

LA FIJACIÓN DE LA COSTUMBRE INDÍGENA AYMARA EN UN CONTEXTO DE TRANSLOCALIZACIÓN. UNA PROPUESTA DESDE DE LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS EN EL DERECHO

Alvaro Espinoza Collao

RESUMEN

El presente trabajo de naturaleza jurídica analiza en forma crítica las pautas de aplicación de la costumbre indígena por parte de los tribunales nacionales, dentro de un contexto de translocalización de la comunidad aymara que habita el norte de Chile. Se propone que los procesos de transformación socio-culturales históricos que han atravesado las comunidades indígenas influ-

yen en su conciencia jurídica produciendo cambios en la apreciación de sus normas consuetudinarias, cuestión invisibilizada en la práctica judicial moderna. Desde esta perspectiva, se promueve la aplicación de la teoría de los principios en el Derecho para ampliar las herramientas de interpretación judicial, incorporando al carácter de consuetudinario nuevos patrones culturales.

Introducción

La ciencia jurídica viene reconociendo desde finales del siglo XX una crisis en sus paradigmas, cuyas causas son multifactoriales y están asociadas al proceso de racionalización de la vida social. En este espacio el Derecho moderno asume una función cognitivo-instrumental, cuestión que produce tensiones dialécticas entre regulación y emancipación, entrando a un proceso de transición social, cultural y epistemológica (Santos, 2012). Como manifestación es posible observar un proceso de apertura y acogimiento de sectores históricamente marginados del orden jurídico, entre estos los grupos étnicamente diversos. Estos espacios denominados como zonas de no-Derecho (Carbonnier, 1974) ocurren cuando las reglas que conforman el ordenamiento no consideran ciertos fenómenos, o bien, se presentan como adversos a fenómenos masivos asentados en la población, confrontando dos realidades: la que fluye naturalmente en forma

histórica y, aquella que el Derecho impuesto pretende instalar.

En este tiempo surge lo que se ha denominado el horizonte pluralista, como una nueva forma para tratar el multiculturalismo. Primero, se reconoce a los pueblos indígenas como sujetos políticos con derecho a controlar sus propias instituciones. Luego, se cuestiona el sistema jurídico impuesto desde la conquista, reflejado en la exclusividad estatal como centro de creación legislativo. Finalmente, se discute las nociones de los Estados como naciones culturalmente homogéneas, reconociéndose la diversidad como realidad (Yrigoyen, 2004).

En palabras de Bobbio (1991) a propósito del largo camino de la justicia humana, esta es la conclusión de un proceso histórico de sucesivas aproximaciones, donde se unifica lo idéntico y se diversifica lo diverso; en este camino se inician eliminaciones graduales de las discriminaciones históricas. Como resultado, en Latinoamérica se desarrolló

una secuencia de reformas constitucionales tuteladas por este paradigma. Así Colombia (1991) será la primera, luego Perú (1993), Bolivia (1994), Ecuador (1998) y Venezuela (1999). En otros ordenamientos este proceso solo alcanzó un reconocimiento legal, como en Chile con la Ley Indígena N° 19.253 del año 1993. Pero el efecto más extensivo fue mediante la inclusión al bloque de constitucionalidad del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales.

Desde este nuevo paradigma surge el requerimiento para que los Estados respeten las expresiones jurídicas propias de cada pueblo, lo que trae como consecuencia la revitalización de la costumbre como fuente del Derecho. Este mandato es apreciable tanto en la legislación de construcción local como internacional, en la legislación nacional la Ley N° 19.253 de Desarrollo y Fomento Indígena del año 1993, señala en su artículo 54 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. En lo penal se la considerará cuando ello pudiere servir como antecedente para la aplicación de una eximente o atenuante de responsabilidad.

Cuando la costumbre deba ser acreditada en juicio podrá probarse por todos los medios que franquea la ley y, especialmente, por un informe pericial que deberá evacuar la Corporación a requerimiento del Tribunal.

El Juez encargado del conocimiento de una causa indígena, a solicitud de parte interesada y en actuaciones o diligencias en que se requiera la presencia personal del indígena, deberá aceptar el uso de la lengua materna debiendo al efecto hacerse asesorar por traductor idóneo, el que será proporcionado por la Corporación”.

Por su parte el Convenio N° 169 de OIT en su artículo 8 establece que:

PALABRAS CLAVE / Costumbre Indígena / Principios / Translocalización /

Recibido: 23/01/2019. Modificado: 20/08/2019. Aceptado: 30/08/2019.

Alvaro Espinoza Collao. Master en Investigación Jurídica, Universidad de Zaragoza,

España. Doctor en Derecho, Universidad Autónoma de Barcelona, España. Académico,

Universidad de Tarapacá, Chile. Dirección: Departamento de Ciencias Sociales, Universidad

de Tarapacá. Luis Emilio Recabarren N° 2477, Iquique, Chile. e-mail: aespinozac@uta.cl.

THE SETTING OF THE AYMARA INDIGENOUS CUSTOM IN A CONTEXT OF TRANSLOCATION. A PROPOSAL FROM THE THEORY OF PRINCIPLES IN LAW

Alvaro Espinoza Collao

SUMMARY

The present work of a legal nature critically analyzes the patterns of application of indigenous custom by national courts, within a context of translocation of the Aymara community that inhabits northern Chile. It is proposed that the historical socio-cultural transformation processes that indigenous communities have undergone influence their legal conscience

by producing changes in the appreciation of their customary norms, an issue that is invisible in modern judicial practice. From this perspective, the application of the theory of principles in the Law is promoted to expand the tools of judicial interpretation, incorporating new cultural patterns into the customary character.

A FIXAÇÃO DO COSTUME INDÍGENA AYMARA NUM CONTEXTO DE TRANSLOCAÇÃO. UMA PROPOSTA DESDE A TEORIA DOS PRINCÍPIOS NO DEREITO

Alvaro Espinoza Collao

RESUMO

O presente trabalho de natureza jurídica analisa criticamente os padrões de aplicação dos costumes indígenas pelos tribunais nacionais, dentro de um contexto de translocação da comunidade aimara que habita o norte do Chile. Propõe-se que os processos históricos de transformação sociocultural pelos quais as comunidades indígenas passaram influenciam

sua consciência jurídica, produzindo mudanças na valorização de suas normas costumeiras, tema invisível na prática judicial moderna. A partir dessa perspectiva, promove-se a aplicação da teoria dos princípios na Lei para ampliar as ferramentas de interpretação judicial, incorporando novos padrões culturais ao caráter costumeiro.

“1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.

2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio”.

