

II Congreso Chileno de Antropología. Colegio de Antropólogos de Chile A. G, Valdivia, 1995.

Derecho Consuetudinario Indígena en el Derecho Internacional, Comparado y en la Legislación Chilena.

José Aylwin O.

Cita:

José Aylwin O. (1995). *Derecho Consuetudinario Indígena en el Derecho Internacional, Comparado y en la Legislación Chilena. II Congreso Chileno de Antropología. Colegio de Antropólogos de Chile A. G, Valdivia.*

Dirección estable: <https://www.aacademica.org/ii.congreso.chileno.de.antropologia/29>

ARK: <https://n2t.net/ark:/13683/e7nO/Vtg>

Acta Académica es un proyecto académico sin fines de lucro enmarcado en la iniciativa de acceso abierto. Acta Académica fue creado para facilitar a investigadores de todo el mundo el compartir su producción académica. Para crear un perfil gratuitamente o acceder a otros trabajos visite: <https://www.aacademica.org>.

SIMPOSIO CULTURA, DERECHO CONSUECUDINARIO Y PLURALISMO LEGAL

DERECHO CONSUECUDINARIO INDÍGENA EN EL DERECHO INTERNACIONAL, COMPARADO Y EN LA LEGISLACIÓN CHILENA.

José Aylwin O.

I. ANTECEDENTES GENERALES.

Los últimos quinientos años de la historia del continente americano dan cuenta del menosprecio y sometimiento del que han sido objeto las culturas y civilizaciones originarias de estas tierras. Para el conquistador, este continente fue "descubierto", como si quienes hasta su llegada lo habitaban no lo hubiesen hecho previamente. Sus territorios fueron declarados "terra nullis" es decir, sin dueños, y distribuidos entre los recién llegados, como si no hubiesen sido recorridas y trabajadas por el hombre precolombino con anterioridad. Sus almas fueron repartidas, entregándose su custodia a sacerdotes que les hablaron sobre un nuevo dios que no conocían. Sus lenguas fueron reemplazadas por otras que no entendían. Sus autoridades e instituciones propias fueron sustituidas por otras que les fueron impuestas por las leyes traídas desde lejos.

Poca o nula consideración existió hasta hace poco por la concepción del territorio, los sistemas culturales y de creencias, las formas de organización social y política, la regulación interna de conflictos de los pueblos originarios por parte del conquistador y de sus descendientes.

Uno de los ámbitos en que ello se manifestó en forma más evidente, fue el del derecho. Como la historia se encarga de señalar, el derecho, junto a la fuerza, fueron los pilares centrales para la imposición del ordenamiento colonial. Las mismas herramientas fueron utilizadas posteriormente bajo el imperio de los sistemas republicanos con el objeto de homogeneizar poblaciones étnica, social y culturalmente diversas que quedaron habitando dentro del territorio los nacientes Estados.

Como señala el antropólogo Diego Iturralde, "*una de las estrategias del Estado nacional en América Latina para unificar la sociedad bajo un mismo proyecto cultural, económico y político, es la generalización de un régimen jurídico común que disuelva en la legalidad las prácticas particulares de los pueblos indios, para asegurar y ampliar las condiciones de reproducción del capital y el ejercicio de la hegemonía*"^[100].

En efecto, las leyes coloniales primero y las republicanas después, salvo contadas excepciones, no dejaron espacio para el pluralismo jurídico, impidiendo de ese modo la coexistencia de sistemas normativos, sociales, organizativos de los pueblos indígenas con la de los Estados nacionales impuestos.

[100] Iturralde, Diego. *Movimiento indio, costumbre jurídica y usos de la ley. En Stavenhagen, Rodolfo y otros, Entre la ley y la costumbre. El derecho consuetudinario indígena en América Latina. Instituto Indigenista Interamericano, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, México, 1990, pág. 47.*

La excepción a esta regla estuvo constituida por aquellos pueblos, como el mapuche, que resistieron y pudieron mantener vigente, hasta su derrota a manos del ejército chileno, dichos sistemas de regulación de su vida interna, o por aquellos pueblos que lograron el reconocimiento de sus autoridades o de algunos ámbitos de aplicación del derecho propio a través de tratados, como en el caso de los indígenas de Norteamérica, o por aquellos pueblos cuyos territorios no pudieron ser incorporados sino hasta hace poco por los Estados debido a lo aislado de sus territorios, como en el caso de la Amazonia.

