

DERECHO PROPIO INDÍGENA Y DERECHO PENAL CHILENO:  
ABRIENDO CAMINO PARA SU RECONOCIMIENTO

MYRNA VILLEGAS DÍAZ  
*Universidad Central de Chile*

*SUMARIO: I. Introducción. II. El Az Mapu como Sistema Sancionatorio. 2.1. Las Infracciones al Az Mapu. 2.2. Formas de solución del conflicto. 2.3. Procedimiento y Sanciones. III. Relaciones entre la justicia ordinaria y la justicia indígena. Núcleos problemáticos. IV. Alternativas de Implementación de la Justicia Indígena en Chile. 4.1. Tribunales indígenas y Jueces de Paz. 4.2. La Mediación Intercultural. 4.3. La Justicia Vecinal. 4.4. Críticas a los modelos y la ventaja de la “coordinación desde abajo”.*

*PALABAS CLAVE: Indígena, intercultural, tribunales indígenas, mediación.*

1. INTRODUCCIÓN

Es alentador contar por primera vez en nuestras jornadas con una de las problemáticas más polémicas del continente latinoamericano, la justicia indígena, problemática que cobra sentido en nuestro país desde la ratificación del Convenio 169. Los indígenas siempre han sido tratados con una especie de tolerancia represiva. Tomás Guevara, rector del liceo de Temuco, uno de los mayores defensores de los indígenas de principios del siglo XX, que denunció el despojo de tierras, sostenía la inferioridad intelectual y moral del indígena respecto del “hombre adelantado”<sup>1</sup>. No es de extrañar entonces que el positivismo criminológico de la misma época hiciera suyas estas consideraciones, y que Medrano Ossio, criminólogo boliviano en la década del 40, haya sostenido la inimputabilidad del indígena, basada en una supuesta inferioridad social y racial<sup>2</sup>, cuestión que causó polémica con sus pares López Rey y Huáscar Cajías<sup>3</sup>, quienes lo criticaron indicando que su interés parecía pretender continuar manteniendo al indígena como mano de obra barata. En el mismo sentido se pronunciaría Carlos Ma-

---

<sup>1</sup> GUEVARA SILVA, Tomás, *Costumbres judiciales i Enseñanza de los araucanos*, (Santiago, 1904), p. 40 y pp. 85-86.

<sup>2</sup> MEDRANO OSSIO, José, *Responsabilidad penal de los indígenas*, (Bolivia, 1941), pp. 19, 24 y 36.

<sup>3</sup> CAJÍAS KAUFFMANN, Huáscar, *Criminología*, (Bolivia, 1970), p. 269.

riátegui<sup>4</sup>, para quien el indígena tenía la condición de explotado en el proceso productivo. En Chile, estas ideas también encontraban eco, especialmente en el *Diario El Mercurio*, quien, preparando la llegada de los colonos, publicaba una seguidilla de artículos mes a mes en 1859, en el que daba cuerpo a las ideas de anormalidad y salvajismo del indígena. Así las cosas, el despojo cobró sentido ante el no indígena, y junto con la reducción de sus tierras se sofocó su cultura, sus costumbres y su sistema de justicia.

Debemos, de entrada hacer una delimitación conceptual, cuando hablamos de justicia indígena, no nos estamos refiriendo simplemente a métodos alternativos de resolución de conflictos (justicia comunitaria, jueces de paz, arbitrajes, conciliaciones), sino a aquella justicia ancestral que presupone el control de un territorio, autonomía y cosmovisión<sup>5</sup>.

Esta ponencia da cuenta de algunos resultados de un proyecto I+D que desarrollamos durante 2013 y parte de 2014<sup>6</sup>, pero que venía a ser una especie de culminación de algunos temas que nos quedaron pendientes en un Fondecyt anterior<sup>7</sup>. Nuestro objetivo era refutar las visiones “negacionistas” existentes en torno a la pervivencia del derecho propio indígena en Chile, especialmente en el pueblo mapuche. Después de un modesto trabajo de campo, cualitativo, que realizamos en la zona de Malleco (IX Región) sobre la base de entrevistas a comuneros<sup>8</sup> y operadores del sistema penal<sup>9</sup> que fueron considerados informantes clave, comprobamos que el derecho propio mapuche bajo el Az Mapu no solo subsiste, sino que cobra vigencia precisamente en aquellas comunidades más criminalizadas, las que, según el grado de criminalización que estén experimentando, se muestran herméticas y se esfuerzan en forma considerable por recuperar su derecho propio, como reacción defensiva frente a un sistema de justicia estatal en el que no confían.

---

<sup>4</sup> MARIÁTEGUI, José Carlos. Siete ensayos de interpretación de la realidad peruana, (Lima, 2002), p. 33.

<sup>5</sup> VILLEGAS, M. Sistemas sancionatorios indígenas y Derecho Penal. ¿Subsiste el Az Mapu?, en *Revista Política Criminal*, Vol. 9, N° 17 (julio 2014), pp. 213-247, p. 216.

<sup>6</sup> Proyecto I+D “*Bases de sustentación de la Justicia comunitaria indígena en Chile. Especial referencia al caso mapuche*”, financiado por la Universidad Central de Chile y cuya investigadora responsable fue la autora.

<sup>7</sup> FONDECYT REGULAR 2011 N° 1110086. “*Pluralismo cultural, pueblos originarios y derecho penal chileno: Del derecho indiano a la administración biopolítica. Bases para una reforma penal integral*” y cuya investigadora responsable fue la autora.

<sup>8</sup> Se agradece el haber compartido con nosotros tan generosamente su *Kimün* a los lonkos y werkenes de los Lof Temulemu (J. Pichún), Muco Bajo (Familia Ñirripil) y Yeupeco (J. Tralcal), así como a los y las lamgneses de los Lof Kürrache (Familia Namoncura), al kimche de Temucui (J. Huenchullán), y al concejal de Galvarino, J. Millalén.

<sup>9</sup> Se agradece a la Defensoría Penal Mapuche, al Ministerio Público de la IX Región, y a los jueces de garantía que colaboraron con esta investigación.

El Az Mapu o derecho mapuche, como justicia indígena ancestral, entonces está vigente, pero en una forma mucho más rudimentaria comparado con lo que era<sup>10</sup>.

Por el contrario, en aquellas comunidades en las que el nivel de conflictividad es menor, ya sea porque han optado por la vía institucional para la satisfacción de sus demandas, o porque simplemente han sido permeados por la cultura dominante, la pérdida del Az Mapu como justicia indígena es evidente.

## 2. EL AZ MAPU COMO SISTEMA SANCIONATORIO

El Az Mapu, es una especie de Código Universal que establece normas de conducta individuales y colectivas que son necesarias para mantener el equilibrio del cosmos. La infracción a estas normas implica romper con el equilibrio, y su autor puede restablecerlo mediante la reparación del error, en aplicación del principio de reciprocidad<sup>11</sup>.