En lo empírico, este mandato representó un desafío complejo para los agentes jurídicos en general, pero de manera particular para los jueces. Distintos factores confluyen a esta complejidad; primero, la formación jurídica en un sistema que de origen relegó la costumbre a un papel secundario. También, por las restricciones que el ejercicio jurisdiccional conlleva en un ordenamiento como el

chileno, con una clara formación legalista en perjuicio de una comprensión amplia de todos los fenómenos jurídicos relegando al olvido áreas como la sociología o la antropología jurídica.

No obstante, en nuestra realidad cada vez es más recurrente que jueces acudan a la costumbre indígena para resolver una cantidad de materias de diversa naturaleza, existiendo en la actualidad una jurisprudencia abundante y variada, pero de ninguna manera uniforme, que proviene tanto de los tribunales nacionales como internacionales (Galvis y Ramírez, 2013). En esta tarea los tribunales deberán definir que conductas tendrán los atributos de *facto* para asociarla a la órbita de una costumbre, debiendo ponderar entre un acto ejecutado y un modelo ideal no descrito que corresponde al juez interpretar.

Desde un análisis de naturaleza jurisprudencial, se observa que la costumbre se asocia generalmente a prácticas ancestrales o inmemoriales, en alusión a comportamientos

remotos de carácter histórico (Castro *et al.*, 2009). Esto resulta apropiado para acreditar la propiedad sobre la tierra o el derecho a los recursos naturales, quizás las cuestiones más relevantes en las reivindicaciones indígenas. Sin embargo, es cada vez más habitual que lleguen a los tribunales conflictos en otros ámbitos, asociados a aspectos privados como los atributos de la personalidad, o bien, cuestiones dentro de la órbita familiar. Entre estos podemos señalar conflictos sobre estado civil, violencia intrafamiliar o cuidado personal de los hijos. También, en materia penal existe un campo abierto.

Este trabajo tiene como objetivo analizar en forma crítica la práctica de los tribunales al momento de ponderar la costumbre indígena para resolver estos asuntos y las herramientas que el sistema jurídico concede para impartir justicia en un contexto de alteridad. Proponemos a modo de hipótesis la existencia de un criterio estático que se traduciría en una ponderación judicial restrictiva del término

‘costumbre’, posición que marginaría una serie de actos, cualidades y valores que son el resultado de un proceso de translocalización que caracteriza a estos colectivos en tiempos modernos.

Esta manera de abordar el fenómeno pondría en riesgo la aplicación de las normas especiales para la población indígena, principalmente en espacios que no responden al carácter de prácticas inmemoriales, negando el derecho al cambio y adaptación propios de la dinámica social humana, y restringiendo en definitiva la eficacia del sistema jurídico y dificultando el cumplimiento de sus fines superiores.

En este contexto, acudimos como espacio de estudio a la población aymara que habita el norte de Chile, por presentar características especiales dentro del fenómeno de translocalización. Cabe destacar que dentro de los diversos ciclos que han definido el quehacer de esta población, cada tiempo ha significado una readecuación de sus costumbres locales y como resultado “ha emergido un

nuevo tipo de comunidad translocal que tiene un espacio de realización rural-urbano” (González y Gundermann, 2014: 242).

Esta translocalización de la población aymara refleja un contrapunto expresado en la existencia de factores de continuidad y otros de transformación de sus patrones culturales como resultado del proceso de inserción en una comunidad global (Gundermann, 2001a). Este factor de movilidad agrega un elemento de complejidad en la tarea de identificar debidamente usos o costumbres indígenas para resolver los conflictos frente al mandato normativo de aplicar el Derecho consuetudinario propio.

Desde esta perspectiva, al finalizar proponemos un cambio de paradigma para esta función, teniendo como base la propuesta de la teoría de los principios que promueve una noción de un Derecho compuesto no solo por reglas de estricta aplicación, sino también por principios que se traducen en valores que el juez debe interpretar en forma amplia. La propuesta favorecería no solo una recepción más extensa de la costumbre indígena, sino que permitiría una actualización de los criterios aplicables a cada caso incorporando principios que emanan de la cosmovisión de cada pueblo, evitando fijar la dinámica indígena como una cuestión estática congelada en un tiempo inmemorial.

La Costumbre Indígena en el Derecho Moderno. El Problema de su Fijación

Estudiar el valor de la costumbre indígena en el Derecho resulta de interés por diversas razones. Primero, porque el devenir del Derecho moderno ha modificado su estructura jurídica, en gran parte debido a la inserción de tratados internacionales de Derechos Humanos. En este contexto, el mandato de restablecer un pluralismo jurídico en materia étnica, ha elevado el requerimiento de buscar nuevas

herramientas para cumplir con esta obligación.

En este escenario, la costumbre se expresa como una herramienta eficaz y dúctil para este propósito. Esta relación se produce por su carácter de expresión natural de la vida social, sobre la que se construye cualquier noción jurídica con legitimidad, validez y pertinencia. El desafío primario consiste en reincorporar la costumbre a la estructura jurídica, instancia que se ha cumplido progresivamente mediante su revitalización como fuente de Derecho (Espinoza, 2017).

En lo esencial la aplicación de la costumbre indígena nos confronta a la necesidad de un diálogo en tensión en el centro del sistema jurídico, asociado a un problema en las fuentes primarias del Derecho, aquello a lo que los juristas denominan fuentes formales. Desde este ángulo, el predominio de la Ley como fuente principal subyace frente a un espacio donde la costumbre se conforma como único elemento que contiene el Derecho.

Este proceso, si bien pareciera nuevo, es posible sostener que solo ha vuelto reubicándose en el sistema jurídico moderno. En la sociedad medieval ya se reconocía cierta autonomía en un espacio de pluralismo jurídico constituido por fuerzas que se movían libremente, siendo la costumbre la fuente principal previo a los procesos de codificación (Guzmán, 2017). Esta mirada del fenómeno jurídico queda sumergida frente a la exclusividad de la cultura jurídica legalista-normativista de origen estatal, aquello que Grossi (2003) ha denominado ‘mitología jurídica de la modernidad’.

Este paradigma reduce todo Derecho al resultado de la Ley, es decir, de los actos emanados de la potestad suprema del Estado; mientras la ciencia del Derecho se ocupa predominantemente de este contexto. La idea de un Código perfecto se estima como una necesidad capital, y sólo cuando falta se cree poder recurrir, como por triste necesidad, a la ayuda del Derecho consuetudinario, que

se conceptúa, por lo demás, vago é insuficiente suplemento (Savigny, 1814).

De esta manera, el pluralismo jurídico se sumerge frente a una fuente única; mientras las funciones de interpretar las expresiones jurídicas serán expulsadas no siendo posible cuestionar la voluntad del ente legislador. Estos aspectos serán posteriormente reforzados por la ficción que traerá el sistema democrático, al identificar la voluntad del pueblo con la voluntad del legislador.