No obstante lo anterior, en las últimas décadas, producto del proceso de organización indígena verificado en el continente, estos pueblos han comenzado a reivindicar el reconocimiento de lo que ha sido conocido como su derecho consuetudinario, poniendo en cuestión la imposición del derecho nacional sobre ellos y sus propios sistemas normativos.

Esta demanda no debe entenderse como una demanda aislada, sino dentro de otra mayor que hoy plantean los pueblos indígenas con miras a lograr el reconocimiento de sus espacios territoriales ancestrales, espacios en los cuales ejercer formas de autogobierno y autogestión de sus propios asuntos, sin necesariamente pasar por ello a constituirse en nuevos Estados.

Pero, ¿que entendemos por derecho consuetudinario indígena?. Es difícil encontrar una definición única de este concepto. Entenderemos por derecho consuetudinario indígena para estos efectos "*aquellas normas y reglas de comportamiento y de convivencia social que existen al interior de cada comunidad o de cada pueblo indígena, y que contribuyen a la integración de cada sociedad, al mantenimiento de su orden interno y a la solución de los conflictos que puedan surgir, incluyendo por lo tanto, un sistema de sanciones para quienes violan estas normas.*"^[101]

De acuerdo a lo sostenido por Rodolfo Stavenhagen, este derecho en las sociedades indígenas, en contraposición a lo sucedido en las sociedades que están constituidas en Estado, dice relación con una amplia gama de materias asociadas a lo legal o lo jurídico, entre ellas:

1. normas generales de comportamiento público;
2. mantenimiento del orden interno;
3. definición de derechos y obligaciones de los miembros;
4. reglamentación sobre el acceso a, y la distribución de, recursos escasos (por ejemplo, agua, tierras, productos del bosque);
5. reglamentación sobre transmisión e intercambio de bienes y servicios (verbigracia, herencia, trabajo, productos de la cacería, dotes matrimoniales);
6. definición y tipificación de delitos, distinguiéndose generalmente los delitos contra otros individuos y los delitos contra la comunidad o el bien público;
7. sanción a la conducta delictiva de los individuos;
8. manejo, control y solución de conflictos y disputas;
9. definición de los cargos y las funciones de la autoridad pública^[102].

El mismo autor advierte que es erróneo considerar el derecho consuetudinario como un conjunto de normas ancestrales mantenidas inmutables desde tiempos precolombinos, sosteniendo que los elementos constitutivos de este derecho, si bien pueden tener su origen en dichas normas, son un complejo interrelacionado que refleja la situación histórica de los pueblos indígenas, las transformaciones de su ecología, demografía, economía y situación política frente al Estado y sus aparatos jurídico-administrativos.

[101] Herve, Dominique, Urrejola, Antonia. *El derecho consuetudinario indígena: Su reconocimiento por el derecho internacional, el derecho comparado y el derecho chileno. El caso mapuche. Memoria de Prueba de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, 1994, pág. 21.*

[102] Stavenhagen, Rodolfo. *Derecho consuetudinario indígena en América Latina. En Stavenhagen, R. y otros, obra citada, pág. 31.*

Se trata entonces de un derecho que coexiste con el derecho nacional. Más aun, se trata muchas veces de una reinterpretación y adecuación del derecho nacional que hacen los indígenas a su manera.

II. ACOGIDA DEL DERECHO CONSUECUDINARIO EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL.

Producto de la demanda indígena por asumir el control de sus propios asuntos, también conocida como demanda por autonomía o autogobierno, así como de la mayor valoración que hoy existe en muchas sociedades de la diversidad étnica y cultural que las caracteriza, el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas ha comenzado a ser recogido y regulado durante los últimos años en diversas instancias en el ámbito internacional.

