propias, con la misma jerarquía que los del Estado, y son indispensables para garantizar la supervivencia física y cultural de los pueblos indígenas en tanto sujetos colectivos.

Como hemos afirmado antes, el derecho internacional de los derechos humanos, integrado en el actual ordenamiento jurídico nacional en virtud del artículo 5º inciso 2º de la Constitución, ya reconoce el pleno respeto de los sistemas jurídicos indígenas. Aunque esto no haya tenido el suficiente desarrollo legislativo o jurisprudencial, se trata de la legalidad vigente hoy en Chile y, por tanto, es el mínimo al que pueden aspirar los Pueblos y constituye uno de los márgenes de la “hoja en blanco” de la nueva Constitución.

Así, el Convenio 169 de la OIT comienza ya afirmado en el párrafo quinto de su preámbulo, que el tratado se funda en la aspiración de los pueblos por asumir el control de sus propias instituciones dentro de los Estados en los que habitan¹⁸. En sus artículos, se obliga internacionalmente a los Estados a respetar el derecho propio de los pueblos indígenas (artículo 8), así como sus propios métodos de represión de delitos propios de los pueblos indígenas (artículo 9); a tomar en cuenta las características culturales, económicas y sociales de los pueblos indígenas al imponer sanciones penales, consignando como un recurso excepcional el encarcelamiento (artículo 10); y a contemplar mecanismos eficaces de protección en caso de violación a los derechos de los pueblos indígenas (artículo 12).

El Convenio 169 no puede leerse aisladamente. En tanto tiene por finalidad la protección de los derechos humanos, su artículo 35 obliga a interpretarlo en conjunto con el resto de fuentes del derecho internacional de los derechos humanos, teniendo en ello un rol clave la **Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas** (en adelante la Declaración).

La Declaración, suscrita por Chile, consigna que los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos (artículo 34), destacando el derecho a determinar las responsabilidades de los individuos para con sus comunidades (artículo 35). El artículo 13.2 contempla el derecho a ser escuchado ante autoridades en su propio idioma, lo que incluye a los tribunales de justicia. En cuanto al derecho

¹⁷ Anaya, James. Los Pueblos Indígena en el Derecho Internacional. Trotta, Madrid, 2005, pp. 175-242.

¹⁸ Quinto considerando del preámbulo del Convenio 169: “Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven”. Ginebra, 7 de junio de 1989.

al acceso a la justicia, la Declaración reconoce que los pueblos indígenas tienen derecho a procedimientos equitativos y justos para el arreglo de conflictos, a una pronta decisión sobre esas controversias, y a una reparación efectiva, considerando sus propias costumbres, tradiciones, normas y sistemas jurídicos (artículo 40).

Según han señalado James Anaya¹⁹ y Luis Rodríguez Piñero²⁰, la Declaración no crea derechos nuevos para los indígenas, sino que especifica en ellos los derechos humanos de los tratados ya existentes, y contempla en diversas normas los más altos estándares de derechos humanos relativos a los pueblos indígenas. Así, debe entenderse que todos los derechos y garantías judiciales contemplados en los tratados internacionales²¹, se especifican respecto de los pueblos indígenas en la forma indicada en la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, lo cual guarda armonía con el artículo 35 del Convenio 169 de la OIT ya citado.

Por su parte, **la Declaración Americana Sobre Derechos de los Pueblos Indígenas**, también suscrita por Chile, contempla el derecho que estos tienen a promover, desarrollar y mantener sus propias instituciones, y considera que los sistemas jurídicos indígenas deben ser reconocidos y respetados por el orden jurídico nacional, a la vez de garantizar que el acceso a ellos debe ser en condiciones de igualdad y no discriminación (Artículo 22). Lo anterior se refuerza en el artículo 30 al declarar que los pueblos indígenas tienen derecho al reconocimiento y respeto de sus propias instituciones para el mantenimiento de su organización y control de sus comunidades y pueblos.

¹⁹ Anaya, James. *Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas a la Asamblea General, A/68/317*, parr. 70.