El Az mapu es Todo, una especie de sistema metajurídico que regula todos los aspectos de la vida mapuche desde una cosmovisión circular y holística que gira en torno al concepto de tierra (Mapu), y en la que las relaciones con la naturaleza, lo espiritual, lo social, lo económico, lo jurídico, se mezclan y se asientan en la Nag Mapu<sup>12</sup>. El Az Mapu tiene, entonces, una raíz espiritual y un significado mucho más profundo que el que los occidentales atribuimos a nuestro derecho. Para el indígena cumplir con el Az Mapu es estar y sentirse bien, en armonía consigo mismo, con los demás y con la naturaleza.

Si bien cada Lof puede tener su propia interpretación y práctica del Az Mapu, es posible identificar ciertos principios rectores: el *Yam* y el *Gen*<sup>13</sup>.

*Yam* significa “respeto” a todo lo que nos rodea, y ha sido interpretado como “derecho”<sup>14</sup> (a ser respetada/o): derechos de la tierra a ser respetada (*Yam Mapu*), derechos del agua (*Yam ko*), derechos del fuego (*Yam Kütxal*), del aire (*Yam KÜRriif*).

El Gen son las entidades superiores dueñas de todas las cosas (*Gen Mapu*, *Gen Ko*, *Gen KÜRriif*, etc.), incluso de nosotros mismos (*Gen Che*), y que son las encargadas de sancionar transgresiones a los Yam, luego, su significado es obligación frente al Yam y también sanción cuando se infringe<sup>15</sup>.

<sup>10</sup> De todo ello da cuenta el paper VILLEGAS, M, ob. cit., pp. 213-247.

<sup>11</sup> SÁNCHEZ CURIHUENTRO, J., El Az mapu o sistema jurídico mapuche, ob. cit., p. 29.

<sup>12</sup> SÁNCHEZ CURIHUENTRO, J., *El* Az mapu o sistema jurídico mapuche, ob. cit., p. 29.

<sup>13</sup> ÑANCULEF HUAIQUINAO, Juan, La cosmovisión y la filosofía mapuche: Un enfoque del Az Mapu y del derecho consuetudinario en la cultura mapuche, en *Revista de Estudios criminológicos y penitenciarios*, N° 6 (2003), pp. 37-58, p. 49.

<sup>14</sup> ÑANCULEF HUAIQUINAO, Juan, ob. cit., p. 52.

<sup>15</sup> ÑANCULEF HUAIQUINAO, Juan, ob. cit., pp. 52-53.

Como el Az Mapu es un Todo regulado por los *Yam* y los *Gen*, resulta fácil comprender que no pueden establecerse grandes diferencias entre infracciones civiles y penales. Todas – en mayor o menor medida– rompen el equilibrio.

La característica que más llama la atención es que en mapuche la punición opera como última ratio, pues hacen operar mecanismos preventivos de la violencia. Entre mapuche, la primera medida es “conversar” entre las partes afectadas, cualquiera que sea el tipo de transgresión.

Otro hallazgo es que todos los comuneros de los Lof visitados coinciden en que no es correcto entregar todos los conflictos a la justicia chilena, pues no confían en el Estado, debido a la criminalización de la que han sido objeto. Es más, hay una tendencia a recuperar el derecho propio<sup>16</sup>.

### 2.1. Las Infracciones al Az Mapu

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

Observamos entonces que en ellos, ya desde tiempos ancestrales, y mucho antes que nosotros, existía la noción entre bienes jurídicos individuales y bienes jurídicos colectivos<sup>17</sup>.

Yendo a la naturaleza de los delitos, antiguamente, se castigaban el robo, el adulterio, el asesinato, la traición y la brujería. En la actualidad, se considera delito muy grave la *traición*, siendo ésta una conducta que afecta a toda la comunidad, y aún más, al pueblo mapuche en general. La referencia a los “testigos protegidos” en procedimientos por ley de conductas terroristas en contra de mapuche, son parte del relato de todos los comuneros entrevistados, e identificados como un punto de conflicto introducido por la cultura dominante, y que trasunta a su propia cotidianeidad.

Seguido de la traición, es identificado como de gravedad conductas de abuso de cierta condición o poderío, y por ello son graves los delitos que se cometen contra ancianos y niños. Asimismo, se perciben como delictivas el maltrato a la mujer o a otros miembros de la familia, debido a la importancia que ésta tiene en la cultura.

<sup>16</sup> VILLEGAS, M., ob. cit., p. 223.

<sup>17</sup> VILLEGAS, M., ob. cit., p. 225.

## 2.2. Formas de solución del conflicto<sup>18</sup>

Las formas de solución van desde mecanismos de autocomposición (conversar, arreglarse entre ellos), pasando por mecanismos de autotutela, hasta la intervención de un tercero que hace las veces de amigable componedor, más que de autoridad.

En este punto cobra relevancia el *malón*, el que tiene una significación amplia y distinta de la que le han dado algunos autores, quienes le han atribuido un significado de venganza colectiva, en cuya virtud una comunidad o una familia ejercen fuerza sobre otra familia para recuperar lo robado, o resarcirse del daño, llegando a causarse lesiones y antaño la muerte. Una especie de choque en el que se miden fuerzas<sup>19</sup>. Según lo que pudimos observar, el malón más bien es “restablecimiento del equilibrio de fuerzas rotas”, puesto que se encuentran presentes la reciprocidad y el principio de proporcionalidad. Se recibe en la misma medida que se da.

Una forma de malón, que en Yeupeco le denominan *malowin* y en Muco Bajo le llaman *maloquear*, es presentarse en la casa del vecino y no ingresar al domicilio a conversar, dando a entender que no va en forma amistosa. Pero también el *malón* puede llegar a afectar la integridad física, e incluso la vida, que era como antiguamente se entendió. En la actualidad, puede llegar solo a la causación de lesiones, con consentimiento o no del afectado. Cuando es con consentimiento, podemos hablar de una especie de “pelea” concertada entre miembros para resolver el conflicto.

El resultado de la pelea es obligatorio para las partes, es decir, produce el efecto de cosa juzgada.

Pocas son las ocasiones en que actualmente interviene un tercero en la solución del conflicto, por lo general el lonko, o alguna otra persona o personas a las cuales se les reconozca autoridad dentro de la comunidad, y cuando lo hacen, parece adoptar más bien la forma de amigable componedor que de juez.

## 2.3. Procedimiento y Sanciones<sup>20</sup>

No se observa un procedimiento establecido para la investigación ni la sanción, el procedimiento es oral, no se guarda ningún ritual. Más que procedimiento, se trata de un “protocolo”: cada mapuche sabe que debe guardar las reglas del Az Mapu. Si se produce una infracción se va a conversar con el infractor o esa familia. Si persisten,

<sup>18</sup> VILLEGAS, M., ob. cit., pp. 228 y ss.