1. DERECHO INTERNACIONAL.

Especial referencia cabe hacer al tratamiento dado en el derecho internacional a esta materia en los siguientes instrumentos:

1.1. *Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo (1989).*

Es el más avanzado de los textos existentes en el ámbito internacional, por cuanto sustituye las tendencias integracionistas de convenios anteriores, reconociendo el carácter de pueblos de los indígenas, reconociendo en sus considerandos *"las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida, de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones dentro del marco de los Estados en que viven"*.

Reconoce en su artículo 2 letra b que los gobiernos deberán proteger los derechos de estos pueblos y garantizar el respeto de su integridad, *"respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones."*

El mismo Convenio establece en su artículo 6 letra c que los gobiernos deberán *"establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin."*

Más específico aún en relación a tema de nuestro interés es el artículo 8 del Convenio que dispone que *"al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario."*

"Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos".

El artículo 9 N° 1 del Convenio establece que *"en la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de delitos cometidos por sus miembros"*.

Cabe señalar que esta cláusula estableciendo limitaciones al derecho consuetudinario indígena en virtud del sistema jurídico nacional, fue fuertemente cuestionada en el debate del Convenio. Sin embargo, la OIT decidió mantenerlas por no considerar apropiado incluir el principio de la supremacía del derecho consuetudinario sobre el primero.

El artículo 9 N° 2 del Convenio establece que *"las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia"*.

El artículo 10 N° 1 agrega que *"cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales."* En su número 2 señala que *"deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento"*.

Finalmente el Convenio hace referencia a este derecho en sus disposiciones relativas a las tierras al disponer en su artículo 17 N° 1 que *"las modalidades de trasmisión de los derechos sobre la tierra entre los miembros de los pueblos interesados, establecidas por dichos pueblos deberán respetarse."* El N° 3 del mismo artículo establece que *"deberá impedirse que personas extrañas a esos pueblos puedan aprovecharse de las costumbres de esos pueblos o de su desconocimiento de las leyes por parte de sus miembros para arrogarse la propiedad, posesión o uso de las tierras pertenecientes a ellos"*.

En consecuencia, hay en este convenio un importante reconocimiento de las culturas e instituciones propias de los indígenas, que incluye el ámbito de lo político organizacional, lo jurisdiccional, lo penal, y lo civil.

1.2. Proyecto de Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de las poblaciones indígenas.

Aún cuando su texto no ha sido aprobado sino por la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías de la ONU en 1994 (y analizado por la Comisión de Derechos Humanos en 1995), la propuesta realizada por el Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas de la misma entidad cabe ser comentado aquí por cuanto viene a profundizar en el reconocimiento de las costumbres, prácticas jurídicas e instituciones que conforman el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas.

Sus normas van mucho más allá de las del Convenio 169 en la materia. Ello se debe, sin duda, al hecho de que su texto aún no ha sido sometido a la aprobación de las instancias superiores de Naciones Unidas (Asamblea General) en que intervienen directamente los Estados miembros de este organismo.

El contenido de este proyecto está orientado por el reconocimiento temprano en su texto (artículo 3) del derecho a la libre determinación a los pueblos indígenas, señalando que *"en virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural."*

El artículo 4 del mismo texto profundiza el contenido de este derecho al disponer que los mismos *"tienen el derecho a conservar y reforzar sus propias características políticas, económicas, sociales y culturales, así como sus sistemas jurídicos..."*

En el plano político, el artículo 9 establece que *"los pueblos y personas indígenas tienen derecho a pertenecer a una comunidad o nación indígena, de conformidad con las tradiciones y costumbres de la comunidad o nación de que se trate"*.

Más directo en relación al tema de nuestro interés es el artículo 33 que establece que *"los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus costumbres, tradiciones, procedimientos y prácticas jurídicas características, de conformidad con las normas de derechos humanos internacionalmente reconocidas."*

No se establece aquí la limitante de su compatibilidad con el orden jurídico nacional como en el Convenio 169.