En la actualidad, desde la doctrina se ha propuesto una metamorfosis de un Derecho moderno al Neomoderno, caracterizado por un ajuste a la estructura jurídica tradicional que ha permitido reformular la relación individuo - poder público. Este cambio conllevaría el “derrumbe de las formas puramente estatistas de la cultura jurídica como en el subsecuente nacimiento de un nuevo espíritu del derecho; en una conexión más sólida del individuo con el ejercicio autónomo y atomizado de sus derechos” (Vergara, 2018: 234).

Desde esta perspectiva se plantea entonces una movilidad en las fuentes del Derecho frente a los requerimientos que nos plantea una sociedad más democrática y pluralista. En esta mirada se reconoce en la costumbre la forma genuina que tienen las sociedades de resolver sus conflictos. No obstante, su utilidad tropieza con el inconveniente de su vaguedad e imprecisión, lo que justificaría el advenimiento del Derecho escrito, el cual será visto como un medio de certeza con características de formalidad, publicidad y estabilidad que contribuyen a dar seguridad jurídica.

Las normas que emanan de las prácticas consuetudinarias nacen y actúan simultáneamente en la conciencia colectiva, de ahí que se destaca que este Derecho surge de la práctica ejercida por todos los miembros de la comunidad, calificándolo por ello como ‘extremadamente democrático’ (Ross, 2007). El elemento objetivo que convierte una

conducta en costumbre es la reiteración de un acto en el tiempo; mientras el factor que lo integra a la dimensión jurídica es la conciencia de que se trata de un imperativo que debe ser obedecido.

Esta serie de actos definen las conductas de las personas, configurándose en el imaginario que distingue a un grupo humano de otro. En el caso de las comunidades indígenas su utilidad normativa se reflejaría en una serie de materias que aparecen reguladas naturalmente, frente a la ausencia de Derecho escrito. Entre estas: a) normas de comportamiento público, b) mantenimiento del orden interno, c) definición de derechos y obligaciones de los miembros, d) reglamentación sobre el acceso y distribución de los recursos, e) la transmisión e intercambio de bienes y servicios, f) definición y tipificación de delitos, g) formas matrimoniales y regulación familiar, h) control y solución de conflictos y disputas, e i) definición de los cargos y las funciones de la autoridad pública, entre otros (Stavenhagen, 1988).

Producto del reconocimiento del valor jurídico de la costumbre en la normatividad moderna para resolver los asuntos de la población indígena, cuando estas entran en contacto con sociedades predominantes, serán necesariamente objeto de deliberación por sujetos generalmente ajenos a su cultura. Para este efecto se deberán descifrar señales a partir de un modelo que contiene un catálogo de conductas esperables, un modelo ideal. Es tarea de alta complejidad, tratándose de la naturaleza humana por esencia dinámica, más aún en nuestros tiempos, cuando el influjo de la globalización vuelve lo tradicional altamente permeable.

Un ejemplo claro de lo anterior es posible observarlo en aquellos sistemas jurídicos que han instalado un pluralismo jurídico igualitario, confrontando a una población con la misma pertenencia étnica a sus diversas valoraciones respecto al momento histórico que tendrán como referente,

planteando una clara división entre campesinos y entidades originarias reconstituidas. Esto, al definir sus propias costumbres para la aplicación de la justicia originaria. Así, en los primeros suele existir un mayor grado de asimilación a la institucionalidad estatal, mientras en los últimos suele haber una mayor resistencia. (Comisión Andina de Juristas, 2009).

Dentro de los procesos judiciales, la determinación respecto a que actos y conductas se ponderan como parte de las costumbres quedarán definidos regularmente mediante peritajes antropológicos. El peritaje resulta determinante para que un hecho se convierta en Derecho, posicionando al juez en una especie de legislador. Esta labor viene a reemplazar (al igual como lo hace la Ley) la conciencia espontánea de la colectividad por un acto reflexivo.

No obstante, el peritaje antropológico se convierte en una herramienta flexible que, sujeta a la ponderación del juez, permite reconocer derechos y garantías procesales en un contexto de ciudadanía intercultural, fortaleciendo el respeto a la diversidad cultural y la igualdad en el marco de un proceso judicial (Guevara y Verona, 2015). Sin embargo, una aplicación restringida o sobrevalorada de la realidad conlleva un efecto completamente adverso, marginando situaciones que son el resultado de un proceso de cambio o de adaptación de la realidad social. Como medio probatorio quedará sujeto al sistema general de valoración de la prueba, pudiendo resultar desfavorable cuando el juzgador carece de elementos para comprender la cultura del imputado. Tal como se ha indicado, una interpretación marcadamente positivista puede conllevar a un proceso de aculturación del indígena, cuando sus conductas se encuentran fuera del modelo ideal restando mérito al informe y negando el uso jurídico del Derecho consuetudinario (Defensoría Penal Pública, 2012).

En este contexto surge el temor al manejo de la realidad, o a la valoración errada de esta realidad; es decir, el maniqueísmo en la valoración de la relación normas-prácticas (Iturralde, 2006). Esto en ningún caso cuestiona el justo reclamo al reconocimiento de un Derecho propio, solo a la real extensión en su aplicación. A esto alude la denominación de 'construcciones identitarias antimodernas' (Ottone, 2017); es decir, aquellos discursos que se sostienen en una eterna repetición de una presunta tradición, negando todo valor o no percibiendo las transformaciones.

Cabe preguntarse entonces cómo el influjo del tiempo moldea las prácticas sociales en las comunidades indígenas. Si a este aspecto agregamos factores relevantes como la integración mayoritaria a centros urbanos, será posible proyectar una mutación producto de la necesidad de adecuarse al medio, siendo posible el surgimiento de nuevas prácticas que pudiesen alcanzar la conciencia jurídica colectiva. Paralelamente, otras costumbres se mantendrán pese a la presión, reflejando un núcleo que descansa en su alteridad.

Estos procesos migratorios de las poblaciones indígenas contribuyen a la formación de culturas híbridas, resignificando símbolos locales o tradicionales, lo que da paso a nuevas identidades. Esta fusión puede concluir en relaciones asimétricas históricas y modernas producto del proceso de transculturación. Frente a esto, las estrategias de adaptación a los diferentes contextos históricos, necesariamente tendrán un impacto en las costumbres (Corrine, 2016).

Esta definición resultará compleja incluso para los propios sujetos que viven en ella, en cuanto los conflictos culturales y normativos que se presentan en una nación multicultural no son necesariamente comprensibles, ni por la aproximación experimental empírica ni por el sentido común. Según Sánchez Botero (2015: 24) "Tampoco pueden descifrar forzosamente la cultura que

utilizan, aunque ella esté bien configurada en sus referentes mentales y sirva de base a sus actuaciones. Este hecho puede verse como similar al de una persona portadora de una enfermedad que no puede diagnosticar".