<sup>19</sup> Así ROSSEL, P., Crimen y costumbre en la sociedad mapuche contemporánea: la perspectiva pericial, en *Revista de Estudios Policiales*, N° 3 (2008), pp. 85-99, p. 89. Menos enfático es Guevara para quien el malón solo es venganza cuando se ejerce por los parientes del afectado, pues debe distinguirse el malón judicial del malón militar, este último cuando interviene el “cacique” para auxiliar a esa familia. GUEVARA SILVA, Tomás, ob. cit., p. 44.

<sup>20</sup> VILLEGAS, M., ob. cit., pp. 232 y ss.

alguien con autoridad de la comunidad como el Lonko(a), los más ancianos, aconsejan y resuelven. En este contexto es que pueden sucederse los *malowines*, los *malones* y el derecho a maloquear cuando se ha sufrido una ofensa o a alguien de su familia.

En cuanto a las sanciones, cabe indicar que la mayoría de los comuneros entrevistados, se advirtió la idea de reinserción del sujeto a la comunidad. Con la conversación, se busca más bien que el sujeto reconozca su error y lo enmiende. Cuando no da resultado, se aplican otro tipo de sanciones, como el aislamiento, cuya importancia es muy alta en la cultura mapuche dado que su identidad reside en el colectivo. La sanción más grave es la expulsión, y se dicta solo en casos graves. Y que la comunidad tenga que acudir a la justicia chilena para denunciar al infractor es visto como una especie de castigo, se hace cuando ya se han agotado instancias de diálogo.

A diferencia de otras comunidades indígenas latinoamericanas, como las de la Sierra del Ecuador, en las que puede aplicarse medidas privativas de libertad como el encierro en casa comunal, los mapuche la desprecian. Consideran que la pena privativa de libertad no cumple ninguna función, y más bien trae problemas que soluciones. La cárcel, en su concepto, no sirve para nada.

En cuanto a los fines de la pena y la naturaleza de las sanciones en los sistemas indígenas en general, hemos sostenidos dos hipótesis<sup>21</sup>:

a) La pena tiene un fin preventivo especial positivo, cuyo objetivo es la reinserción del sujeto a la comunidad, y por ello es que las penas se escogen en función del hecho cometido y la personalidad del infractor. Esto implica que se encontraría presente el principio de necesidad de la pena. De otro lado, aunque un poco más difuso, tal vez podría advertirse un fin preventivo general positivo que buscaría restablecer el equilibrio social a través de una estabilización de la conciencia del derecho en una comunidad concreta (y no abstractamente como sucede en nuestro sistema).

b) La segunda hipótesis se elabora a partir de los trabajos de Duff sobre la naturaleza de la pena<sup>22</sup>. Sostengo que pueden ser interpretadas como una especie de penitencia secular, esto quiere decir que la pena se presenta como una comunicación moral con el infractor que busca reconciliarlo con la comunidad cuyos valores ha violado.

En ella pueden advertirse a lo menos dos niveles: la confesión y el castigo. Primero, el pecador confiesa, esto es, admite haber pecado, traicionado los valores de la comunidad, desnuda su alma frente a la asamblea. La confesión cumple el fin de reparar el daño causado a los ofendidos por el hecho, pues viene a ser una especie de disculpa, pero también con la comunidad, porque implica un compromiso de reafirmación de los valores comunitarios. Sin embargo, es precisa una penitencia como

<sup>21</sup> VILLEGAS, M., ob. cit., pp. 219 y ss.

<sup>22</sup> DUFF, R. Antony, Penance, Punishment and the Limits of Community, en *Punishment Society*, N° 5 (2003), pp. 295-312.

castigo, esto es, algo doloroso o a lo menos desagradable en conexión con el mal que el sujeto hizo, mostrando en parte el merecimiento de pena (por haber traicionado los valores comunitarios y que le son propios), al mismo tiempo que retribución<sup>23</sup>.

Esta penitencia puede ser consentida e incluso consensuada con el infractor, incluso puede consistir en la realización de un ritual adecuado. Así, me parece que tratándose de algunas penas corporales que se aplican en algunos lugares de Latinoamérica, como la ortiga, el baño de agua fría, pueden interpretarse como penitencias, porque no solo son dolorosas (y en este sentido retribuyen), sino también porque purifican. Una vez que se eliminan las energías distorsionadores, viene la muestra del arrepentimiento del “purificado” y las promesas de cambiar su conducta (normalmente hecha a los padres o los más ancianos de la asamblea), luego de lo cual vuelve a ser acogido en la comunidad.

En las comunidades andinas, –aymaras– pervive la institución del “perdón”, consiste en una acción individual en cuya virtud una persona, por sí misma, o en representación de otro (ej. el padre por la conducta del hijo) pide formalmente al o los afectados perdonar el agravio.

La pena-penitencia también es posible de advertir en los trabajos en beneficio de la comunidad, subsistente hoy en algunas comunidades aymaras del Altiplano. La obligación de soportar un trabajo agobiante o desagradable puede ayudar a inducir o reforzar el arrepentimiento por la comprensión por parte del sujeto de que la infracción cometida es un mal contra su comunidad<sup>24</sup>.

Así las cosas, el castigo se manifiesta como un proceso comunicativo entre el indígena y la comunidad a la cual pertenece, en el cual la comunidad le señala al sujeto que su hecho es censurable, que afecta no solo a él sino al resto, que debe tomar conciencia de ello, arrepentirse y reparar el daño. El castigo es una carga que el sujeto soporta que sirve también como comunicación al constituirse en una disculpa contundente frente al agraviado, lo que lleva consigo un tercer lazo comunicativo, esta vez recíproco mediante el cual el sujeto se reconcilia con la comunidad cuyos valores burló<sup>25</sup>.

### 3. RELACIONES ENTRE LA JUSTICIA ORDINARIA Y LA JUSTICIA INDÍGENA. NÚCLEOS PROBLEMÁTICOS

Históricamente pueden identificarse cuatro posibles formas de relación entre la justicia oficial y la justicia indígena<sup>26</sup>. La primera forma es *negar* la posibilidad de

<sup>23</sup> VILLEGAS, M., ob. cit., pp. 219 y 218.

<sup>24</sup> VILLEGAS, M., ob. cit., p. 221.

<sup>25</sup> VILLEGAS, M., ob. cit., p. 221.

<sup>26</sup> DE SOUSA SANTOS, B. Cuando los excluidos tienen derecho: Justicia indígena, pluri-nacionalidad e interculturalidad, en DE SOUSA SANTOS, Boaventura; GRIJALVA JIMÉNEZ,

existencia de otra justicia. Cuando la negación proviene del Estado, se traduce en actitudes tales como criminalizar a las autoridades indígenas o simplemente ignorarlas desconociendo la validez de sus decisiones. Cuando la negación proviene de los indígenas, se traduce en ejercer su justicia en la clandestinidad, al margen del Estado.

Una segunda forma es *coexistir* pero en forma *diferenciada y distanciada*, esto es, ambas justicias existen pero no se relacionan (*apartheid* África del Sur). La tercera forma es *la reconciliación*, que consiste en que la justicia oficial reconoce a la justicia indígena y le otorga alguna dignidad, por la forma en la que fue ignorada o reprimida en el pasado. Finalmente está la *convivialidad*, esto es, un reconocimiento y enriquecimiento mutuo de ambas justicias, con pleno respeto a las autonomías y jurisdicciones de ambas. Esto es todavía un ideal a alcanzar.