En la misma línea, el artículo 34 establece que estos pueblos *"tienen derecho colectivo de determinar las responsabilidades de los individuos para con sus comunidades"*.

De gran interés, por último, es el reconocimiento hecho en este proyecto a los tratados celebrados por los pueblos indígenas, en muchos de los cuales se reconoce la existencia de autoridades propias de los indígenas así como de sus formas de solución de conflicto internos. Es así como el artículo 36 establece que estos pueblos tienen *"el derecho a que los tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos concertados con los Estados o sus sucesores sean reconocidos, observados y aplicados según su espíritu y propósitos originales y a que los Estados acaten y respeten esos tratados, acuerdos y arreglos."*

La aplicación de esta última norma en numerosos países, incluido el nuestro, en que los tratados han constituido uno de los mecanismos para el establecimiento de relaciones de guerra y de paz, de comercio, religiosas, etc., entre la sociedad mayoritaria y los pueblos indígenas, tendría grandes implicancias para el reconocimiento de la validez y vigencia del derecho propio indígena en su interior.

2. DERECHO COMPARADO.

En forma paralela al derecho internacional, los ordenamientos jurídicos internos de diversos países han comenzado a reconocer el derecho consuetudinario de estos pueblos, así como la obligación de los Estados de respetarlo y aplicarlo cuando corresponda.

Entre los países que reconocen en forma explícita este derecho cabe destacar Nicaragua, donde las Comunidades de la Costa Atlántica tienen, de acuerdo a la Constitución de 1986, *"derecho de vivir y desarrollarse bajo formas de organización social que corresponden a sus tradiciones históricas y culturales"*.

La misma Constitución garantiza a las comunidades la efectividad de sus formas de propiedad comunal y la libre elección de sus autoridades y representantes, así como la preservación de sus lenguas, religiones y costumbres.

Probablemente uno de los casos más interesantes de reconocimiento de este derecho, así como de mecanismos concretos para su vigencia, sea Colombia. La Constitución aprobada en este país en 1991 contiene un conjunto de disposiciones que, además de reconocer y proteger la diversidad étnica y cultural de la "nación colombiana" (artículo 7), vienen a redefinir la división político administrativa a objeto de incorporar como parte de las entidades territoriales del Estado, junto a los departamentos, distritos y municipios, a los denominados territorios indígenas (artículo 286).

La misma carta establece que *"las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses"*, y en virtud de ello tienen derecho a gobernarse por autoridades propias, ejercer las competencias que les correspondan, administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones y participar de las rentas nacionales (artículo 287).

La Constitución colombiana agrega que *"los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades"* para lo cual ejercerán una amplia gama de funciones políticas, económicas, sociales y culturales establecidas en ella (artículo 330).

Una mención especial cabe hacer al reconocimiento que la Constitución hace de las facultades jurisdiccionales de los pueblos indígenas, al establecer que *"las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes de la República"* (Artículo 246). De acuerdo a la misma constitución, la ley establecerá formas de coordinación de este sistema con el de justicia nacional.

III. RECONOCIMIENTO DEL DERECHO CONSUECUDINARIO INDÍGENA EN EL DERECHO NACIONAL.

Como es bien sabido, en Chile no ha existido a través de la historia un reconocimiento del derecho propio de los pueblos indígenas. La vigencia del derecho mapuche durante el período colonial, a pesar de las limitaciones establecidas a este en virtud de los parlamentos realizados en ese período, fue posible gracias a la resistencia militar de este pueblo a la penetración española^[103].

Si bien los jefes rapa nui fueron reconocidos en el tratado de 1888 en virtud del cual se anexo la Isla de Pascua a Chile, en la práctica su autoridad fue desconocida por el Estado chileno y los particulares que se apropiaron de sus tierras, los que en corto tiempo pasaron a ejercer el control sobre la isla y sus habitantes.

Una experiencia no muy diferente fue la vivida por los aymara luego de la incorporación de su territorio a Chile a fines del siglo pasado.

