



## Pueblos indígenas e igualdad ante la ley

### I. Introducción

Chile se ha sumado a las democracias occidentales que han ido promoviendo políticas o suscrito instrumentos internacionales que, directa o indirectamente, importan un reconocimiento de las minorías étnicas dentro del territorio del Estado. Aunque lo avanzado pueda estimarse insuficiente, el desafío institucional, normativo y social que supone el respeto hacia los pueblos originarios, es y será un asunto persistente en la realidad del Estado-Nación moderno.

Frente a la aparente paradoja del surgimiento de minorías étnicas en un mundo globalizado, y ante situaciones de violencia extrema en el sur del país, parece razonable evaluar las medidas adoptadas y los procesos de adaptación del ordenamiento jurídico chileno a las obligaciones contraídas en el concierto internacional. Igualmente, vale la pena preguntarse en qué queda la igualdad ante ley, cuando se diseñan estatutos especiales para unos pocos habitantes del país.

#### RESUMEN EJECUTIVO

Las categorías jurídicas especiales que se reconozcan a los pueblos indígenas, pueden terminar siendo, paradójicamente, fuente de discriminaciones prohibidas por la Constitución. Y eso ocurre cuando la calidad de indígena se entrega sin rigurosos estándares que aseguren que la igualación por la distinción responde a una real postergación preexistente. Considerar indígena a quien no lo es, es fuente de discriminación arbitraria y una inconsistencia injustificada en el tratamiento debido a todos los chilenos. Y entonces la diferencia se vuelve un mero privilegio. Lo mismo puede decirse si a resultas de esa calificación se termina por aplicar la costumbre indígena en juicio, desatendiendo exigencias básicas probatorias o incumpliendo normas especiales protectoras de derechos fundamentales.

## II. La igualdad ante la ley

La igualdad esencial entre los hombres se concreta, jurídicamente, en el reconocimiento de la igualdad ante la ley que constituye uno de los principios fundantes del sistema democrático. Nuestra Constitución Política así lo recoge en varios de sus artículos, especialmente en el 1° y en el 19 numeral 2°. En lo pertinente, el primero de ellos señala que “las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos (...), expresando luego que es deber del Estado promover el bien común, contribuyendo a “crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible”. Señala, además, que el Estado debe “promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación”. El artículo 19 a su turno, en el número 2° dedicado a la igualdad ante la ley, expresa que “en Chile no hay persona ni grupo privilegiados (...) ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”.

No obstante lo dicho, la constitución nunca ha pretendido sostener una igualdad tabula rasa. Como lo ha dicho la profesora Ángela Vivanco, “la Constitución no prohíbe hacer diferencias, porque jurídicamente puede justificarse, sino que lo prohibido es hacerlas por pura arbitrariedad, es decir, que el factor fundamental para tomar la decisión sea sólo el capricho, sin que medie racionalidad alguna”<sup>1</sup>. De esta forma, como remarca el profesor Humberto Nogueira Alcalá, “para establecer diferencias que tengan un carácter objetivo y razonable, estas deben estar basadas en un hecho diferenciador relevante que justifique la diferencia de trato legal o administrativo ”<sup>2</sup>.

Ahora bien, ¿qué se ha hecho para dispensar efectivamente un trato justo a los indígenas, más allá de matrices “asimilacionistas” o derechamente excluyentes? Como se dijo al comienzo, nuestro país se ha embarcado en un proceso de reconocimiento, cuyo núcleo está marcado por la idea de “diferenciar para igualar”, atendida la realidad diversa en la que se encuentran los miembros de las etnias originarias. En esa línea argumental, cuando se habla de grupos con distinción histórica, lingüística, religiosa y cultural, indudablemente el esfuerzo por respetar esa diferencia, debe implicar acoger su originalidad. Y hay en el ordenamiento testimonios de eso, básicamente expresados en la Ley N° 19.253 sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas.