En el encuentro entre sistema oficial y justicia indígena el problema más grande es el de los límites a la justicia indígena. Toda la normativa internacional, (Convenio 169, Declaración de Naciones Unidas de pueblos indígenas), así como las nacionales reconocen como límite a la aplicación de la justicia indígena los derechos humanos. Así también el art. 54 de la ley N° 19.253.

En este punto debemos aclarar dos cosas previamente: lo primero es que estos límites no han sido fruto de un consenso entre culturas, sino impuestos por la cultura dominante<sup>27</sup>. Es cosa de revisar las constantes vulneraciones a los derechos humanos llevadas a cabo por los distintos Estados hacia sus propios ciudadanos, o a hacia otros Estados. Lo segundo es que la nomenclatura que se emplea es bastante amplia, por lo que debemos interpretar. Una interpretación es considerar que el respeto a los derechos humanos es absoluto, por lo que no habría restricciones a los mismos basadas en la cultura.

De esta vereda podemos saltar a la siguiente, e interpretar los límites a la justicia indígena con un criterio relativo, en cuya virtud las actuaciones deben ser valoradas solo a la luz de la propia cultura.

Desde la primera postura, la universalidad, sería imposible admitir, por ejemplo, la aplicación de penas-penitencia corporales, o una condena sin un proceso previo y legalmente tramitado. Desde la segunda postura, relativista radical, la pena de muerte en algunas comunidades del Amazonas, la ablación del clítoris en África estaría plenamente justificada. Tanto una como otra postura impiden el diálogo, la primera, porque trata de eliminar o neutralizar al indígena, la segunda, porque

---

Agustín. (Eds.), Justicia Indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador, (Quito, 2012), pp. 13-50, pp. 35 y ss.

<sup>27</sup> Cuestionando la pretendida “universalidad” de los derechos humanos, CABEDO MALLOL, V., Constitucionalismo y derecho indígena en América Latina, ob. cit., p. 35. También, FERNÁNDEZ, Encarnación, Conjugación universalidad de los derechos y diversidad cultural. El reto de la globalización “posible”, en CIANCIARDO, J. (Dir.) Multiculturalismo y Universalismo de los derechos humanos, (Buenos Aires, 2008), pp. 29-81.



si en la sociedad indígena todo es tan bueno, no debería haber posibilidad de interactuar con ellos so pena de contaminarlos<sup>28</sup>. Esta es una forma fácil de abordar el problema: evitando el diálogo.

Sin embargo, hace ya algunos años que la doctrina se inclina por morigerar estas distancias desde posturas de un relativismo cultural moderado<sup>29</sup>. Este es el criterio que ha acogido la Corte Constitucional colombiana, quien ha reinterpretado las garantías del individuo ensanchando su contenido para permitir el ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos indígenas<sup>30</sup>.

La interpretación razona sobre la base del principio de la maximización de la autonomía indígena, pero respetando el contenido esencial del derecho y, a la vez, el de minimización de las restricciones. Esto implica que solo puede restringirse la autonomía indígena cuando se trata de una medida necesaria para “salvaguardar un interés de superior jerarquía”<sup>31</sup>, y que en caso de ser violados, “justificarían una intervención en la vida de cualquier comunidad política y jurídicamente autónoma”. Estos valores, que serían el núcleo de derechos intangibles, son: la prohibición de la tortura, el asesinato y la esclavitud. En base a ello, y pronunciándose sobre castigos corporales la Corte ha dicho que se permiten en la medida que no constituyan tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Desgraciadamente, quienes se encuentran en una postura contraria a la justicia indígena, tienden a resaltar los excesos de ésta como la regla general, en circunstancias que solo constituyen la excepción, o también a mostrar como parte de la justicia indígena conductas que no pertenecen a la misma, como los linchamientos a delincuentes por turbas enardecidas, creando así una imagen distorsionada de lo que realmente es<sup>32</sup>.

Sin embargo, este núcleo de derechos intangibles a que hace referencia la Corte Constitucional colombiana, tampoco han sido consensuados con los indígenas.

---

<sup>28</sup> LÓPEZ GARCÍA, Julián. Derechos culturales y derechos humanos desde la perspectiva de los pueblos indígenas iberoamericanos, en MARIÑO, F.- OLIVA, D. (Eds.) Avances en la protección de los derechos de pueblos indígenas (Madrid, 2004), pp. 249-256, pp. 37 y ss.

<sup>29</sup> Por oposición al relativismo radical en cuya virtud debe respetarse irrestrictamente todo lo que venga de la cultura diversa, incluida cualquier violación a derechos humanos. Desde el relativismo radical, y como bien señala Cabedo, no hay diálogo posible. CABEDO MALLOL, V., Constitucionalismo y derecho indígena en América Latina, ob. cit., p. 36.

<sup>30</sup> Corte Constitucional Colombia, Sentencia Tutela - 349/96, de 8 de agosto 1996, Caso Ovidio Wasorna.

<sup>31</sup> LILLO, R. El Convenio 169 de la OIT y la Defensa Penal de Indígenas, Defensoría Penal Pública, en *Minuta Regional N° 1/2010/abril*, pp. 3-23, pp. 7-10, [en línea], [ref. de 2 de enero de 2014], disponible en web: <<http://www.dpp.cl>>, p. 9.

<sup>32</sup> DE SOUSA SANTOS, B. Cuando los excluidos tienen derecho: Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad, ob. cit., p. 23.

Son los contenidos en tratados internacionales de derechos humanos. Es en este punto cuando cobran su significación las ideas que vienen sosteniendo desde hace algunos años autores como De Sousa Santos<sup>33</sup>, Borja Jiménez<sup>34</sup>, entre otros, que proponen como punto de partida para una solución, un diálogo intercultural, esto es, un diálogo entre las diferentes culturas, a cuyo través se podría llegar al establecimiento de “valores transculturales”<sup>35</sup>. Solo así es posible encontrar un consenso mínimo respecto de lo que no puede vulnerarse, pero debe tenerse presente que para lograr este consenso, las garantías individuales deben interpretarse dentro de un enfoque más colectivo y social.

#### 4. ALTERNATIVAS DE IMPLEMENTACIÓN DE LA JUSTICIA INDÍGENA EN CHILE

Probablemente el abordaje del tema desde una perspectiva ideal, comienza por obtener un reconocimiento constitucional de los pueblos originarios, en términos tales que se les respetara su autonomía. El escenario político y las actuaciones tanto de los poderes públicos como del propio Parlamento han sido oscilantes: por un lado, reconocen en sus discursos la necesidad de otorgar reconocimiento constitucional a los mismos, pero en los hechos, nada ha sucedido. Se han presentado ocho proyectos de reforma constitucional<sup>36</sup>, varios de ellos archivados por inactividad, y los que están en tramitación, han merecido enconadas críticas por parte de los mismos indígenas. Luego, no es posible confiar en la cercanía de una reforma constitucional que traiga luz respecto del problema planteado, al menos no una que pueda reconocer efectivamente a los pueblos indígenas en su integralidad.