La costumbre en Chile, a diferencia de lo ocurrido en los países anglo sajones en que constituye un antecedente fundamental del derecho, sólo constituye derecho en los casos que la ley se remite a ella de acuerdo al artículo dos del Código Civil.

La ley nacional rara vez se ha referido a la costumbre indígena. Algunas excepciones fueron la leyes dictadas a contar de 1927 en relación a las tierras mapuche en que se aceptaba la posesión notoria del estado civil para los efectos de distribuir entre los herederos los derechos del indígena fallecido, el reconocimiento implícito a la poligamia al disponerse que *"se entenderá que la mitad de los bienes pertenece al marido y la otra mitad a la mujer o a todas ellas por iguales partes, cuando fueren varias, a menos que conste que los terrenos han sido aportados por uno solo de los cónyuges.."*

Otra excepción más reciente estuvo constituida por la ley 16.411 de 1966 sobre isla de Pascua, en la que se establecen atenuantes de responsabilidad penal aún vigentes en aquellos delitos contra el orden de las familias y la moralidad pública y contra la propiedad cometidos por rapa nui, en consideración a la cultura de este pueblo.

Un reconocimiento más genérico, pero sin implicancias concretas, hizo la ley 17.729 de 1972 que establecía la necesidad de *"promover el desarrollo de los indígenas, procurar la integración de los indígenas a la comunidad nacional, considerando su idiosincrasia y respetando sus costumbres"*.

El reconocimiento del valor de las costumbres jurídicas de los pueblos indígenas constituye una demanda relativamente reciente en nuestro país.

La demanda levantada por el movimiento mapuche en los años ochenta en contra de la división de sus tierras comunales ordenada por el Decreto Ley N° 2568 de 1979, cuya fundamentación radicaba en la necesidad de que fuese reconocido el sistema tradicional de uso y tenencia de la tierra propio de este pueblo, fue una forma de exigir el reconocimiento del derecho consuetudinario mapuche sobre la tierra.

No sería sino hasta años más tarde, sin embargo, cuando se incorporaría el reconocimiento del derecho consuetudinario como una demanda explícita de las organizaciones indígenas del país. En efecto, en el contexto del debate internacional verificado sobre este punto en el proceso de revisión del Convenio 107 de la OIT, que concluyera en 1989 con la aprobación por esta entidad del Convenio 169;

[103] *Tratado celebrado en 1888 entre Policarpo Toro en representación del Gobierno chileno y los jefes rapa nui, encabezados por Atamu Tekena. En este tratado, también denominado "acta de cesión de soberanía" se señala: "Los abajo firmados, Jefes de la Isla de Pascua, declaramos ceder para siempre y sin reserva al gobierno de la República de Chile la soberanía plena y entera de la citada isla, reservándonos al mismo tiempo nuestros títulos de Jefes de que estamos investidos y de que gozamos actualmente."*

la Comisión Técnica de Pueblos Indígenas de Chile en documento propuesta enviado a la Concertación de Partidos por la Democracia en 1989 exigía el reconocimiento en la Constitución de "*Chile como un país pluriétnico, en donde junto a la nación chilena conviven pueblos diferenciados étnica y culturalmente, que tienen derecho a espacios de autonomía que les permitan su desarrollo sociopolítico, cultural y económico, que tienen normas jurídicas e instituciones de carácter consuetudinario que regulan la relación de sus integrantes, y que deben tener plena validez legal en el ordenamiento jurídico nacional.*"^[104]

Demandas similares fueron planteadas por las organizaciones mapuche, aymara y rapa nui en el Congreso de Nueva Imperial en 1989 y en el Congreso Nacional Indígena de Temuco 1991.

Las mismas demandas fueron posteriormente profundizadas por otras organizaciones indígenas, como el Consejo de Todas las Tierras, como parte de su reivindicación del derecho de los mapuche a obtener una autonomía política territorial, en que sus autoridades tradicionales, así como su derecho propio, fuesen reconocidas por el Estado chileno.