Pero la categoría especial que se les reconozca puede terminar siendo, paradójicamente, fuente de discriminaciones arbitrarias prohibidas por la Constitución. Eso ocurre cuando la calidad de indígena se entrega sin rigurosos estándares que aseguren que la igualación por la distinción responde a una genuina postergación preexistente. Si las distinciones en el trato –de naturaleza excepcional– que importa ser indígena se entregan a alguien que no participa de modo auténtico de esa extracción, se está generando una discriminación arbitraria, una inconsistencia injustificada en el tratamiento debido

---

1. Vivanco Martínez, Ángela (2006), “Curso de Derecho Constitucional, Aspectos dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980” (Santiago, Ediciones Universidad Católica), Tomo II, pág. 306

2 Nogueira Alcalá, Humberto (2011), “El derecho a la no discriminación arbitraria en el trato que debe dar el Estado” en *Estudios sobre Justicia Constitucional, libro homenaje a la profesora Luz Bulnes Aldunate* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), pág. 153.

a todos los chilenos. Entonces, la diferencia se vuelve un mero privilegio. Lo mismo puede decirse si a resultados de esa calificación se termina por aplicar la costumbre indígena en juicio, desatendiendo exigencias básicas probatorias o incumpliendo derechamente normas especiales protectoras de derechos fundamentales.

Como se verá, la costumbre de las etnias originarias gana terreno en la resolución de causas penales, en circunstancias que conforme al artículo 2° del Código Civil, “la costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella”. Este sería un caso de costumbre remitida.

### III. Ley indígena y riesgo de arbitrariedades

La Ley N° 19.253 de 1993 que establece normas sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (Ley Indígena). El inciso tercero del artículo primero es claro: “es deber de la sociedad en general y del Estado en particular, a través de sus instituciones respetar, proteger y promover el desarrollo de los indígenas, sus culturas, familias y comunidades, adoptando las medidas adecuadas para tales fines y proteger las tierras indígenas, velar por su adecuada explotación, por su equilibrio ecológico y propender a su ampliación”<sup>3</sup>.

Modificando el criterio anterior que establecía la calidad de indígena por la posesión de tierras de tal calidad, la Ley Indígena contempla en el párrafo segundo los requisitos y procedimientos que deben satisfacer quienes deseen ser tenidos por miembros de etnias originarias, para que les alcancen así los beneficios que contiene su articulado. Dice su artículo segundo: “Se considerarán indígenas para los efectos de esta ley, las personas de nacionalidad chilena que se encuentren en los siguientes casos:

- a) Los que sean hijos de padre o madre indígena, cualquiera sea la naturaleza de su filiación, inclusive la adoptiva. Se entenderá por hijos de padre o madre indígena a quienes descendan de habitantes originarios de las tierras identificadas en el artículo 12, números 1 y 2.
- b) Los descendientes de las etnias indígenas que habitan el territorio nacional, siempre que posean a lo menos un apellido indígena. Un apellido no indígena será considerado indígena, para los efectos de esta ley, si se acredita su procedencia indígena por tres generaciones, y
- c) Los que mantengan rasgos culturales de alguna etnia indígena, entendiéndose por tales la práctica de formas de vida, costumbres o religión de estas etnias de un modo habitual o cuyo cónyuge sea indígena. En estos casos, será necesario, además, que se autoidentifiquen como indígenas.<sup>4</sup>”

---

3. Véase ley N° 19.253. Art. 1° inc. 3°.

4. Véase ley N° 19.253. Art. 2°.

El artículo 3° consagra la posibilidad de que la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena acredite la calidad indígena mediante un certificado:

“La calidad de indígena podrá acreditarse mediante un certificado que otorgará la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena. Si ésta deniega el certificado, el interesado, sus herederos o cesionarios podrán recurrir ante el Juez de Letras respectivo quien resolverá, sin forma de juicio, previo informe de la Corporación. Todo aquel que tenga interés en ello, mediante el mismo procedimiento y ante el Juez de Letras respectivo, podrá impugnar la calidad de indígena que invoque otra persona, aunque tenga certificado.<sup>5</sup>”

A continuación su artículo 4° entrega la posibilidad de probar el estado civil de padre, madre, cónyuge o hijo por medio de la posesión notoria del mismo –adoptando de alguna manera las reglas generales sobre prueba del estado civil contenidas en el Título XVII del Código Civil–, flexibilizando de esa manera el acceso al estatuto especial que consagra. Señala que “para todos los efectos legales, la posesión notoria del estado civil de padre, madre, cónyuge o hijo se considerará como título suficiente para constituir en favor de los indígenas los mismos derechos y obligaciones que, conforme a las leyes comunes, emanen de la filiación legítima y del matrimonio civil. Para acreditarla bastará la información testimonial de parientes o vecinos, que podrá rendirse en cualquier gestión judicial, o un informe de la Corporación suscrito por el Director. Se entenderá que la mitad de los bienes pertenecen al marido y la otra mitad a su cónyuge, a menos que conste que los terrenos han sido aportados por sólo uno de los cónyuges.<sup>6</sup>”