²⁰ Rodríguez Piñero, Luis. "“Cuando Proceda”: Vigilancia y aplicación de los derechos de los Pueblos Indígenas según la Declaración”. En Charters, Claire y Stavenhagen, Rodolfo. *El Desafío de la Declaración - Historia y Futuro de la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas*. IWGIA, 2009, pp. 336-365.

²¹ Artículos 2(3) - 6(4) - 9(4) – 13 – 14 – 15 - 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 2(1) del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales; artículo 5(a) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial; artículo 2(c) - 15 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer; artículo 13 - 16(1) de la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes; artículos 12(2) – 21 - 37(d) - 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño.; artículos 16(5 -9) – 18 - 19 - 20 de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares; artículos 13 - 14 - 23 de la Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad; artículos 8 - 9 - 10 - 12 del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países Independientes; artículos 8 - 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículos 8 - 10 - 12 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículos I -VII – VII - IX - X de la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas; artículo 7(b) y (f) de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención Belém Do Pará”; artículo III (1) (a) de la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad; artículo 13(2) – 34 - 35 - 40 de la Declaración ONU sobre derechos de los pueblos indígenas.; artículo 22 - 30 de la Declaración Americana sobre derechos de los pueblos indígenas.

En este sentido, diferentes académicos concurrieron a las audiencias públicas de la Comisión sobre Sistemas de Justicia y expusieron en términos concordantes, la necesidad de reconocer constitucionalmente el pluralismo jurídico en base al principio de libre determinación de los pueblos, abarcando los derechos a preservar, mantener, recuperar, ejercer y desarrollar sus instituciones, sistemas normativos y jurisdicciones propias. Así, expuso el director del Observatorio Ciudadano José Aylwin²², las profesoras Katherine Becerra²³, Myrna Villegas²⁴ y Nancy Yáñez²⁵, los profesores Boaventura de Sousa Santos²⁶, Miguel Melín²⁷, Jorge Contesse²⁸ y Salvador Millaleo²⁹, entre otros.

EXPLICACIÓN DE LA PROPUESTA

La propuesta contempla, en primer lugar, **una regla de organización de la función jurisdiccional**, destacando la incorporación de principios de relevancia para los pueblos indígenas que informan la estructura, integración y los procedimientos. Se consagra **la libre determinación y el respeto de los derechos humanos** como **límites recíprocos** entre la jurisdicción común y la indígena.

Se consigna la **plurinacionalidad**, que incide en general en la organización y distribución del poder del Estado y en este caso, específicamente, en temas como la **estructura e integración** de órganos como el Consejo de la Magistratura o de Justicia, o eventualmente, si no se elimina, el Tribunal Constitucional. **La interculturalidad**, se funda en la necesidad de **procedimientos adecuados** que garanticen un diálogo horizontal, en condiciones de igual respeto y dignidad de las diferentes culturas, que se materializaría, por ejemplo, en **facilitadores interculturales** como funcionarios auxiliares del juez y no exclusivamente de las partes, **intérpretes** de lenguas, protocolos de atención con pertinencia cultural, **peritajes consultivos**, **formación de jueces y funcionarios**, **señaléticas bilingües**, etc.

El **pluralismo jurídico**, se encuentra consagrado en diversas constituciones. En algunas explícitamente como principio de Estado y Jurisdicción (Bolivia, artículos 1 y 178), y en otras reconociendo todos o algunos de los ámbitos que comprende la conceptualización previamente ofrecida (Colombia, artículo 246; Ecuador, artículos 57 y 171; México, artículo 2; Paraguay, artículos 47, 63, 69 y 269; Perú, artículo 149; Venezuela, artículo 156, 260 y 281).

²² Director del Observatorio Ciudadano, audiencia del día martes 2 de noviembre de 2021.

²³ Profesora de la Universidad Católica del Norte, audiencia del día martes 2 de noviembre de 2021.