Y si bien es cierto la Constitución es decisiva para determinar el estatus jurídico de los grupos que habitan el territorio nacional, no es menos cierto que, como ha dicho entre nosotros Guzmán Dalbora<sup>37</sup>, es inútil buscar apoyo en las constituciones para afrontar esta tarea, pues estas constituciones no devolverán los territorios a sus titulares históricos que es el problema de origen. Por otra parte, debemos considerar que las reformas constitucionales en América Latina, por muy progresistas que puedan ser siempre se topan con la vieja estructura de poder

<sup>33</sup> DE SOUSA SANTOS, Boaventura, Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos, (trad. Libardo José Ariza), en *El Otro Derecho*, N° 28, julio (Bogotá, 2002), pp. 59-83. Disponible en <http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/od/elotrdr028/elotrdr028-03.pdf>, pp. 66-67.

<sup>34</sup> BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, El fundamento intercultural del derecho penal, en *Anuario de Derecho penal y Criminología*, Vol. LXII (2009), pp. 283-311, pp. 290-291.

<sup>35</sup> CABEDO MALLOL, V., Constitucionalismo y derecho indígena en América Latina, ob. cit., p. 37.

<sup>36</sup> Boletines N°s. 2360-07, 4069-07, 5324-07, 5402-07, 5427-07, 5522-07, 7208-07, 8438-07.

<sup>37</sup> GUZMÁN DALBORA, J.L., Derecho Penal y Minorías étnicas: Planteamiento y liquidación criminalista de un problema político, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 7 (2013), pp. 243-257, p. 254.

que las limita. Ejemplo de ello es el eterno enfrentamiento entre las posturas del Tribunal Constitucional colombiano y la Corte Suprema colombiana.

Por eso, nos permitiremos complementar la tesis defendida entre nosotros por Guzmán Dalbora<sup>38</sup>, quien sostiene que cuando los indígenas actúan según sus costumbres o derecho consuetudinario, lo hacen en ejercicio legítimo de un derecho. Una vez asentada esta premisa, veamos en qué forma el Estado podría otorgar reconocimiento al derecho propio indígena. Afirmamos que no existen impedimentos jurídicos para el reconocimiento de la validez del derecho propio indígena en Chile, existiendo distintas posibilidades:

#### *4.1. Tribunales indígenas y Jueces de Paz*

Una primera posibilidad es la creación de tribunales indígenas. Pareciera ser que el Tribunal Constitucional, al momento de declarar la constitucionalidad del Convenio 169, cerró la puerta a la jurisdicción indígena, señalando que ella era incompatible con el sistema procesal chileno. Esto no es tan así, porque cuando el Tribunal Constitucional excluyó el art. 9 del Convenio que ordena a los Estados respetar el derecho propio indígena en la medida que no sea incompatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos, lo hizo argumentando que las jurisdicciones indígenas se contrapondrían con el art. 73 CPR que entrega la facultad de juzgar a los tribunales establecidos por la ley, y con el art. 19 núm. 3, según el cual nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, y un órgano indígena no creado por ley lo sería, y asimismo toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción deberá fundarse en un proceso previo y legalmente tramitado<sup>39</sup>.

No habría infracción al art. 73 de la Constitución si los tribunales indígenas los crea una ley<sup>40</sup>, no debería haber problemas, a mayor abundamiento, existen ya tribunales especializados, o procedimientos especiales: familia, adolescentes. Por otra parte, recordemos que los derechos de los pueblos indígenas son derechos humanos<sup>41</sup>, y que ellos forman parte del bloque de constitucionalidad que lidera el art. 5° inciso 2° de la Constitución<sup>42</sup>.

<sup>38</sup> GUZMÁN DALBORA, J.L., ob. cit., pp. 253 y ss.

<sup>39</sup> STC Rol N° 309 de 4 de agosto de 2000.

<sup>40</sup> En esta solución Defensoría Penal Pública, Modelo de Defensa penal para Imputados Indígenas, [en línea], [ref. de 2 de enero de 2014], disponible en web: <<http://www.dpp.cl>>.

<sup>41</sup> COUSO, J., Mapuches y derecho penal, en OLEA, H. (Ed.), Derecho y Pueblo Mapuche: Aportes para la discusión, (Santiago, 2013), pp. 155-214, p. 204.

<sup>42</sup> Véase MEZA-LOPEHANDÍA, Matías, El Convenio N° 169 OIT en el sistema normativo chileno, en MEZA-LOPEHANDÍA, Matías (Ed.), Las implicancias de la ratificación del Convenio N° 169 de la OIT en el sistema normativo chileno, (Temuco, 2011), pp. 66-96 [en línea], [ref. de 2 de febrero de 2014], disponible en web: <<http://www.observatorio.cl>>. En contra de esta postura, el Tribunal Constitu-

En este sentido, tan “constitucional” es la posibilidad de tribunales indígenas, que ya se había planteado esta posibilidad durante la discusión parlamentaria que precedió a la ley N° 19.253, cuyo mensaje proponía un párrafo completo destinado a los Jueces de Paz, propuesta que no fue rechazada sino que su discusión se derivó para cuando se discutiera la justicia vecinal<sup>43</sup>.

La propuesta era la de una estructura judicial instaurada por las Cortes de Apelaciones, a petición de comunidades indígenas inscritas en los registros de la CONADI, el nombramiento lo hace el Presidente de la República a proposición de la Corte de Apelaciones respectiva, sobre la base de una terna propuesta por las comunidades. Duraban tres años en su cargo, no son remunerados y su competencia queda circunscrita al área de jurisdicción que se le asigne, y solo pueden conocer de conflictos menores del ámbito administrativo sancionador y de algunos conflictos penales también menores.

El procedimiento era simple, una o dos sesiones, debiendo dejar constancia escrita en un registro. Se debía procurar conciliaciones en todo lo que fuere posible. La sentencia podría ser revisada mediante apelación ante el juez letrado de la jurisdicción respectiva.

#### 4.2. *La Mediación Intercultural*

Otra de las posibilidades que se vislumbraron por parte del Estado es la mediación intercultural. Uno de nuestros hallazgos fue el relato de una persona perteneciente a la Corporación de Asistencia Judicial, quien contó el cómo, a raíz de un conflicto entre dos machis (una anciana y una joven) ellos propusieron en un seminario organizado por el Ministerio de Justicia un modelo de intervención hace ya muchos años. Luego, en 2009 esta idea fue recogida y profundizada por el Ministerio de Justicia<sup>44</sup>.

Esta idea nos sedujo en un primer momento, pues permite la participación directa de los involucrados en la resolución el conflicto, sin instancia judicial, sin embargo, de todas formas parece una institución ajena a sus instituciones propias, pues debe haber un mediador, que hasta el momento es no indígena, o al menos, no reconocido por la comunidad como tal.