Con esta parte del texto de la Ley Indígena a la vista, queda la impresión de que es muy fácil calificar como miembro de algún pueblo originario. Y como se verá más adelante, los tribunales han ido relajando las exigencias y estándares probatorios con tal de aplicar sencillamente el estatus especial y excepcional que la referida ley contiene, con las consecuencias de distinta índole que ello acarrea. Esto deviene a la postre en un potencial foco de arbitrariedad, pues si se yerra en la calificación, se está entregando un privilegio a un chileno que no forma parte de aquellos en situación de auténtico indígena, distorsionando el trato igualitario debido a todos aquellos en circunstancias semejantes. O peor, algunos terminarían invocando, como veremos, supuestas costumbres contrarias a la ley, configurando una situación de discriminación arbitraria.

Durante la tramitación de la ley un senador presentó dos indicaciones –ambas rechazadas– al artículo tercero<sup>7</sup>: la primera con el objeto se señalar en forma imperativa que la calidad indígena se acreditará mediante certificado que otorgará la Corporación nacional de Desarrollo Indígena. La segunda decía expresamente “La Corporación podrá solicitar al interesado los antecedentes que estime necesarios para establecer su calidad indígena”.

5. Véase ley N° 19.253. Art. 3°.

6. Véase ley N° 19.253. Art. 4°.

7. Historia de la Ley N° 19.253, Establece normas sobre protección, fomento y desarrollo indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, página 464.

Conviene, ahora, hacer un repaso de las materias cubiertas por la Ley Indígena para dimensionar su extensión y la intensidad de los beneficios contenidos en su texto:

- 3.1 En primer lugar el Estado se obliga a promover las culturas indígenas, sancionando la discriminación manifiesta e intencionada en razón de origen y cultura.
- 3.2 Luego otorga –de una manera que parece demasiado laxa, al imponer requisitos alternativos y no copulativos– la posibilidad de organizarse bajo la forma jurídica de comunidades indígenas.
- 3.3 En tercer lugar, contiene en el título II normas sobre reconocimiento, protección y desarrollo de las tierras indígenas, apelando a títulos y ocupaciones históricas –cuyos conceptos indeterminados permiten bastante discrecionalidad– y contemplando un fondo para la compra de tierras y derechos de aguas para indígenas.
- 3.4 La ley crea además un segundo fondo para financiar programas especiales que incluyen el pago de las mejoras, prestaciones mutuas o restituciones a que sean obligadas personas indígenas naturales o comunidades indígenas que resulten del ejercicio de acciones civiles promovidas por o contra particulares, en que se litigue acerca del dominio, posesión, uso, goce, administración o mera tenencia de sus tierras.
- 3.5 El párrafo segundo del título III contempla la posibilidad de establecer áreas de desarrollo indígena, vale decir, espacios territoriales en los que los órganos de la administración del Estado focalizarán su acción en beneficio del desarrollo armónico de los indígenas y sus comunidades.
- 3.6 La ley incluye, asimismo, normas sobre participación indígena, con un mecanismo reglamentado y obligatorio de consulta para cuando los servicios de la administración y las organizaciones de carácter territorial, traten materias que tengan injerencia o relación con cuestiones indígenas. Por motivos elementales de buena administración, esta consulta obligatoria y no vinculante demanda que la calidad de indígena esté lo mejor determinada posible.
- 3.7 A nivel institucional crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, órgano con representación indígena –con domicilio y sede principal en Temuco– encargado de liderar las políticas referidas a ellos.
- 3.8 El título VII de la ley contiene una norma muy especial, que a su vez recoge, a juicio del Tribunal Constitucional (considerando N° 56 del fallo Rol 309-00), la obligación contenida en el artículo 9 N° 2 del Convenio 169 de la OIT. Dice el inciso primero del artículo 54 de la Ley Indígena: “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. En lo penal se la considerará cuando ello pudiere servir como antecedente para la aplicación de una eximente o atenuante de responsabilidad.” El mismo título contiene, asimismo, normas especiales aplicables en conciliaciones y procedimientos judiciales que versen sobre conflictos de tierras donde participen indígenas. Sin embargo surgen dudas razonables ¿y si esta costumbre se aplica indiscriminadamente, aminorando o eximiendo de responsabilidades penales a supuestos indígenas? ¿Y si la costumbre que se invoque contraría texto expreso de nuestro ordenamiento, pasando a llevar normas prohibitivas especiales? En el comentario jurisprudencial consignado en el siguiente epígrafe se intentará dar respuesta a estas interrogantes.