²⁴ Profesora de la Universidad de Chile, audiencia del día martes 2 de noviembre de 2021.

²⁵ Profesora de la Universidad de Chile, audiencia del día 30 de noviembre de 2021.

²⁶ Profesor del Centro de Estudios Sociales, Universidad de Coímbra, Portugal, audiencia del día de diciembre de 2021.

²⁷ Profesor de la Universidad de la Frontera, audiencia del día 4 de noviembre de 2021.

²⁸ Profesor de la Universidad Diego Portales, audiencia del día 25 de noviembre de 2021.

²⁹ Profesor de la Universidad de Chile, audiencia del día de diciembre de 2021.

La constitucionalización del pluralismo jurídico supera la mera constatación del hecho sociológico de la existencia de una pluralidad de sistemas jurídicos distintos al del Estado, característico de Latinoamérica y de la sociedad global actual. Significa el reconocimiento, aceptación, protección y valoración, en igual dignidad y jerarquía, de estos sistemas jurídicos frente al común del Estado, lo cual informa todo el ordenamiento socio-jurídico del Estado, orientando los posteriores desarrollos normativos de los contenidos constitucionales relativos a la jurisdicción y toda la acción pública. Frente a una Constitución que afirma como principio la “unidad de la jurisdicción”, es necesario contar con un principio complementario que justifique la coexistencia de sistemas jurisdiccionales distintos al común. La consagración del pluralismo jurídico como principio, contribuirá al progresivo tránsito de la cultura jurídica monista que caracteriza la tradición jurídica chilena, hacia una pluralista que permita la eficacia de los derechos de los pueblos originarios y que no queden exclusivamente en reconocimientos simbólicos.

La consagración de la jurisdicción indígena se materializa con la regla que establece la **igual jerarquía entre las jurisdicciones común e indígena**. Ambas producen autoridad y efecto de cosa juzgada; lo resuelto en la jurisdicción indígena deberá ser acatado por toda persona, autoridad u órgano, y no se podrá revivir el mismo proceso, por las mismas personas y por la misma materia, ante la jurisdicción común. De esta forma, se da cumplimiento a la obligación internacional del Estado de Chile de reconocer el derecho a la libre determinación, que en su faceta jurídica se traduce en el reconocimiento de los sistemas jurídicos indígenas.

El concepto de “**sistemas jurídicos indígenas**” está consignado en un sentido amplio, que abarca sistemas normativos, instituciones y jurisdicciones propias; es decir, valores, prácticas, autoridades, costumbres, procedimientos, derecho propio, etc. **Nos alejamos en este sentido de la expresión “derecho consuetudinario”**, puesto que es más restrictiva y connota una visión estática de las sociedades indígenas, que no se corresponde con el reconocimiento del derecho a la libre determinación y el poder que tienen los pueblos que así lo desean, de desarrollar sus propios sistemas jurídicos.

El reconocimiento de los sistemas jurídicos habilitará la posibilidad que las comunidades indígenas puedan resolver sus conflictos internos y que esas decisiones sirvan de reparación no solo a los individuos sino también que produzcan satisfacción a la comunidad indígena, de acuerdo con la cosmovisión de cada pueblo.

Es necesario destacar que para los pueblos indígenas que no poseen sistemas jurisdiccionales propios, en tanto sujetos colectivos, **será facultativo la adopción de un sistema propio dentro de sus territorios**, o si prefieren, podrán seguir rigiéndose por la justicia común en la resolución de sus conflictos, sin ser nunca una imposición estatal. Se sigue el modelo colombiana (artículo 246) y peruano (artículo 148), que en la propuesta se manifiesta, por ejemplo, en la expresión como “podrán ejercer”, contenida en el artículo que regula la jurisdicción indígena.

En cuanto a la revisión de lo resuelto en la jurisdicción indígena, se debe tener presente que, en primer lugar, es posible que cada pueblo, en virtud de su derecho a la libre determinación, contemple instancias de revisión en su propia jurisdicción. Sin embargo, se prevé una **posible revisión mediante un recurso extraordinario** para aquellos casos en que se alegue la **vulneración de derechos humanos**, contemplados como causales en la ley de coordinación, definidos e interpretados interculturalmente.