1. Proyecto de ley indígena de 1991.

En base a estas demandas, la Comisión Especial de Pueblos Indígenas (CEPI) creada por el gobierno en 1990 incorporó en la propuesta de ley indígena que elaborara una mención a este derecho, estableciendo mecanismos para garantizar su vigencia. Es así como el texto de ley que fuera enviado por el ejecutivo al Congreso Nacional en octubre de 1991 establecía:

1. El reconocimiento de la existencia y validez del derecho consuetudinario y la costumbre de los pueblos indígenas, estableciéndose que al aplicarse la legislación a estos pueblos deberían tomarse debidamente en consideración sus costumbres y derechos (artículo 59, inc 1 y 2).

El mismo texto establecía que los indígenas tendrían derecho a conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que estas no fuesen incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política y en los tratados internacionales ratificados por Chile vigentes (artículo 59 inc. 3).

2. Los tribunales de justicia debían tomar en consideración el derecho consuetudinario de estos pueblos y aplicarlo toda vez que no contraviniesen texto legal expreso, cuando conocieran de un asunto en que fuesen parte los indígenas (60 inciso. 1).
3. La cultura y costumbre de los pueblos indígenas debían considerarse como elemento de análisis y calificación jurídica de las circunstancias de hecho que sirvan de fundamento al juicio (60 inciso 2).
4. La existencia de los denominados Jueces de paz indígenas para el conocimiento de conflictos y asuntos menores que se susciten entre indígenas. Dichos jueces, debían ser propuestos por las comunidades a la Corte de Apelaciones respectiva, y nombrados por el Presidente de la República a propuesta de estas (artículo 90).

Entre los requisitos de estos jueces se señalaba ser integrante de la comunidad, ejercer una autoridad tradicional, y en lo posible saber leer y escribir (sino debía ser acompañado por persona alfabeto que hiciera de secretario del juez de paz). Entre las competencias de estos jueces estaba el conocimiento de asuntos menores que no fuesen constitutivos de delito (artículo 91).

Dichos jueces sustanciarían los asuntos sometidos a su conocimiento en forma simple, dejando constancia escrita de sus actos, y procurando llegar a acuerdo entre las partes cuando fuese posible,

[104] Comisión Técnica de Pueblos Indígenas de Chile. *Propuesta y demanda de los pueblos indígenas de Chile para el periodo democrático 1990.1994.* Documento inédito, Santiago, 1989.

utilizando siempre la costumbre o derecho consuetudinario indígena como elemento fundamental para resolver (artículo 93).

A través de esta propuesta se pretendía crear un mecanismo para fortalecer a las autoridades tradicionales indígenas, reconociéndoles legalmente la función jurisdiccional que por largo tiempo habían ejercido en algunas zonas, a través de la resolución de sus conflictos internos.

Cabe agregar que junto a estas normas, la CEPI propuso al ejecutivo el envío al Congreso del Convenio 169 de la OIT para su ratificación, cuyo texto fuera antes comentado en esta ponencia por su relevancia en el reconocimiento del derecho consuetudinario indígena^[105].

2. Ley 19.253 de 1993 sobre protección fomento y desarrollo de los indígenas.

La propuesta de ley indígena antes comentada fue objeto de fuertes críticas durante su debate en el Congreso Nacional. Entre los principales argumentos esgrimidos por los sectores más conservadores en su contra cabe destacar la amenaza que este habría significado para el carácter unitario del Estado chileno al asignarse en el carácter de "pueblos" a los indígenas, la vulneración del derecho a la igualdad entre las personas que significaría el establecimiento de beneficios especiales en favor de los indígenas, la trasgresión del principio de la unidad de la jurisdicción que implicaría el establecimiento de un sistema especial de justicia como el de los jueces de paz indígenas.

A raíz de estas críticas, prácticamente todo reconocimiento expreso del derecho consuetudinario contenido en el proyecto antes mencionado, fue eliminado del texto legal aprobado en 1993.