3.9 El Título VIII, finalmente, dispone normas particulares para determinadas etnias e indígenas urbanos y migrantes.

#### IV. La jurisprudencia

Como se ha venido diciendo, la focalización en la distribución de derechos es fundamental a la hora de diseñar una justa política distributiva. En eso la Ley Indígena parece deficitaria. Entrega la calidad de indígena sin mayores exigencias, y sin un examen que haga justicia a la intensidad y extensión de los beneficios que consigna. Los tribunales, por supuesto, no pueden más que cumplir con lo preceptuado y reconocer esa calidad a quienes reúnan los requisitos del artículo 2°, pero a al parecer hay indicios jurisprudenciales que tampoco ayudan a contener las consecuencias de ese reconocimiento, atendidas consideraciones de justicia y respeto de derechos fundamentales.

Hay fallos que expresan cierta reticencia de parte de los jueces a controvertir la automática aplicación de la costumbre indígena como fuente de derecho. Como veremos en lo que sigue, observamos falta de disposición de los tribunales para exigir elementos que prueben la existencia, procedencia y características de esa costumbre hecha valer en juicio. Ello es fuente de potenciales discriminaciones arbitrarias, máxime cuando, como se establece en la sentencia que se comenta a continuación, se la invoca y aplica en contravención de texto expreso.

A modo ejemplar, el fallo de la Corte de Apelaciones de Temuco, Rol 955-2011, en lo que importa para los efectos de este trabajo, confirma lo sentenciado por el Tribunal de Garantía competente: por una parte cumple, como no podía ser de otra manera, lo prescrito en el literal b) del artículo segundo de la Ley Indígena en cuanto a la calificación indígena, y por otra aplica para la resolución del litigio la costumbre mapuche, en conformidad con el ya citado artículo 54 de la misma ley.

Cuando, como en el caso que se comenta, los tribunales expresan que es un hecho público y notorio que en una zona del país los mapuches solucionan sus conflictos a través de la negociación, y de ahí resuelven zanjar la cuestión con un acuerdo reparatorio, lo que están haciendo en la práctica es impedir que pueda argumentarse en contrario a la existencia y pertinencia de la costumbre invocada. Todo parece indicar que, sumado a la automaticidad con que se entrega la calidad de indígena, este modo de dar por establecida la costumbre, poco contribuye a focalizar adecuadamente el régimen especial que contempla la ley especial de pueblos originarios. Incluso puede atentar contra legítimos derechos de terceros, relativizando garantías procesales fundamentales.

De todas maneras, lo que llama particularmente la atención es la vulneración que el fallo supone al artículo 19 de la Ley N° 20.066, de Violencia Intrafamiliar, que señala: “en los procesos por delitos constitutivos de violencia intrafamiliar no tendrá aplicación el artículo 241 del Código Procesal Penal”. Es decir, no proceden en esta clase de procesos los acuerdos preparatorios. No obstante ello, el tribunal de garantía primero, y la Corte de Apelaciones de Temuco después, consideraron que era preferible

incumplir esa prohibición en aras de proteger un elemento de la identidad indígena. Y esa preferencia absoluta por aplicar la legislación indígena es una seria fuente de arbitrariedades.

El juez no puede, a priori, dar preeminencia a ciertos derechos en desmedro de otros, sobre todo si se trata, como en este caso, de la integridad física y síquica asegurada por la Constitución a todas las personas. Lo que corresponde en circunstancias de conflicto de derechos, es un adecuado ejercicio de ponderación y armonización, y no elevar automáticamente a los indígenas a un estatus que suponga violación, menoscabo de otros derechos de terceros. Lo contrario supone una renuncia a la racional administración de justicia.

Además, contrario a lo que ésta y otras sentencias han estimado, el artículo N° 9 del Convenio 169 de la OIT, que refiere en su numeral 2 que “las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia”, no ostenta superioridad jerárquica sobre las demás normas de nuestro ordenamiento. En abono de esta postura, cabe aludir en este punto a lo que en el fallo roles 2387/12 y 2388/12, acumulados, ha reiterado el Tribunal Constitucional respecto al rango de los tratados internacionales. En el considerando duodécimo dice “... que los tratado tienen un rango inferior a la Constitución, porque están sometidos al control preventivo obligatorio de constitucionalidad cuando tratan materias propias de ley orgánica constitucional...”. En el mismo considerando luego expone que este criterio es el que mejor se conforma al conjunto de normas de la Carta Magna, pues de otro modo “... el capítulo XIV de la Constitución, sobre reforma de la misma, quedaría parcialmente sin sentido si por la vía de los tratados internacionales sobre derechos humanos se pudiera enmendar su texto...”.