De esta manera, se cuida que sea el legislador y la labor jurisprudencial los que definan e interpreten, respectivamente, cuáles son esos derechos que constituyen un mínimo común a toda cultura, evitando así que la idea de “derechos humanos” se torne en lo que Boaventura de Sousa Santos denomina, en contexto interculturales, un “localismo globalizado”³⁰. La opción adoptada está en línea con el desarrollo de la Corte Constitucional colombiana que considera que la revisión debe **procurar maximizar la autonomía de las comunidades y pueblos indígenas, sus derechos colectivos e individuales, y minimizar sus restricciones** para el cuidado y resguardo de aquellos valores o intereses de superior jerarquía³¹.

Quien conocerá de la revisión de lo resuelto en la jurisdicción indígena será un **tribunal especial, plurinacional, intercultural y paritario, integrado por no legos y legos**, que mantenga independencia y neutralidad respecto a ambas jurisdicciones. La propuesta contempla un sistema de integración y le encarga además el conocimiento de los eventuales conflictos de competencia entre ambas jurisdicciones, así como de cualquier otra materia relativa a la jurisdicción indígena. La ley de coordinación regulará su funcionamiento, observando los lineamientos contemplados en la constitución.

En relación a los grupos vulnerables de especial protección, se ha optado por un sistema de recurso ordinario como forma de contribuir a la eliminación de aquellas situaciones estructurales que causan su posición vulnerable. Se estima que este sistema puede incentivar a que sean las propias jurisdicciones indígenas las que otorguen la más plena satisfacción del anhelo de justicia a estos grupos, como forma de evitar las posteriores revisiones de lo resuelto en ellas.

³⁰ Para Santos, un localismo globalizado es un fenómeno local que ha sido globalizado con éxito. En sus palabras, se trata de “un proceso cultural mediante el cual una cultura local hegemónica se come y digiere, como un caníbal, otras culturas subordinadas”. Santos, B. La globalización del Derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación. ILSA Universidad Nacional de Colombia. 1998, p. 202.

³¹ Así, según la Corte Constitucional colombiana, “Las restricciones a la autonomía de las comunidades indígenas en lo que hace a la determinación de sus instituciones jurídicas y sus formas de juzgamiento estarían justificadas, porque: se trata de medidas necesarias para proteger intereses de superior jerarquía, que en este caso serían el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la tortura y la legalidad de los procedimientos, los delitos y las penas; y se trata de las menores restricciones imaginables a la luz del texto constitucional.”. Sentencia T 349/96 de la Corte Constitucional Colombiana. Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-349-96.htm>, (revisado por última vez el 29 de diciembre de 2021)

En cuidado de los grupos históricamente vulnerados en sus derechos, se expresa así en tres elementos concretos de la propuesta: **garantizando la plena participación de las mujeres en instancias decisorias en la jurisdicción indígena**, siguiendo en esto la experiencia constitucional comparada de Ecuador (artículo 171); enfatizando una **especial protección**, bajo la forma de límite de la jurisdicción indígena, respecto de la integridad y dignidad de las **mujeres, diversidades sexuales, niñas, niños y adolescentes, personas mayores y personas con discapacidad**, inspirados en parte en la constitución de México (artículo 2) pero yendo incluso más allá al incluir otros grupos históricamente vulnerados; y contemplando un **recurso ordinario que habilita la revisión de las decisiones de la jurisdicción indígena**, cuando se alegue la vulneración de los derechos de estos mismos grupos.