En este espacio de constante dinamismo, la orden de respetar y aplicar las costumbres propias se definirá como una tarea en tensión, cuyo desenvolvimiento requiere de un diálogo entre distintas disciplinas. Aunque se vivan las costumbres en una sociedad determinada, ni siquiera los individuos necesariamente conocen las razones o justificaciones de estas prácticas, más compleja será la tarea judicial que desde un contexto cultural ajeno deberá ponderar esta realidad.

El Proceso de Translocalización en la Cultura Aymara. Su Apreciación en la Jurisprudencia Nacional

Un ejemplo notorio de estos procesos de cambios productos de la necesidad de adecuación nos reporta la realidad del pueblo aymara en el norte de Chile. Hasta mediados del siglo XX la vida de los aymaras giraba alrededor de sus localidades ubicadas en los sectores rurales, donde vivían la mayor parte del año, mantenían sus cultivos o sus animales, realizaban sus ritos y festividades. Esta situación cambió radicalmente a partir de los años 50 debido a emigración masiva hacia las ciudades costeras, producto de la conjunción de una serie de factores de expulsión y atracción migratoria (González, 1996).

Este fenómeno no resulta extraño, en cuanto la población nacional en general ha experimentado un rápido proceso de urbanización en las últimas décadas. Según los datos del Censo 2017 la población que reside en el área rural pasó de representar 16,5% en 1992 a 12,2% en 2017 (INE, 2018). Mientras, desde los datos aportados por el Censo del año 2002, es posible sostener que el 70,5% de la población

aymara reside en zonas urbanas. Al analizar la composición por sexo según zona de residencia, se advierte que hay proporcionalmente más mujeres en las zonas urbanas (INE, 2005).

El traslado de las mujeres conlleva alteraciones sociales y culturales que impactan en las relaciones de la comunidad y con sus parientes, por cierto, también en los patrones culturales de crianza (Álvarez, 2017). No obstante, esta migración no conlleva una desvinculación absoluta de sus comunidades de origen lo que manifestará, por ejemplo, en numerosos viajes que realizan desde las ciudades, producto de motivos económicos asociadas a la producción agrícola, o bien simplemente por el mantenimiento de propiedades, lo que producirá no solo una nueva forma de vinculación sino también el surgimiento de nuevas relaciones normativas.

Estas nuevas expresiones sociales-culturales se reflejan en el surgimiento y participación en organizaciones sociales de sus comunidades, ya no solo en el territorio histórico sino también en el espacio urbano. Así, se asume la representación o se participa activamente como miembros de organizaciones indígenas. Pero la continuidad más importante, es la participación en diversas celebraciones festivo-religiosas en sus comunidades de origen, asumiendo cargos rituales y otras costumbres, que ahora se mezclan con hábitos traídos desde la ciudad (González y Gundermann, 2014).

Esta translocalización de la población aymara, reflejará una instancia de continuidad y transformación de sus patrones culturales, lo que cuestionaría las teorías estáticas o de continuidad transhistóricas. debiendo abrir la identificación de usos o costumbres indígenas más allá de las prácticas de la antropología jurídica tradicional, identificando actos reiterados en el tiempo con plena conciencia de su naturaleza jurídica, ya no exclusivamente en planos locales o de identificación territorial.

Lo precedente es el resultado de la adecuación a una nueva sociedad, lo que trae aparejadas nociones confusas para identificar la costumbre para los tiempos presentes. Como indica Gundermann (2001a: 96) “Ya no hay tradición genuina, en el sentido de una correspondencia entre ciertas representaciones y la dinámica de la sociedad”. Esto desde ninguna perspectiva implica un abandono de su identidad étnica, sino una demostración de su capacidad de adaptación, manteniendo especificidades culturales que los diferencian de la cultura mayor hegemónica, posibilitando su supervivencia en espacios muchas veces adversos (González y Carrasco, 2016).

Todo este escenario ha sido invisibilizado jurídicamente, pudiéndose observar en la práctica judicial una clara tendencia a interpretar el mandato normativo de aplicar la costumbre indígena desde una visión estática, con clara ausencia de comprensión global del fenómeno. El conflicto entonces se sustenta en una apreciación restringida del concepto ‘costumbre’ en los procesos judiciales, donde las nuevas formas derivadas de este escenario de transformación quedan excluidas, limitando la aplicación del Derecho específico creado para fortalecer a esta población.

Un ejemplo de lo precedente podemos extraerlo a partir del *obiter dicta* de algunos fallos nacionales en los cuales los tribunales, luego de analizar los antecedentes, han decidido no aplicar una determinada norma consuetudinaria, o bien, han considerado que determinadas conductas no se enmarcan en lo históricamente definido como consuetudinario, sin evaluar los procesos de adecuación social y la manera como esto influye en los patrones culturales.

Así lo observamos en una causa en una sentencia condenatoria del Tribunal Oral en lo Penal de Arica, en materia de Abandono de menor en lugar solitario, con resultado de la muerte, de fecha 15 de abril del 2010. En julio de 2007, una

pastora perteneciente al pueblo aymara realizaba sus labores en el altiplano del norte de Chile. En este contexto propio de las actividades de su comunidad fue en busca de dos animales rezagados, ya que su pérdida conllevaría la necesidad de compensar económicamente al dueño de los animales. En esta tarea la acompañaba su hijo de tres años, optando por dejarlo cobijado con su aguayo y salir a buscar a los animales. Cuando regresó no encontró a su hijo, luego de buscarlo sin resultados concurrió al día siguiente a solicitar ayuda a Carabineros quedando detenida, lo que luego fue formalizado por el delito de abandono de menor en lugar solitario, abandono con resultado de muerte.

Primeramente, el tribunal identificó que en el asunto se encuentran asociadas costumbres que deben ser consideradas al momento de resolver el asunto. En este sentido indica: “*Es por ello, que el tribunal entiende que un contexto de pastoreo realizado conforme a las pautas transmitidas de generación en generación en la cultura aymara, es posible aplicar criterios propios de una etnia para resolver un conflicto...*”. Posteriormente, al momento de ponderar los hechos en relación a las normas asociadas estableció que: “*El juicio llevado a cabo en contra de la acusada, no tiene comprometida la costumbre aymara, en la medida que no es propia de ella (la costumbre) dejar abandonados a menores*” (TOP Arica, 2010).