En definitiva, no habiendo preeminencia material ni jerárquica que asista a la legislación indígena, no corresponde que los tribunales desconozcan, sin más, prohibiciones legales incompatibles con el tratamiento diferente que la ley ha reconocido a los indígenas. No puede olvidarse que el propio artículo 9 del Convenio 169 señala al inicio que podrá acudirse a la costumbre indígena “en la medida que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional”.

## V. Conclusión

La focalización en la asignación de derechos es fundamental a la hora de diseñar una justa política distributiva. En eso la Ley Indígena nos parece deficitaria. Entrega la calidad de indígena sin exigencia previa de serio estudio, sin un examen que haga justicia a la intensidad y extensión de los beneficios que consigna. Nuestros tribunales por supuesto no pueden más que cumplir con lo preceptuado y reconocer esa calidad a quienes reúnan los requisitos del artículo 2°, pero a nuestro juicio hay indicios jurisprudenciales que tampoco ayudan a contener eventuales consecuencias indeseadas de ese reconocimiento.

Es posible identificar fallos, como el de la Corte de Apelaciones de Temuco, Rol 955-2011, en los que se observa cierta reticencia de parte de los jueces a controvertir la automática aplicación de la costumbre indígena como fuente de derecho. Ello es fuente de potenciales discriminaciones arbitrarias, máxime cuando, como se establece en la sentencia que se comenta en el apartado anterior, se la invoca y aplica en contravención de texto expreso.

Llama particularmente nuestra atención la vulneración que el fallo supone al artículo 19 de la Ley N° 20.066, de Violencia Intrafamiliar, que señala la improcedencia de los acuerdos preparatorios en esta clase de proceso. No obstante ello, el tribunal de garantía primero, y la Corte de Apelaciones de Temuco después, consideraron que era preferible incumplir esa prohibición en aras de proteger un elemento de la identidad indígena. Y esa preferencia absoluta por aplicar la legislación indígena es una seria fuente de arbitrariedades.

El juez no puede escoger a priori dar preeminencia a ciertos derechos en desmedro de otros, sobre todo si se trata, como en este caso, de la integridad física y síquica asegurada por la Constitución a todas las personas. Lo que corresponde en circunstancias de conflicto de derechos, es un adecuado ejercicio de ponderación y armonización, y no elevar automáticamente a los indígenas a un estatus que suponga violación, menoscabo de otros derechos de terceros. Lo contrario supone una renuncia a la racional administración de justicia.

Contrario a lo que se ha estimado, el artículo N° 9 del Convenio 169 de la OIT, que refiere en su numeral 2 que “las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia”, no ostenta superioridad jerárquica sobre las demás normas de nuestro ordenamiento. Mal podría encerrar tal calidad, por cuanto la referida norma se encuentra recogida en nuestro ordenamiento interno en una norma de rango legal, específicamente el artículo 54 de la Ley Indígena, norma que como ha resuelto el Tribunal Constitucional en fallo Rol 309-00, acoge el artículo 9 N° 2 del Convenio 169 de la OIT.

Cabe recordar además los fallos roles 2387/12 y 2388/12, acumulados, también del Tribunal Constitucional. En el considerando duodécimo dice “... que los tratados tienen un rango inferior a la Constitución, porque están sometidos al control preventivo obligatorio de constitucionalidad cuando tratan materias propia de ley orgánica constitucional...”. En el mismo considerando luego expone que este criterio es el que mejor se conforma al conjunto de normas de la Carta Magna, pues de otro modo “... el capítulo XIV de la Constitución, sobre reforma de la misma, quedaría parcialmente sin sentido si por la vía de los tratados internacionales sobre derechos humanos se pudiera enmendar su texto...”.

Finalmente, no habiendo preeminencia material ni jerárquica que asista a la legislación indígena, no corresponde que los tribunales desconozcan, sin más, prohibiciones legales incompatibles con el tratamiento diferente que la ley ha reconocido a los indígenas. No puede olvidarse que el propio artículo 9 del Convenio 169 señala al inicio que podrá acudirse a la costumbre indígena “en la medida que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional”.