La iniciativa consagra la **garantía institucional de acceso a la justicia intercultural** y el deber correlativo de los tribunales ordinarios o comunes del Estado, de **brindar una justicia con pertinencia cultural y garantía del respeto del derecho propio**. Éste es el segundo elemento del pluralismo jurídico y es el más transversal a todos los pueblos y naciones preexistentes, pues si bien no todos siguen aplicando sus sistemas jurisdiccionales propios, muchos sí mantienen sus sistemas normativos, de valores y culturas, que rigen la vida social. Con esta consagración, se garantiza no sólo un tratamiento personal y procedimientos con pertinencia cultural, sino también, que el funcionamiento de la justicia ordinaria respete los sistemas normativos indígenas, es decir, un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario. En la garantía institucional de acceso a la justicia intercultural, se consagran derechos que actualmente existen en el ordenamiento jurídico nacional, como **el derecho a sanciones que consideren las características económicas, sociales y culturales** de personas pertenecientes a los pueblos indígenas (garantizada en el Convenio 169 de la OIT), pero que carecen de eficacia instrumental actual generalizada.

En cuanto al deber de los tribunales comunes de brindar justicia intercultural, como fue expuesto en audiencias de la Comisión por el grupo de investigadores del Protocolo de Atención a Usuarios Mapuche “Pau-Mapu”, los funcionarios y las formas de atención en los tribunales, en general, carecen de la debida pertinencia cultural. Existe una cultura jurídica colonial, que discrimina a los usuarios indígenas, y niega la igualdad en la tutela judicial efectiva. Al consagrar constitucionalmente el deber, se abre la posibilidad de impulsar políticas públicas que asuman estos desafíos; políticas que pueden ser no sólo protocolos, sino también nuevos roles y funcionarios, como el del facilitador intercultural como auxiliar de la administración de justicia y no como un recurso de parte, por ejemplo.

Existen tres artículos relativos a órganos autónomos que se proponen para ser deliberados y discutidos cuando el itinerario temático de la Comisión lo haga procedente. Se trata de la regulación de aspectos relativos al pluralismo jurídico que son atingente a otros órganos que intervienen de alguna manera en el desarrollo de la función jurisdiccional: la **Defensoría Penal Pública**, cuya autonomía constitucional ha sido defendida en las audiencias públicas y que será

propuesta como norma constitucional por los autores de esta iniciativa; el **Ministerio Público y la Defensoría de los Pueblos y de la Naturaleza**, que también constituirá una iniciativa de estos autores. Se proponen ahora, pues el abordaje del pluralismo jurídico requiere para su cabal comprensión, deliberación y votación, tener a la vista la incidencia transversal que tiene en los diferentes capítulos de la constitución.

En este mismo sentido, la iniciativa contempla una propuesta para ser deliberada en la Comisión número tres sobre Forma de Estado, haciéndonos cargo de proponer una **regulación mínima de la autonomía jurídica** que deben contemplar las atribuciones que se reconozcan a las autonomías territoriales indígenas. Para la Comisión número dos, sobre Principios Constitucionales, se propone el **pluralismo jurídico como un principio** que organiza y orienta todo el orden constitucional, la institucionalidad que de él se deriva y el ejercicio de las funciones públicas.

PROPUESTAS DE NORMAS SOBRE PLURALISMO JURÍDICO

I. Principios de organización de la función jurisdiccional (Iniciativa para Comisión seis sobre Sistemas de Justicia)

Artículo XX

La función jurisdiccional se organiza en su estructura, integración y procedimientos conforme a los principios de plurinacionalidad, pluralismo jurídico e interculturalidad, garantizando una adecuada coordinación entre el sistema común y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas, que garantice el pleno respeto al derecho a la libre determinación y los estándares internacionales de derechos humanos, interpretados interculturalmente.

II. Consagración de la jurisdicción indígena (Iniciativa para Comisión seis sobre Sistemas de Justicia)

Artículo XX

Los pueblos y naciones indígenas preexistentes al Estado tienen derecho a recuperar, promover, administrar, ejercer, crear y desarrollar sus sistemas jurídicos, que comprenden los sistemas normativos, instituciones y jurisdicciones propias, que gozan de la misma jerarquía que el sistema común del Estado de conformidad al derecho internacional de los derechos humanos de los pueblos indígenas.