El tribunal no consideró las alusiones de la defensa ni las pericias antropológicas que destacaban la relevancia jurídica de carácter consuetudinario de las labores de pastoreo, como la justificación de dejar a su hijo en un lugar que estimó seguro conforme a sus patrones culturales para ir a buscar animales retrasados. Así, en los peritajes acompañados se resaltaba que: “*Lo común es regresar con todo el ganado al corral donde se cuentan, pero a veces hay animales que se quedan rezagados y en esos*

casos dejan a los niños en lugares seguros, sin intención de abandonarlos sino de recogerlo al regreso. Cuando la comunidad andina estuvo en plenitud entraban a regir los patrones de conducta, pero hoy en día se trata de comunidades no estructuradas, por lo que la formación no se da frecuentemente y además cuando viven en caseríos se complica más la relación hombre y mujer. Estima que la acusada no tuvo una formación valórica en este aspecto. Además, la acusada no convivió con todos sus hermanos; en el contexto andino es la mujer la que prepara a sus hijas, si esto no se da, el niño o niña no tendrá claros sus roles. Reitera que en la lógica andina no hubo abandono, además se encomienda a los elementos, además hay un tema de desprestigio cuando se pierde el ganado” (TOP Arica, 2010).

La consideración de estos factores en el contexto de modernidad resulta relevante, en cuanto si bien no resulta propio de la cultura aymara abandonar a los menores en una situación de riesgo, si resulta cierto que esta realidad ha variado en la actualidad. Estos cambios impiden que los patrones propios del cuidado de menores, como los de colaboración o reciprocidad comunitaria presentes en tiempos preteritos puedan cumplirse plenamente. En contrario, la valoración económica de las labores de pastoreo tienen una significancia superior actualmente; su relevancia involucra directamente a la sobrevivencia de la familia. Estos aspectos influyen en la ponderación moderna de uno u otro factor. De esta manera, la interpretación del valor de la costumbre debe considerar el devenir histórico de una cultura como la ponderación de sus valores en su contexto actual. Esto necesariamente implica realizar una inclusión que se extiende más allá de una valoración dual entre un modelo ideal y su asimilación (Gavilán, 2002). Un reconocimiento efectivo de sus costumbres implica valorar esta nueva realidad que significa un reacondamamiento

de los valores que estimulan sus conductas en un contexto histórico.

Otro ejemplo sobre medidas de protección respecto de niños pertenecientes a la etnia aymara es la siguiente, iniciada de oficio en atención a que en causa seguida ante un tribunal de familia se advirtió que sus derechos podrían encontrarse vulnerados por negligencia y descuido de su madre. Dicha vulneración en lo principal consistía en que la madre señalaba ser analfabeta, oriunda de un sector aislado en el que habitan comunidades aymaras donde no existe acceso a una red social alguna, lo que le habría impedido obtener documentos de identidad para ella y sus hijos. Como consecuencia no incorporó a los menores a los sistemas de salud y educación a los que obliga el sistema jurídico conforme los deberes parentales. En primera y segunda instancia, pese a reconocerse la obligatoriedad de considerar costumbres propias como Derecho vigente, se dispuso la separación de su madre e ingreso definitivo a distintos hogares de menores, por considerar que el hogar materno es inapropiado para el crecimiento sano y seguro de los citados niños, que se encuentran en grave riesgo para su integridad física y psíquica (Tribunal de Familia Iquique, 2009).

La madre interpuso mediante un Recurso de Casación a la Corte Suprema, aludiendo entre otros factores al respeto por las costumbres propias como Derecho. Este tribunal procedió a revocar el fallo requerido, restituyendo el cuidado personal a la madre, dictando una sentencia de reemplazo donde en lo esencial de sus considerandos le da una connotación distinta al valor de las costumbres propias en la resolución del asunto, indicando entre sus argumentos que:

“*En este contexto y considerando que la madre de los niños pertenece a la etnia aymara, ha de tenerse presente lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley N° 19.253, que recogiendo el principio*

constitucional enunciado, dispone que es deber del Estado respetar y proteger su cultura; a lo que cabe agregar que, de acuerdo a lo señalado en el artículo 30 de la Convención sobre los Derechos del Niño, publicada el 14 de agosto de 1990, los niños pertenecientes a una minoría étnica tienen derecho a tener su propia vida cultural y a emplear su propio idioma...Cuarto: Que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3° de la Convención de los Derechos del Niño, en todas las medidas concernientes a los niños deben los tribunales de justicia tener como consideración primordial, el interés superior del niño y, ciertamente, ello impone a los jueces el deber de atender a las costumbres y forma de vida del grupo social a que pertenecen... En la especie, la situación que ha motivado estas actuaciones dice relación con una familia aimara que vivió hasta hace poco tiempo en un poblado de la precordillera; en tales circunstancias, su relación con el Estado claramente no podría ser de la entidad que puede esperarse de las personas que no integran comunidades minoritarias, razón por la cual el juicio relativo a la afectación a los derechos de los niños también debe hacerse desde esta perspectiva. Por tal razón no es posible descalificar a la madre por no haber integrado a los niños a las redes sociales” (Corte Suprema, 2010).

En el caso aludido es posible observar una valoración diferenciada en las diversas instancias respecto a la ponderación de los hechos que conforman la costumbre en el proceso judicial. En los tribunales de primera y segunda instancia lo consuetudinario no justificaría en nuestros tiempos la falta de incorporación de los menores a la red de protección social como tampoco eximiría del deber paterno de cumplir con el proceso educativo obligatorio. Mientras que la Corte Suprema como tribunal superior identifica que la ausencia de estos cumplimientos es posible asociarla como parte de

su expresión cultural interpretando la norma en clave cultural (Espinoza, 2018). Esta posición ha venido siendo sostenida posteriormente en otras causas por nuestro tribunal superior, reconociendo que el derecho a la dignidad requiere el reconocimiento de sus diferencias, lo que permite a todas las personas mantener una historia vital ligada a valores propios de su cultura originaria (Corte Suprema, 2016).

Estos dos ejemplos demuestran interpretaciones restrictivas que se reducen a estereotipos desde algo estático y monolítico, incapaz de transformación. Esta dificultad para comprender al otro revela problemas de asimetrías de comunicación y temporalidad (Sánchez, 2006). Como hemos indicado, esto se conforma no solo como un riesgo al disminuir drásticamente el espacio de competencia de aplicación de la costumbre sustentado en un modelo ideal, sino un incumplimiento de la normativa vigente al no considerar extensivamente la norma desde sus fines.

En contrario, la apreciación de la costumbre en un escenario de constante transformación permitiría acoger bajo su esfera nuevas conductas. Postulamos que esto responde a una consecuencia estructural asentada en las bases del sistema jurídico occidental, como efecto de la regulación de la actividad jurisdiccional y sus restricciones desde una perspectiva estrictamente positiva.

Una Propuesta para la Ampliación en la Fijación de la Costumbre Indígena a Partir de la Teoría de los Principios en el Derecho

En el contexto que hemos desarrollado, es posible sostener que la ponderación que realizan los tribunales nacionales resulta una labor compleja y carente de seguridad jurídica. La tarea de intentar encajar determinadas conductas dentro de un modelo ideal preconcebido puede resultar finalmente vulneradora de derechos. En este sentido, el ejercicio

jurisdiccional resulta limitante, impidiendo la adecuación de la norma a la realidad y el cumplimiento de sus fines.

