

No obstante, mientras unos destacan que siempre debe sujetarse al principio de legalidad y supremacía constitucional, otros plantean que se trata de un debate entre derechos humanos individuales y aquellos colectivos de los pueblos originarios en igual jerarquía.

Una turba de alrededor de 200 personas protagonizó en 2019 la quema del tribunal de Isla de Pascua y el posterior ataque con rocas y maderos a Juan Naohe, dejándolo en riesgo vital —en ese entonces estaba siendo formalizado y hoy se encuentra condenado por homicidio—. Y esta semana se dio inicio al juicio oral contra 10 acusados por esos hechos, que la fiscalía tipificó como homicidio calificado frustrado, incendio, daños reiterados, desórdenes públicos, lesiones a policías y gendarmes, obstruir la labor de bomberos y la ambulancia, entre otros.

Algunas de las argumentaciones de la defensa han sido que en estos actos "se dio lo que se llamaba atikoteka o eture, que es, en definitiva, la justicia del pueblo" y han cuestionado que el Ministerio Público no considere la Ley Pascua como atenuante, que rebaja en un grado las penas por crímenes y delitos contra el orden de la familia, moralidad pública e integridad social y contra la propiedad, cuando hayan sido cometidos en ese territorio y sus autores sean naturales de la isla.

La profesora de Derecho Penal de la Universidad de los Andes, Tatiana Vargas, comenta que el artículo 8.1 del Convenio 169, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) establece el reconocimiento de las costumbres y el derecho consuetudinario, pero, advierte en este caso “es muy dudoso que la conducta sea un derecho o un deber en su propia cultura, una obligación; puede haber un reconocimiento cultural, pero difícilmente sea un derecho o un deber”. Existe una distinción, agrega, “entre los valores culturales, las manifestaciones culturales, y los valores jurídicos”. “Los aspectos culturales que sean derecho, que hayan deberes y obligaciones, creo que en este caso no, y que para que sea un derecho, en términos de una norma de permiso, efectivamente no deben afectar bienes fundamentales de un modo grosero en términos de ponderación y difícilmente aquí cabe una norma de permiso, en ninguno de los dos casos, ni un derecho ni autorización válida se daría”, afirma.

Para el profesor e investigador del Programa de Derecho y Política Ambiental y del Centro de Derechos Humanos de la **Universidad Diego Portales (UDP)** Cristóbal Carmona, la pregunta es si determinada manifestación “puede o no ser admitida en una sociedad democrática pero que al mismo tiempo se reconoce, por lo menos, multicultural, y que ha establecido ciertas normativas internacionales, específicamente el Convenio 169”. Y, en ese sentido, añade que “hay que distinguir” según lo que dice esa normativa en su artículo 9 N° 1 —“deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionales”—, “que no son derechos humanos que son un límite a la jurisdicción indígena, sino que dentro de ellos que estos son individuales pero también de carácter colectivo de los pueblos indígenas”. ¿Cómo plantear el conflicto? Es una colisión de principios o derechos fundamentales”. Desarrolla la Justicia Constitucional de la Universidad del Desarrollo (UDD) Catalina Salem plantea que “el principio de legalidad y al de supremacía constitucional”. “En este marco se encuadraría para decidir los casos concretos sometidos a su conocimiento, como, por ejemplo, pero todo ello, tanto en la propuesta constitucional 2023 como bajo la Constitución vigente la Constitución Política”, precisa.

"Hay un equilibrio entre lo que se afirma en un derecho en relación con lo que se niega del otro" A juicio de Carmona, bajo esta concepción de que hay una pugna entre derechos individuales y aquellos colectivos de los pueblos indígenas, "que tienen la misma entidad o jerarquía", lo siguiente es definir, en el caso a caso, "si es que la limitación de uno por otro es proporcional". La forma de lidiar con estos debates, plantea, "tiene que ver con tratarlo más como un conflicto entre derechos y no decir simplemente que la jurisdicción indígena tiene que limitarse al respeto de ciertos derechos individuales; en función de eso, habría que ver cuál prevalece (...), si el derecho perjudicado resulta mucho más afectado de lo que es afirmado el derecho indígena". "No es una regla específica, sino que es una ponderación que tiene que hacer el juez en cada caso, de que hay un equilibrio entre lo que se afirma en un derecho en relación con lo que se niega del otro, eso es lo que se busca con la proporcionalidad", explica.

Por su parte, Vargas ejemplifica con pueblos que como "un derecho o un deber" de su comunidad practican la castración o permiten ciertos grados de violencia en las relaciones sentimentales, "en esos casos igual hay un respeto frente a la norma jurídica fundamental del país en donde se está, generales para todos, cuando estamos hablando de valores esenciales". "En esos enfrentamientos claramente hay una preponderancia frente a bienes fundamentales de la sociedad completa en la que se vive, entonces, hay una suerte de ponderación que se debe hacer", dice.

Ponderación y proporcionalidad de derechos: académicos evalúan elementos clave para la aplicación de justicia indígena

Salem recuerda como un ejemplo de estos principios lo resuelto por el Tribunal Constitucional en 2020, y el posterior proceso de constitucionalidad de los artículos 13 y 14 de la Ley N° 16.441 —la llamada Ley Pascua—, “en que se declaró que la existencia de un régimen penal especial en la determinación y ejecución de la pena de delitos sexuales cometidos por hombres de la etnia pascuense, vulneraba el derecho a la igualdad ante la ley y no discriminación del numeral 2 del artículo 19 de la Constitución”. En el actual caso del linchamiento a un acusado de homicidio y al incendio al tribunal, al tratarse de hechos ocurridos antes de esta derogación, pueden ser considerados, aunque la fiscalía no los ha contemplado por considerar que no se estaría ante una situación de “justicia ancestral”. “No existe esa tradición ni esa forma no pacífica de resolver los conflictos. Es influencia de la globalización. El ajuste de cuentas, el linchamiento público, la venganza, afecta a todas las sociedades y también afectó al pueblo rapanui”, planteó el fiscal en los alegatos de apertura del juicio oral.

Normas de permiso: “No deben afectar bienes muy fundamentales” La profesora de la U. de los Andes comenta que este tipo de situaciones “normalmente son difíciles de considerar como normas de permiso, para que lo sean no deben afectar bienes muy fundamentales de modo muy grosero, en esos casos no se puede y no se debería autorizar”. Podría ocurrir, agrega, “quizás una excusión por cierto error de prohibición, creer que está autorizado algo cuando en verdad no lo está”. “En general las defensas van por ese lado más que por la antijuricidad, pero parece también que en este caso creer que está autorizado incendiar un tribunal es de todo sentido que no puede serlo, además según como están integrados en la sociedad”, asegura.

Carmona afirma, por su parte, que “siempre se va a ver afectado un derecho, pero para que sea proporcional su limitación, la afectación no puede ser tanta, no puede aparecer desproporcionada frente al beneficio que le da afirmar el otro derecho”, comenta y advierte que según esa lógica, quedarían fuera “los casos más fuertes, que siempre se usan de ejemplo para negar la justicia indígena”.