Los actos y decisiones adoptadas en ejercicio de la jurisdicción indígena producen autoridad y efecto de cosa juzgada, y deben ser acatados por toda persona, órgano o autoridad, pudiendo requerir el auxilio de la fuerza pública para su ejecución.

El Estado Plurinacional debe respetar, garantizar y promover los sistemas jurídicos indígenas.

III. Sobre la Jurisdicción Indígena (Iniciativa para Comisión seis sobre Sistemas de Justicia)

Artículo XX

Los pueblos y naciones indígenas preexistentes al Estado, en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen la potestad de ejercer funciones jurisdiccionales conforme a sus costumbres, procedimientos, protocolos, derecho y sistemas normativos propios, dentro de su ámbito territorial, respecto de cualquier persona o materia, garantizando la plena participación y decisión de las mujeres y el respeto a los derechos humanos interpretados interculturalmente, con especial protección de la dignidad e integridad de las mujeres, diversidades sexuales, niñas, niños y adolescentes, personas mayores y personas con discapacidad.

Las decisiones adoptadas por la jurisdicción indígena sólo son revisables por el tribunal plurinacional del artículo siguiente, cuando se alegue alguna de las causales por vulneración de derechos humanos contempladas en la ley de coordinación, interpretados interculturalmente con el fin de maximizar la protección de derechos colectivos e individuales. Los grupos vulnerables titulares de la especial protección a que hace referencia el inciso precedente, podrán siempre requerir la revisión de la decisión cuando aleguen la vulneración de sus derechos.

La ley de coordinación determinará los ámbitos de competencia en materia penal y la coordinación entre la jurisdicción común y las jurisdicciones indígenas, observando como límite el derecho a la libre determinación y la supervivencia cultural de los pueblos, los principios y normas contemplados en esta Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos de los pueblos indígenas.

IV. Tribunal especial colegiado, plurinacional y paritario (Iniciativa para Comisión seis sobre Sistemas de Justicia)

Artículo XX

En cada región donde existan territorios indígenas y se ejerza la jurisdicción indígena, se creará un tribunal plurinacional, colegiado y paritario, asistido por una consejería técnica con pertinencia cultural, que conocerá de los conflictos de competencia entre las jurisdicciones indígenas y la jurisdicción común, del recurso señalado en el artículo precedente, y de toda otra materia relativa a la jurisdicción indígena sobre las que tendrá competencia exclusiva.

El tribunal se compone por cinco miembros, en cuyo nombramiento se privilegiará el conocimiento sobre la cultura y derecho propio de cada pueblo. Estará integrado por:

- a) *Un juez y una jueza de Corte de Apelaciones con acreditada especialización en estándares internacionales de derechos humanos de los pueblos indígenas, quienes serán elegidos por sorteo.*
- b) *Un hombre y una mujer expertas indígenas del pueblo de los incumbentes, con conocimiento de la cosmovisión de su pueblo, elegidos con participación vinculante del pueblo al que pertenecen.*
- c) *Un o una profesional de las ciencias sociales con experiencia en diálogo intercultural, elegido por concurso público.*

En la regulación de los procedimientos ante el tribunal indígena especial, el legislador debe orientarse por los principios de interculturalidad, oralidad, concentración, intermediación, publicidad, registro, derecho a la prueba y al derecho propio.

V. Garantía de acceso a la justicia intercultural (Iniciativa para Comisión seis sobre Sistemas de Justicia, que deberá discutirse cuando se discutan las garantías)

Artículo XX

Las comunidades e individuos pertenecientes a pueblos y naciones indígenas preexistentes al Estado tienen derecho a que se respeten sus sistemas normativos, instituciones y jurisdicción propia, en los términos establecidos en esta Constitución y en el derecho internacional de los derechos humanos de los pueblos indígenas. De común acuerdo, las personas indígenas podrán someter a la jurisdicción indígena los conflictos ocurridos fuera de ella.