Debemos recordar que las normas destinadas al tratamiento de la población indígena tienen como fin, entre otros, proteger el desarrollo de este segmento de la sociedad. Así lo indica el artículo 1 inciso 3 de la Ley N° 19.253 que señala: “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”.

De la misma manera, los instrumentos internacionales han explicitado sus fines. Un ejemplo lo encontramos en el preámbulo del Convenio 169, que destaca la importancia del reconocimiento y respeto de las costumbres indígenas resaltando que su invisibilidad se encuentra asociada a la vulneración directa al sistema de Derechos Humanos vigente. En este sentido señala: “...observando que en muchas partes del mundo esos pueblos no pueden gozar de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los Estados en que viven y que sus leyes, valores y costumbres y perspectivas han sufrido a menudo una erosión...”.

Cabe recordar que el respeto por las costumbres propias en un contexto adecuado se encuentra asociado al derecho a la identidad cultural protegida también a nivel de Derechos Humanos en numerosos instrumentos internacionales. De tal manera, cuando un pueblo deja de dirigirse por su propio Derecho pone en entredicho la coherencia y armonía del sistema jurídico al incumplir compromisos vinculantes, generando antinomias y afectando en definitiva la seguridad jurídica del sistema normativo. De la misma manera, la realidad

predominante de interpretar restrictivamente el alcance de las costumbres indígenas, asimilándolas con prácticas inamovibles en el tiempo, resulta contradictoria con el sentido de la normatividad jurídica vigente.

Este conflicto no resulta ajeno a la dogmática jurídica que viene discutiendo el problema de la rigidez de la norma escrita frente al dinamismo social y la imposibilidad de ajustar el texto jurídico espontáneamente. Esto último principalmente por la dificultad para modificar la Constitución o los tratados de Derechos Humanos, lo que ha llevado a que en nuestros tiempos las reformas se realicen mayoritariamente mediante leyes. En el fondo tanto la definición de la conciencia jurídica colectiva aplicable, como también la aplicación de la norma a la realidad, representan problemas de flexibilidad que se definen vía interpretación judicial. Por tanto, en este espacio se deben establecer pautas y herramientas amplias para una reflexión adecuada.

Este asunto no resulta pacífico, ya que plantea un contrapunto estructural con la base del sistema jurídico que promueve como prioritaria la interpretación con estricto apego al tenor literal y al espíritu de la Ley. Recién cuando estas vías no resultan útiles, o bien cuando existe una laguna legal, recurre al uso de elementos subjetivos como los principios generales del Derecho o la equidad natural.

Este aspecto resulta clave en materia de garantías para la población indígena, donde suelen presentarse vacíos legales y antinomias, debido al mandato de aplicar la costumbre como Derecho a este colectivo, frente a la invisibilización que el Derecho imperante produce en áreas como el Derecho de familia o penal, donde existe una base histórica de inspiración judeo-cristiano impuesta desde la conquista, que en la praxis impide o dificulta la incorporación de elementos que generen contrapuntos (Espinoza, 2016).

En este escenario, estimamos que la orientación que

promueve la aplicación de principios junto a las normas en el Derecho resulta de gran utilidad para identificar de manera amplia esta costumbre. La propuesta de la teoría de los principios en el Derecho moderno considera la superación del modelo jurídico instalado desde el positivismo jurídico para las democracias pluralistas de nuestros días, permitiendo ampliar el espectro de interpretación judicial y complementando la estructura jurídica, con el fin de conceder mayor importancia al sentido teleológico expresado en el proceso de elaboración normativa. Desde esta mirada, será posible relevar valores comunes a todos los tiempos, identificando conductas que se mantienen en la cotidianidad histórica, pero abriendo espacios a otras definiciones.

Estos principios jurídicos han sido definidos como “normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son, por consiguiente, mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. El campo de las posibilidades jurídicas está determinado a través de principios y reglas que juegan en sentido contrario” (Alexy, 1988: 143).

Este paradigma, propuesto originalmente en el trabajo de Dworkin (1989), fundamenta el Derecho como un sistema compuesto por reglas y principios jurídicos. La tesis del autor se puede resumir en que toda norma tiene como origen principios éticos. En caso de lagunas o vacíos legales los jueces no pueden actuar discrecionalmente sino que deben aplicar estos principios, siendo la garantía y protección efectiva de los derechos individuales la función más importante del sistema jurídico, permitiendo proteger a los ciudadanos frente a las agresiones del Estado y de la mayoría.

Los principios, a diferencia de las reglas, no resuelven directamente el fondo del asunto, sino que colaboran en la búsqueda de decisiones favoreciendo los argumentos a favor de una u otra posición normativa. A esto respondería tanto la naturaleza finalista que se reconoce en ellos, como su carácter complementario en el plano de parcialidad. En este aspecto, suele indicarse que las reglas no precisan ni pueden ser objeto de ponderación, mientras que los principios necesitan y deben ser ponderados (Ávila, 2011).

La propuesta de este paradigma es posible resumirla en los siguientes tópicos: a) valor en vez de norma, b) ponderación en vez de subsunción, c) omnipresencia de la Constitución en vez de independencia del Derecho ordinario, y d) omnipotencia judicial apoyada en la Constitución en lugar de autonomía del legislador democrático dentro del marco de la Constitución (Prieto, 1996).

Desde el ordenamiento jurídico nacional es posible llegar a la aplicación de principios para la ponderación de la costumbre por tres vías: a) por falta de definición de los elementos que componen la costumbre indígena, lo que podríamos definir como un vacío legal; b) al utilizar los elementos para interpretar la Ley dispuestos en el Código Civil; entre estos, los principios generales del Derecho; c) en este mismo escenario, al acudir a la equidad natural en búsqueda de la justicia aplicada al caso.

En el contexto internacional también se justifica su inserción en la práctica judicial mediante el denominado principio de maximización de la autonomía indígena, que promueve la mínima restricción al aplicar el Convenio 169 de la OIT. Este principio está recogido en el artículo 5 del Convenio que señala:

“Al aplicar las disposiciones del presente Convenio: a) deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse

debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente; b) deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos”

Este criterio interpretativo consiste en asumir una mirada desde el pluralismo jurídico en clave igualitaria, debiendo amplificarse la extensión de los derechos reconocidos a los pueblos indígenas con el objetivo de permitir el ejercicio de los derechos colectivos e individuales de dichos pueblos, pero respetando siempre el contenido esencial de cada derecho, de manera que los fines de la norma puedan alcanzar sus fines de manera efectiva y no en forma retórica (Defensoría Penal Pública, 2012).