---

cional ha declarado, entre otros fallos, que: “*aunque aparezca obvio, la norma constitucional reformada (en 1989) no consagró que los tratados internacionales sobre derechos esenciales tuvieran una jerarquía igual o superior a la Ley Fundamental*” (Fallo rol N° 346, de abril de 2002, sobre el Tribunal Penal Internacional).

<sup>43</sup> Historia de la Ley N° 19.253, Establece normas sobre protección fomento y desarrollo de los indígenas y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, 5 octubre 1993, p. 51., disponible en [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl).

<sup>44</sup> CORREA, P. (Dir.). Mediación intercultural. Estudio sobre conflictividad y modelos de intervención. Ministerio de Justicia, CONADI, (2009).

La idea propuesta por el Ministerio de Justicia<sup>45</sup> es que ella opere fuera del aparato estatal, pero mediante paneles móviles de expertos compuestos por tres o cuatro personas, de entre las cuales se podría incorporar a profesionales extranjeros o miembros de algún organismo internacional. En mi opinión, esta idea resultaría extraña a las comunidades, implica introducirles un ente ajeno a su cotidianidad y a su comunidad.

#### 4.3. *La Justicia Vecinal*

Relacionado con lo anterior, otra de las posibilidades es retomar la idea de justicia vecinal. Las unidades de justicia vecinal funcionan en muy pocos lugares todavía<sup>46</sup>.

Opera de la siguiente manera: el afectado presenta a la unidad respectiva su caso, es atendido por un profesional quien deriva el caso a un equipo evaluador compuesto por tres profesionales (abogado, asistente social y un facilitador). Estos citan al afectado y le proponen la vía a seguir, es decir, si va a policía local, en cuyo caso le acompaña el abogado, o si ingresará su conflicto a la unidad de justicia vecinal para practicar una conciliación, mediación o arbitraje.

Los profesionales que intervienen en la justicia vecinal, especialmente el mediador y el árbitro, dependen funcionalmente del Jefe de la Unidad Vecinal que corresponda y del Ministerio de Justicia. No obstante, en el desempeño de su cargo cuando imparten justicia, son autónomos e independientes y sus resoluciones son revisables conforme el procedimiento que determine la ley. Así, por ejemplo, la sentencia del árbitro puede ser revisada mediante recurso de queja ante la Corte de Apelaciones que corresponda<sup>47</sup>.

#### 4.4. *Críticas a los modelos y la ventaja de la “coordinación desde abajo”*

Todos los modelos antes expuestos, implica extraer a los indígenas de su forma de solucionar conflictos, pues hay una fuerte intervención estatal que terminaría desdibujando su derecho propio. Así, por ejemplo, la figura de los jueces de paz, con nombramiento por decreto presidencial, no olvidemos que cada comunidad decide quién resuelve conflicto (el *lonko*, la *lonka*, el *kimche*, la *ñaña*).

Peor aún en el caso de mediaciones que resolverían “expertos”, intelectuales indigenistas, o facilitadores (que no tienen reconocimiento de autoridad), o de

---

<sup>45</sup> CORREA, P., ob. cit.

<sup>46</sup> <http://www.chileatiende.cl/fichas/ver/9704> (fecha consulta: 16 junio 2014).

<sup>47</sup> LIRA CALDERÓN, J., Justicia vecinal. Antecedentes históricos. Unidades de justicia vecinal. Juzgados vecinales, tesis para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Facultad de Derecho. Universidad de Chile, 2012. Disponible en [www.tesis.uchile.cl](http://www.tesis.uchile.cl).

justicias vecinales dependientes del Ministerio de Justicia integrada también por profesionales no necesariamente indígenas que podrían terminar resolviendo el asunto ante un juez de policía local. Y queda en nada cuando el Estado puede intervenir desbaratando el sistema propio mediante la revisión de las soluciones, me refiero al caso en que el fallo pueda ser revisado por Cortes de Apelaciones, normalmente sin jueces especializados.

Aquí es donde cobra relevancia el ejemplo de otros países. En Ecuador, por ejemplo, muchas comunidades indígenas asumen formas de organización estatales, como los kichwas<sup>48</sup> que se organizan ya como cooperativas de producción, o asociaciones de productores, o como comunas, administran su territorio, y resuelven entre ellos, en una especie de mixtura entre conciliaciones y derecho propio. En Colombia existe una jurisdicción indígena especial, reconocida constitucionalmente y que cuenta con autoridades propias, sistemas de control y órganos decisorios, tales como la Asamblea General o el Cabildo que tienen facultades jurisdiccionales, dentro de los “resguardos”, con un órgano consultivo como el Consejo de Ancianos. Las resoluciones dictadas por la jurisdicción indígena son revisables ante el Tribunal Constitucional, mediante la acción de tutela, pero solo en cuanto a determinar si se vulneraron garantías al sujeto, no resuelve por sí misma el conflicto otorgando solución<sup>49</sup>.

En el día a día la justicia indígena y la oficial se relacionan mediante las *leyes de coordinación*, que por regla general aparecen mencionadas en las propias Constituciones, en algunos casos se hace referencia a la coordinación con los Poderes del Estado, es decir, Legislativo, Ejecutivo y Judicial, como sucede con la Constitución de Bolivia<sup>50</sup>, en otros casos simplemente se hace referencia al Poder Judicial, como es el caso peruano<sup>51</sup>.

Trasladados estos modelos de justicia comunitaria al caso chileno, pareciera ser que la piedra de tope es la no devolución de sus territorios a los indígenas, así como la ausencia de reconocimiento constitucional. Sin embargo, los indígenas, en algunos lugares están resolviendo conflictos, y como ha dicho Couso<sup>52</sup>, hay un

---

<sup>48</sup> VINTIMILLA SALDAÑA, Jaime, ALMEIDA MARIÑO, Milena, SALDAÑA ABAD, Regimía, Derecho indígena, conflicto y justicia comunitaria en comunidades kichwas del Ecuador. Serie Justicia comunitaria en Los Andes: Perú y Ecuador, Lima (Perú, 2007).

<sup>49</sup> ARBELÁEZ DE TOBON, L., La jurisdicción especial indígena en Colombia y los mecanismos de coordinación con el sistema judicial nacional, Consejo Superior de la Judicatura de Colombia, Guatemala, 2004. Disponible en <http://www.dplf.org/uploads/1184704476.pdf>.

<sup>50</sup> Ver Ley de deslinde jurisdiccional en Bolivia, la que regula los ámbitos de vigencia entre la Jurisdicción Indígena Originaria Campesina y la jurisdicción ordinaria.

<sup>51</sup> CABEDO MALLOL, V., Constitucionalismo y derecho indígena en América Latina, ob. cit., p. 183.