Los individuos pertenecientes a pueblos y naciones indígenas preexistentes al Estado tienen derecho a acceder a un proceso judicial en la justicia ordinaria, a la tutela efectiva de sus derechos, a la pronta resolución de los conflictos y a la reparación efectiva de los daños causados, con pleno respeto a sus prácticas, sistemas jurídicos propios y los derechos garantizados en esta Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos de los pueblos indígenas.

Cuando se impongan sanciones civiles, administrativas, penales o de otro tipo a personas indígenas, se deben respetar sus características económicas, sociales y culturales. En el ámbito penal, se deben privilegiar sanciones que no impliquen el encarcelamiento, y cuando esto no sea posible, los tribunales y sistemas penitenciarios deben garantizar condiciones que permitan ejercer el derecho a vivir conforme a su propia cultura.

Las personas indígenas tienen derecho a una asistencia jurídica especializada, intérpretes y facilitadores interculturales. El Estado debe garantizar que los órganos que intervienen en el proceso de administración de justicia, respeten y promuevan el derecho a acceder a una justicia con perspectiva intercultural.

VI. Deber estatal de brindar una justicia intercultural (Iniciativa para Comisión seis sobre Sistemas de Justicia)

Artículo XX.

Los tribunales de justicia, en su organización y funcionamiento están siempre obligados a adoptar una perspectiva intercultural y a respetar, en sus resoluciones y razonamientos, las costumbres, tradiciones, protocolos y el derecho propio de los pueblos y naciones preexistentes al Estado y los derechos y garantías reconocidos en el derecho internacional de los derechos humanos de los pueblos indígenas.

VII. Defensoría de los pueblos y de la naturaleza (Iniciativa para Comisión seis sobre Sistemas de Justicia, que deberá discutirse cuando se deliberen los organismos autónomos)

Artículo XX

La Defensoría de los Pueblos y la Naturaleza debe velar por los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas y de la naturaleza, ejerciendo las acciones necesarias para su efectiva garantía, protección y reparación, sin perjuicio de las acciones y derechos que asisten a los individuos y comunidades.

VIII. Deberes de la Defensoría Penal Pública como garantía de acceso a la justicia con pertinencia cultural (Iniciativa para Comisión seis sobre Sistemas de Justicia, que deberá discutirse cuando se deliberen los organismos autónomos)

Artículo XX

Es deber de la Defensoría Penal Pública prestar defensa jurídica con pertinencia cultural, debiendo garantizar el acceso a una defensa técnica con especialización indígena y asistida por facilitadores interculturales. Las políticas de formación y especialización que se impartan o adopten para los funcionarios de la Defensoría Penal Pública, deberán considerar la especialización en justicia intercultural y cultura indígena.

IX. Deberes del Ministerio Público como garantía de acceso a la justicia con pertinencia cultural (Iniciativa para Comisión seis sobre Sistemas de Justicia, que deberá discutirse cuando se deliberen los organismos autónomos)

Artículo XX

El Ministerio Público, en el ejercicio de sus funciones constitucionales, debe respetar y promover los principios de interculturalidad, pluralismo jurídico indígena y plurinacionalidad. Las políticas

de formación y especialización que se impartan o adopten para los funcionarios del Ministerio Público, deberán considerar la especialización en justicia intercultural y cultura indígena.

X. La función jurisdiccional de cada pueblo como elemento de las autonomías indígenas (Iniciativa para Comisión tres sobre Forma de Estado)

Artículo XX

*Los pueblos indígenas, en el ejercicio de su libre determinación, tienen derecho a la autonomía política, territorial, funcional, **jurídica** y presupuestaria.*

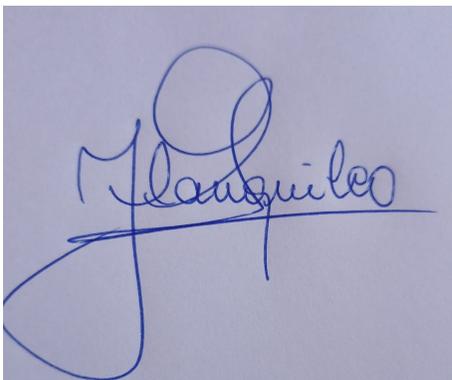
En virtud de su autonomía jurídica, los pueblos y naciones indígenas preexistentes, dentro de sus territorios, tienen la potestad de crear, preservar y desarrollar sus propias normas, instituciones y resolver, con eficacia de cosa juzgada los conflictos que se susciten.