Desde el enfoque jurídico esta propuesta encaja plenamente con aquello que la doctrina ha denominado la ‘teoría del árbol vivo’, como aquella que defiende una interpretación judicial en clave dinámica de la norma. Esta comprende que las disposiciones normativas reflejan el estado de un determinado tiempo; sin embargo, su aplicación debe considerar los aspectos culturales y los constantes cambios a los que se expone la naturaleza humana, elemento clave para interpretar el mandato de aplicar la costumbre en un contexto dinámico y cambiante. A partir de esto, la norma refleja una intención emanada del legislador que debe ser interpretada en términos modernos por el juez al momento de volver el Derecho en una realidad material reflejada en la sentencia.

Para Guastini (2008) esta doctrina evolutiva está inspirada en la necesidad de adaptación continua del Derecho a las exigencias de la vida social. Por ello, esta doctrina sugiere a los intérpretes no practicar una interpretación fija sino, por el contrario, cambiar el significado del texto a la luz de las circunstancias y los sentimientos de justicia.

Esta propuesta ha sido tratada principalmente para la aplicación constitucional, en particular de la parte dogmática de

la Constitución. No obstante, en nuestros tiempos resulta aplicable a todas las instancias judiciales debido al proceso de constitucionalización por el que atraviesa el Derecho en general, que entre otras aristas implica la aplicación directa de la Constitución en materias propias de Ley.

La doctrina ha señalado diversas razones para justificar su uso, indicando entre estas: a) la carga emancipadora de los derechos constitucionales, lo que produce resistencias para su aplicación material; b) estos derechos insertos en la Constitución están fijados por principios, lo que requiere siempre de una interpretación judicial, a diferencia de las normas que deben aplicarse directamente. Esto último sirve para proponer la naturaleza diferente de ambas, siendo los primeros abiertos y, las normas cerradas para su interpretación.

Esta noción surge desde una perspectiva de realidad, sustentada en que una Constitución no responde siempre al ideal de dar a conocer a los ciudadanos cuáles son sus derechos, o de garantizar plenamente los derechos que contiene a todos sus miembros, en especial respecto de las minorías culturales; es decir, siempre llevará implícita la incerteza jurídica como un reflejo de las limitaciones propias del lenguaje jurídico, lo que se refleja particularmente en las decisiones futuras asumidas por la autoridad (Waluchow, 2009).

Desde la perspectiva de la doctrina de la interpretación evolutiva es posible reconocer en la Constitución la posibilidad de más de una interpretación debido a su estructuración mediante la utilización de principios. En este sentido se faculta al juez para descubrir nuevos significados en la Constitución, acercando la relación entre norma constitucional y realidad social. Esto faculta al juez a elegir entre mantener el sentido tradicional o desvelar otro hasta entonces oculto, “presupone un intérprete creador, alejado del modelo de juez ventríloco que imperó durante tanto tiempo” (Canosa, 2008: 270).

El paradigma que impone la utilización de principios en clave intercultural ha comenzado a insertarse normativamente en algunos sistemas jurídicos, contribuyendo a darle mayor certeza jurídica a su utilización. Este es el caso de la Constitución de Bolivia del 2009, que en su capítulo segundo, denominado 'Principios, Valores y Fines del Estado' incorpora en el artículo 8:

I. *El Estado asume y promueve como principios ético-morales de la sociedad plural: ama qhilla, ama llulla, ama suwa (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), suma qamaña (vivir bien), ñandereko (vida armoniosa), teko kavi (vida buena), ivi maraei (tierra sin mal) y qhapaj ñan (camino o vida noble).*

II. *El Estado se sustenta en los valores de unidad, igualdad, inclusión, dignidad, libertad, solidaridad, reciprocidad, respeto, complementariedad, armonía, transparencia, equilibrio, igualdad de oportunidades, equidad social y de género en la participación, bienestar común, responsabilidad, justicia social, distribución y redistribución de los productos y bienes sociales, para vivir bien.*

La técnica legislativa tiene el mérito de ampliar el ámbito de interpretación con la técnica de los principios, pero además fija referentes particulares de las diversas miradas que componen la realidad plural del Estado. Estos principios permiten que la definición de lo cotidiano tenga un elemento valórico para la definir el sentido de las normas y los fines de la legislación. Desde esta perspectiva podemos comprender la Constitución como portadora de un sustrato de valores y principios fundantes de una comunidad política (Diez-Picazo, 2001). Estos valores provienen tanto del diálogo político interno como del contexto internacional, traducándose en un amplio catálogo de derechos fundamentales concretándose en normas jurídicas que para ser garantizadas deben ser interpretadas por

los órganos jurisdiccionales (Aguilar, 2016).

Este ejercicio de interpretación se ubicará en un plano exclusivamente axiológico, consistente en definir el alcance de los valores que la comunidad política determina como primarios para cada momento (Cea, 2008). Las incorporaciones de principios favorecen esta tarea, dándole certeza y claridad a estos valores.

Finalmente, la controversia central se refiere a un problema de elección de criterios de identificación de las reglas de admisión para señalar que un enunciado es válido. Mediante la identificación de axiomas como principios lo que se logra es una ampliación de estos criterios de validación para ajustar la norma a las naturales transformaciones de las sociedades.

Conclusiones

El mandato vinculante proveniente del Derecho vigente ha revivido el valor de la costumbre en el Derecho y su aplicación llevará implícita una tarea de interpretación judicial. La ponderación de los hechos y su ajuste al tipo ideal ha orientado de manera significativa la búsqueda de patrones preconcebidos asociados preferentemente a prácticas remotas e inmemoriales, omitiendo un análisis inclusivo de conductas sujeto a nuevos patrones desde una perspectiva de realidad.

Factores como la translocalización de la comunidad actúan como un motor de cambios, ajustes y resistencias, cuestión que se refleja en la conciencia jurídica colectiva que nace espontáneamente de la sociedad, lo que conllevará a nuevos valores y patrones culturales que deben ser incorporados dentro de la órbita de la costumbre.

La teoría de los principios nos permite acudir a un lenguaje mucho más inclusivo en un espacio de diversidad. En definitiva, el ejercicio no concluye en ponderar un modelo respecto a una secuencia de actos y efectos. En contrario, la definición de principios asociados a la cosmovisión de un

pueblo y a los valores de cada cultura, permite conceder certeza en un contexto de pertenencia mucho más amplio que la perspectiva que vienen aplicando los tribunales, favoreciendo el cumplimiento de los fines superiores que han orientado la construcción del marco normativo vigente, permitiendo ampliar las limitantes del lenguaje jurídico no permiten interpretar debidamente.

AGRADECIMIENTOS

Este trabajo se desarrolló en el marco del Proyecto Mayor de Investigación Científica y Tecnológica de la Universidad de Tarapacá N° 6718-18, "Derecho a la Identidad Cultural e Interés Superior en Niños Aymaras: Análisis a la Jurisprudencia de los Tribunales en Chile".