El único reconocimiento explícito de este derecho quedó consagrado en el artículo 54 de la ley en donde se señala que *"la costumbre hecha valer en juicio entre indígenas pertenecientes a una misma etnia, constituirá derecho, siempre que no sea incompatible con la Constitución Política de la República."* El mismo artículo agrega que *"en lo penal se la considerará cuando ello pudiere servir como antecedente para la aplicación de una eximente o atenuante de responsabilidad."*

En cuanto a los medios para probar dicha costumbre, el artículo 54 de la misma ley dispone que podrán utilizarse todos los medios que franquea la ley, en especial, un informe pericial que deberá evacuar la legislación.

No obstante lo anterior, el valor de la costumbre indígena es reconocido en diversas disposiciones a lo largo de este texto legal:

- Al reconocer a las principales etnias de Chile estableciendo que *"el Estado valora su existencia por ser parte esencial de las raíces de la nación chilena, así como su integridad y desarrollo de acuerdo a sus costumbres y valores"* (artículo 1).
- Al establecer que la posesión notoria del estado civil de padre, madre, cónyuge o hijo se considerará como título suficiente para constituir en favor de los indígenas derechos que emanan de la filiación legítima y el matrimonio civil (artículo 4).
- Al permitir el reconocimiento de las comunidades indígenas, estableciendo como criterios para ello la proveniencia de un tronco común, el reconocimiento de una jefatura tradicional, el poseer tierras en común, o el provenir de un mismo poblado antiguo (artículo 9), todos ellos criterios vinculados a la costumbre indígena.

[105] El Convenio 169 se mantiene hasta la fecha sin ser aprobado por el Congreso chileno.

- Al definir como tierras indígenas aquellas ocupadas en propiedad o posesión por los estos (artículo 12 N° 1); y aquellas que históricamente han ocupado y poseen (artículo 12 N° 2), siempre que sus títulos sean inscritos.
- Al establecer en ellas de las áreas de desarrollo indígena, fijando como criterios para su constitución, entre otros, el que sean los espacios territoriales en que han vivido ancestralmente los indígenas (artículo 26).
- Al reconocer el sistema tradicional del cacicado de los mapuche huilliche, así como su ámbito territorial, estableciendo que las autoridades deben establecer relaciones adecuadas con ellos para la determinación de las áreas de desarrollo (artículo 61).
- Al reconocer del Consejo de Ancianos como organización tradicional en el caso de los rapa nui, otorgándoles el derecho a elegir un representante en la Comisión de Desarrollo Rapa Nui (artículo 66 y siguientes.).
- Y, finalmente, al reconocer el valor de la costumbre para los procesos de saneamiento y constitución de la propiedad de las tierras de los aymara (artículo 62 y siguientes.).

COMENTARIO FINAL.

Sin duda la ley indígena nacional antes comentada constituye un avance en el reconocimiento de derechos indígenas. Sin embargo, en lo esencial sigue sin reconocerse a través de ella el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas que habitan en el territorio nacional. Ello resulta más evidente si se contrasta con el avance que en esta materia a existido en los últimos años en el ámbito internacional y comparado.

El reconocimiento de estos derechos, y por tanto, del pluralismo jurídico al interior del país, no constituye una tarea fácil. Este pasa por el reconocimiento y aceptación previa por parte de la sociedad chilena de la diversidad étnica y cultural que existe en su interior, hasta ahora en gran medida negada.

Por otro lado, será difícil avanzar en esta materia sino se entiende en nuestro país que la demanda indígena para lograr el reconocimiento de este derecho, de las normas que regulan su convivencia interna, de sus formas de organización e instituciones propias, forma parte de una demanda mayor en la que esta se inserta que dice relación con el reconocimiento de los espacios territoriales indígenas así como del derecho que a estos corresponde de decidir sobre sus propios asuntos al interior de dichos espacios territoriales.

De no avanzarse pronto en esta dirección, es muy probable que cuando nos percatemos del aporte que hacen los pueblos indígenas a la diversidad jurídica en nuestra sociedad, sea muy tarde; la mayor parte de su población habrá sido homogeneizada, perdiéndose para siempre dicha diversidad, utilizándose para ello, entre otras herramientas, el derecho nacional.