XI. El principio de pluralismo jurídico (Iniciativa para Comisión dos sobre Principios Constitucionales)

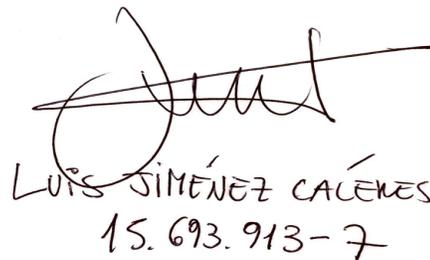
Artículo XX

Principio de organización del Estado en virtud del cual se reconoce, respeta y garantiza que en Chile coexisten, coordinados y con la misma jerarquía, el sistema jurídico común y los sistemas jurídicos de los pueblos y naciones preexistente, fundado en el derecho a la libre determinación del que son titulares.

PATROCINANTES

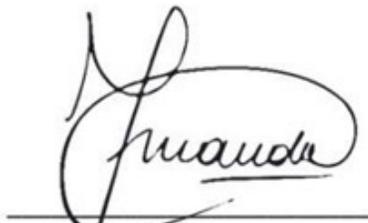


NATIVIDAD LLANQUILEO PILQUIMÁN



LUIS JIMÉNEZ CÁCERES
15.693.913-7

LUIS JIMÉNEZ CÁCERES



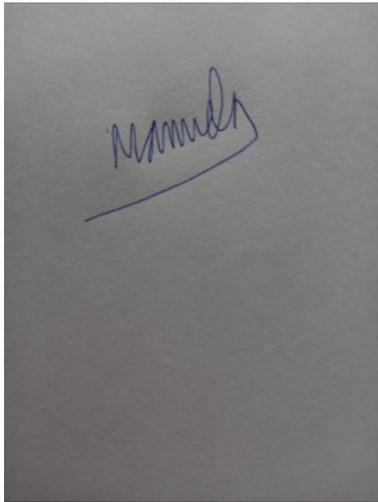
Ingrid Villena Narbona

Convencional Constituyente Distrito 13
FIRMA

INGRID VILLENA NARBONA



VANESSA HOPPE ESPOZ



MANUELA ROYO LETELIER

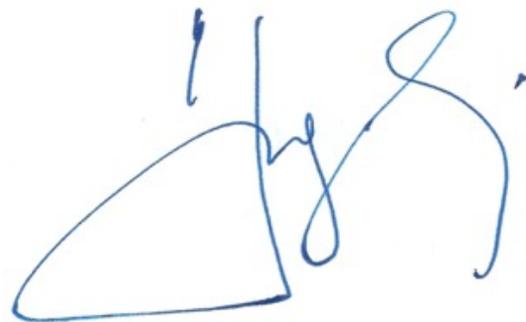


DANIEL BRAVO SILVA

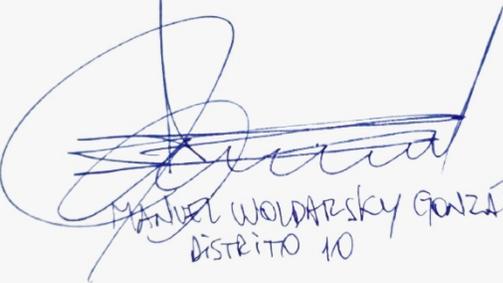


Mauricio Daza
12.263.5411-9

MAURICIO DAZA CARRASCO



HUGO GUTIERREZ GALVEZ



MANUEL WOLDARSKY GONZÁLEZ
DISTRITO 10

MANUEL WOLDARSKY GONZALEZ