<sup>52</sup> COUSO, J., ob. cit., p. 205.

imperativo de los jueces que proviene del propio Convenio 169 en orden a emplear salidas alternativas cuando se trata de un conflicto entre indígenas. En este sentido es útil mirar la experiencia ecuatoriana y boliviana. Más allá de la legislación, espontáneamente se fue adoptando una forma de coordinación “desde abajo”, es decir, a partir de prácticas concretas de los operadores y autoridades de las dos justicias, en su tarea diaria de resolver conflictos.

Esto es lo que actualmente se intenta realizar a partir de las prácticas de la Defensoría Penal Pública en las I, XV, VIII y IX Regiones. Muy particularmente decidora ha sido la experiencia en el norte del país, con ayllu aymaras, en donde, la Defensoría Penal Pública ha desplegado un esfuerzo por asimilar los acuerdos que se toman en el ayllu respecto de conflictos menores, p. ej., daños de ganado, destrucción de cosechas, entre otros, a los acuerdos reparatorios, en donde también las comunidades, permeadas por la cultura e imbuidas del sincretismo, se han tomado el trabajo de realizar actas de sus acuerdos, aunque no siempre este mecanismo funciona.

Entonces, más que una ley que cree tribunales indígenas, lo que se necesita es diseñar una estrategia que comience con un gran esfuerzo educacional en el área del derecho para poder entender la dinámica de los conflictos indígenas. Operadores del sistema penal especialmente fiscales y jueces, incluyendo Ministros de Corte, necesitan ser capacitados en estas materias, en forma profunda. A modo de sugerencias, un curso dentro de la Academia Judicial, que dentro de los exámenes de admisión para ser fiscal o defensor, se exija tener esta competencia para desempeñarse en las regiones donde existen esta clase de conflictos. Incluso más, debería realizarse un esfuerzo educacional en las facultades de derecho para incorporar en las mallas curriculares, como asignatura obligatoria el derecho indígena.

Los ayllu y los Lof en cierta medida han ingresado ya al sistema, mediante su transformación en “comunidades”, forma jurídica que les permite entrar en el medio económico. En tal sentido, y tratándose de comunidades que han recuperado sus territorios, como la de Temulemu, es perfectamente posible sostener que pueden administrar su propia justicia, por ahora tratándose de delitos menores, justicia que el Estado debería reconocer. No se trata de un “tribunal indígena ad hoc”, sino de mecanismos autocompositivos del conflicto, que ya vienen operando al margen de Estado. Otorgarle validez judicial a estas resoluciones, sería un gesto político hacia nuestros pueblos originarios, a la vez que contribuiría a descomprimir el sistema.

Si un árbitro desde su oficina puede impartir justicia, un mediador puede colaborar en la solución de un conflicto, ¿por qué no puede hacerlo una autoridad ancestral o quien la comunidad designe? Y para ello no es necesario que esta autoridad sea transformada en un árbitro, ni en un mediador. Bastaría que el Estado, con la misma voluntad que ha creado las figuras de los árbitros y los mediadores, reconozca a estas autoridades la capacidad de resolver conflictos. En este sentido, tal vez podría reformularse la mediación, y otorgar a quien la comunidad designe,

el carácter de mediador indígena, que es una tarea que en muchas ocasiones están asumiendo los facilitadores interculturales. La propuesta es que esta labor la asuma quien la comunidad designe.

La competencia debería ser territorial y personal, es decir, dentro de los límites de su comunidad y para los indígenas que habitan dentro de esa comunidad. Sobre la competencia territorial, incluso más, en el caso del pueblo mapuche, es perfectamente factible revitalizar el rol del *Aillarewe*<sup>53</sup>.

Así las cosas, cuando un conflicto entre indígenas ingresa al sistema penal por denuncia de una de las partes o de un tercero, y en el intertanto que comienza la investigación por el fiscal, el conflicto es resuelto al interior de la comunidad, esta resolución otorgada en la comunidad debería adoptar alguna de las formas de salida alternativa, en forma obligatoria para todos los intervinientes.

El problema se produciría cuando a alguna de las partes no le satisface la solución dada por la autoridad indígena o su comunidad, y entonces recurre a la justicia oficial, concretamente denuncia ante el Ministerio Público o ante las policías, y el conflicto a llega a juzgado de garantía. O por acción pública, la causa ingresa al sistema penal, pero en el intertanto es resuelta dentro de la comunidad, y no le satisface la solución.

En este punto, y procurando una solución que podríamos consensuar con los indígenas, proponemos la creación de un órgano jurisdiccional a nivel nacional, un Tribunal que tenga jurisdicción especial e independiente, similar al Tribunal de la Libre Competencia, un Tribunal de Pueblos Originarios, cuya función sea la de coordinar las justicias indígenas con la justicia oficial, en el sentido de revisar las resoluciones que se tomen en las comunidades indígenas a fin de comprobar que ellas no vulneren garantías fundamentales con un enfoque intercultural. Claro está que esta idea debe previamente ser objeto de “consulta”. De llegar a aprobarse la idea debería discutirse la competencia y su integración.

Nosotros proponemos que su jurisdicción especial se extienda a todo el territorio nacional, que sea colegiado, compuesto por tres miembros, dos indígenas y un no indígena pero con formación intercultural, un abogado, una persona con formación jurídica y un antropólogo. Además, dos miembros suplentes, un abogado y un antropólogo, uno indígena y el otro no indígena.

---

<sup>53</sup> Explica un Lonko mapuche e investigador del centro de comunicación Treng-Treng, que el Aillarewe es una “organización tradicional conformada por 9 Rewe, o mejor dicho, 9 sectores mapuche organizados de acuerdo al estilo tradicional. Aunque hoy éste no cumple la función de una superestructura socio-política, como lo fue en la guerra de autodefensa en contra de la invasión española. Sin embargo, en ella coexisten y están interrelacionados los Rewe y Lof a través de los familiares y parientes que se visitan cada vez que se realizan los nguillatunes”. MARILEO, A., Autoridades tradicionales y sabiduría mapuche. Primera experiencia de trabajo con autoridades tradicionales mapuche de la región del lago Budi. Disponible en [meli.mapuches.org/.../Autoridades\\_tradicionales\\_y\\_sabiduria\\_mapuche...](http://meli.mapuches.org/.../Autoridades_tradicionales_y_sabiduria_mapuche...) (visitado el 25 nov. 2014).



La designación de estos cargos debería, a su vez, ser objeto de consulta a los pueblos indígenas, quienes podrían proponer una quina para los miembros titulares, y una terna para los suplentes, al Presidente de la República, a cuyo cargo estaría el nombramiento.

Para evitar eventuales inconstitucionalidades, este tribunal debería estar sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema.

Entonces, si al Ministerio Público o al juzgado de garantía llega una causa que ya ha sido resuelta por la comunidad, debería la justicia oficial declararse incompetente hasta que el Tribunal de Pueblos Originarios resuelva si se han vulnerado o no derechos fundamentales del juzgado, aplicando el criterio de la maximización de la autonomía indígena y la minimización de las restricciones. En caso de resolverse que se vulneraron las garantías del juzgado, la causa debería ser conocida por la justicia oficial. En caso contrario, el indígena deberá acatar la resolución de su comunidad.

Finalmente, es pertinente hacer alusión a la opinión de los propios indígenas sobre este reconocimiento de su derecho propio. En las entrevistas realizadas durante el proyecto indicado al inicio, advertimos dos posiciones: una que consiste en negar al Estado, la otra un poco más conciliadora pero escéptica<sup>54</sup>. Unos señalan que no necesitan que el Estado les reconozca sus formas de resolución de conflictos, “no necesitamos al Estado ni sus papeles para reproducir nuestro *kimiin*”<sup>55</sup>. Otros van más allá y estiman que el Estado tiene responsabilidad en el proceso de aculturación y pérdida del derecho propio, por lo que debería invertir recursos para que ellos se recuperaran<sup>56</sup>. Otras posturas son escépticas sobre la creación de estos tribunales porque “será con las leyes del Estado y no con las nuestras”, pero que sí sería beneficioso que el Estado les reconociera a sus resoluciones el valor de cosa juzgada<sup>57</sup>.

Sin embargo, todos ellos encuentran una piedra de tope: cualquier reconocimiento a la justicia indígena requiere que previamente se les entregue autonomía y control de sus territorios.

#### BIBLIOGRAFÍA

ARBELÁEZ DE TOBON, L., La jurisdicción especial indígena en Colombia y los mecanismos de coordinación con el sistema judicial nacional, Consejo Superior

<sup>54</sup> VILLEGAS, M., ob. cit., pp. 238 y ss.

<sup>55</sup> Werken Lof Muco Bajo.

<sup>56</sup> Comunera Lof Kurrache.

<sup>57</sup> Lonko Temulemu.

- de la Judicatura de Colombia, Guatemala, 2004. Disponible en <http://www.dplf.org/uploads/1184704476.pdf>.
- BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, El fundamento intercultural del derecho penal, en *Anuario de Derecho penal y Criminología*, Vol. LXII (2009).
- CAJÍAS KAUFFMANN, Huáscar, *Criminología*, (Bolivia, 1970).
- CIANCIARDO, J. (Dir.) *Multiculturalismo y Universalismo de los derechos humanos*, (Buenos Aires, 2008).
- COUSO, J., Mapuches y derecho penal, en OLEA, H. (Ed.), *Derecho y Pueblo Mapuche: Aportes para la discusión*, (Santiago, 2013).
- CORREA, P. (Dir.). *Mediación intercultural. Estudio sobre conflictividad y modelos de intervención*. Ministerio de Justicia, CONADI, (2009).
- DUFF, R. Antony, Penance, Punishment and the Limits of Community, en *Punishment Society*, N° 5 (2003), pp. 295-312.
- DE SOUSA SANTOS, B., Cuando los excluidos tienen derecho: Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad, en DE SOUSA SANTOS, Boaventura; GRIJALVA JIMÉNEZ, Agustín. (Eds.), *Justicia Indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, (Quito, 2012).
- DE SOUSA SANTOS, Boaventura, Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos, (trad. Libardo José Ariza), en *El Otro Derecho*, N° 28, julio (Bogotá, 2002), pp. 59-83. Disponible en <http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/od/elotrdr028/elotrdr028-03.pdf>.
- DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA, Modelo de Defensa Penal para Imputados Indígenas, [en línea], [ref. de 2 de enero de 2014], disponible en web: <<http://www.dpp.cl>>.
- FERNÁNDEZ, Encarnación, Conjugación de universalidad de los derechos y diversidad cultural. El reto de la globalización “posible”, en LÓPEZ GARCÍA, Julián. *Derechos culturales y derechos humanos desde la perspectiva de los pueblos indígenas iberoamericanos*, en MARIÑO, F.- OLIVA, D. (Eds.), *Avances en la protección de los derechos de pueblos indígenas* (Madrid, 2004).
- FONDECYT REGULAR 2011 N° 1110086. Pluralismo cultural, pueblos originarios y derecho penal chileno: Del derecho indiano a la administración biopolítica. Bases para una reforma penal integral y cuya investigadora responsable fue la autora.
- GUEVARA SILVA, Tomás, *Costumbres judiciales e Enseñanza de los araucanos*, (Santiago, 1904).
- GUZMÁN DALBORA, J.L., Derecho Penal y Minorías étnicas: Planteamiento y liquidación criminalista de un problema político, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 7 (2013).

- LIRA CALDERÓN, J., Justicia vecinal. Antecedentes históricos. Unidades de justicia vecinal. Juzgados vecinales, tesis para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Facultad de Derecho. Universidad de Chile, 2012. Disponible en [www.tesis.uchile.cl](http://www.tesis.uchile.cl).
- LILLO, R., El Convenio 169 de la OIT y la Defensa Penal de Indígenas, Defensoría Penal Pública, en *Minuta Regional N° 1/2010/abril*, pp. 3-23, pp. 7-10, [en línea], [ref. de 2 de enero de 2014], disponible en web: <<http://www.dpp.cl>>
- MARIÁTEGUI, José Carlos. Siete ensayos de interpretación de la realidad peruana, (Lima, 2002).
- MARILEO, A., Autoridades tradicionales y sabiduría mapuche. Primera experiencia de trabajo con autoridades tradicionales mapuche de la región del lago Budi. Disponible en [meli.mapuches.org/](http://meli.mapuches.org/)
- MEZA-LOPEHANDÍA, Matías, El Convenio N° 169 OIT en el sistema normativo chileno, en MEZA- LOPEHANDÍA, Matías (Ed.), Las implicancias de la ratificación del Convenio N° 169 de la OIT en el sistema normativo chileno, (Temuco, 2011), pp. 66-96 [en línea], [ref. de 2 de febrero de 2014], disponible en web: <<http://www.observatorio.cl>>.
- VILLEGAS, M. Sistemas sancionatorios indígenas y Derecho Penal. ¿Subsiste el Az Mapu?, en *Revista Política Criminal*, Vol. 9, N° 17 (julio 2014).
- MEDRANO OSSIO, José, Responsabilidad penal de los indígenas, (Bolivia, 1941).
- ÑANCULEF HUAQUINAO, Juan, La cosmovisión y la filosofía mapuche: Un enfoque del Az Mapu y del derecho consuetudinario en la cultura mapuche, en *Revista de Estudios criminológicos y penitenciarios*, N° 6 (2003).
- PROYECTO I+D “Bases de sustentación de la Justicia comunitaria indígena en Chile. Especial referencia al caso mapuche”, financiado por la Universidad Central de Chile y cuya investigadora responsable fue la autora.
- ROSSEL, P., Crimen y costumbre en la sociedad mapuche contemporánea: la perspectiva pericial, en *Revista de Estudios Policiales*, N° 3 (2008).
- VINTIMILLA SALDAÑA, Jaime, ALMEIDA MARIÑO, Milena, SALDAÑA ABAD, Remigia, Derecho indígena, conflicto y justicia comunitaria en comunidades kichwas del Ecuador. Serie Justicia comunitaria en Los Andes: Perú y Ecuador, Lima (Perú, 2007).