REFERENCIAS

- Álvarez A (2017) Nuevos escenarios de género entre los aymaras del norte chileno. *Interciencia* 42: 408-416.
- Aguilar G (2016) Principios de interpretación de los derechos fundamentales a la luz de la jurisprudencia chilena e internacional. *Bol. Mex. Derecho Comp.* 49(146): 13-58.
- Alexy R (1988) Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. *DOXA* 5: 143-144.
- Ávila H (2011) *Teoría de los Principios*. Trad. L. Criado. Pons. Madrid, España. 172 pp.
- Bobbio N (1991) *El Tiempo de los Derechos*. Trad. R. de Asís. Sistemas. Madrid, España. 256 pp.
- Carbonnier J (1974) *Derecho Flexible. Para una Sociología No Rigurosa del Derecho*. Tecnos. Madrid, España. 63 pp.
- Canosa R (2008) Interpretación evolutiva de los derechos fundamentales. En Ferrer E, Zaldivar A (Coords.) *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus Cincuenta Años como Investigador del Derecho*. Tomo VI. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM, México. pp. 267-303.
- Castro M, Vergara J (2009) *Jurisprudencia Indígena: Cosmovisión y Legislación*.

Ministerio de Justicia. Chile. 239 pp.

- Cea J (2008) *Derecho Constitucional Chileno*. Tomo I. 2ª ed. UC. Santiago, Chile. 568 pp.
- Comisión Andina de Juristas (2009) *Estado de la relación entre justicia indígena y justicia estatal en los Países Andinos Estudio de casos en Colombia, Perú, Ecuador y Bolivia*. 243 pp.
- Corrine J (2016) ¿Conflictos socio-culturales o resignificación de prácticas simbólicas? Revisión de Estudios Etnográficos de Interculturalidad Religiosa: América Latina y el Caribe. *Interciencia* 41: 362-368.
- Diez-Picazo L (2001) Notas sobre la renuncia a los derechos fundamentales. *Persona y Derecho* 45: 133-137.
- Dworkin R (1989) *Los Derechos en Serio*. Trad. M. Guastavino. Ariel. Barcelona, España. 508 pp.
- Espinoza A (2016) La invisibilidad jurídica de la familia andina en el norte de Chile. *Rev. Derecho Univ. Austral* 29: 120-130.
- Espinoza A (2017) El reconocimiento del derecho consuetudinario indígena como derechos humanos: Su estado en el derecho chileno. *Cad. Dereito Actual* 8: 413-437.
- Espinoza A (2018) El interés superior del niño a examen: niños pertenecientes a una etnia indígena en Chile, una cuestión de principios. En Solé-Resina J, Almada-Mozetic V (Coords.) *Derechos Fundamentales de los Menores*. Dykinson. Madrid, España. pp. 103-129.
- Gavilán V (2002) "Buscando Vida...": Hacia una teoría aymara de la división del trabajo por género. *Chungara* 34: 101-117.
- Galvis M, Ramírez A (2013) *Digesto de Jurisprudencia Latinoamericana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. Fundación para el Debido Proceso. Washington, DC, EEUU. 258 pp.
- González D, Carrasco A (2016) El patio, espacio mediador. características del habitar tradicional rural aymara, presentes en viviendas sociales de familias residentes en Arica, Chile. *Interciencia* 41: 92-97.
- González H (1996) Características de la Migración Campo - Ciudad entre los Aymaras del Norte de Chile. Documentos de Trabajo. Taller de Estudios Andinos. Arica, Chile.
- González H, Gundermann H (2014) Comunidad indígena y construcción histórica del espacio entre

- los aymara del norte de Chile. *Chungara* 46: 233-246.
- Grossi P (2003) *Mitología Jurídica de la Modernidad*. Trad. M. Martínez. Trotta. Madrid, España. pp. 29-34.
- Guevara Gil A, Verona A (2015) *El Peritaje Antropológico. Entre la Reflexión y la Práctica*. Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho (CICAJ). Lima, Perú. 15 pp.
- Gundermann H (2001a) Procesos regionales y poblaciones indígenas en el norte de Chile. Un esquema de análisis con base en la continuidad y los cambios de la comunidad andina. *Estud. Atacam.* 21: 89-112.
- Gundermann H (2001b) Comunidad aymara y procesos de cambio social en la región norte de Chile. *IV Congreso Chileno de Antropología*. Santiago, Chile. p. 1136.
- Guastini R (2008) *Teoría e Ideología de la Interpretación Constitucional*. Trotta. Madrid, España. 104 pp.
- Guzmán Brito (2018) *La Fijación y la Codificación del Derecho en Occidente*. Universitaria de Valparaíso. Chile. pp. 100-103.
- Defensoría Penal Pública (2012) *Modelo de Defensa Penal Indígena*. Centro de Documentación Defensoría Penal Pública N°7. Santiago, Chile. p.147.
- INE (2005) *Estadísticas Sociales de los Pueblos Indígenas en Chile, Censo 2002*. Instituto Nacional de Estadísticas. Chile.
- INE (2018) *Segunda Entrega Resultados Definitivos, Censo 2017*. Instituto Nacional de Estadísticas. Chile.
- Iturralde D (2006) Usos de la ley y usos de la costumbre: la reivindicación del derecho indígena a la modernidad. En *Antología. Grandes Temas de la Antropología Jurídica*. RELAJU. México. pp. 239-248.
- Ottone E (2017) El concepto de acumulación civilizatoria. Entre universalismo e identidad cultural. *Estud. Públ.* 147: 251-262.
- Prieto L (1996) El constitucionalismo de principios, ¿entre el positivismo y el iusnaturalismo? (a propósito de “el derecho dúctil” de Gustavo Zagrebelsky). *Anuar. Filos. Derecho* 13: 125-158.
- Ross A (2007) *Teoría de las Fuentes del Derecho*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, España. 525 pp.
- Sánchez Botero E (2015) Peritaje antropológico como prueba judicial. En Guevara A, Verona A, Vergara R (Eds.) *El Peritaje Antropológico. Entre la Reflexión y la Práctica*. Pontificia Universidad Católica de Perú. Lima, Perú. pp. 23-56.
- Santos B (2012) *Derecho y Emancipación*. Corte Constitucional para el Período de Transición. Pensamiento Jurídico Contemporáneo No. 2. Quito, Ecuador. p.47.
- Savigny K (1814) *De la Vocación de Nuestro Siglo para la Legislación y para la Ciencia del Derecho*. Trad. A. Posadas. España Moderna. Madrid, España. pp. 3-150.
- Stavenhagen R (1988) Derecho consuetudinario indígena en América Latina. En *Antología Grandes Temas de la Antropología*. pp. 15-25.
- Vergara A (2018) *Teoría del Derecho. Reglas y Principios. Jurisprudencia y Doctrina*. Thomson Reuters. Santiago, Chile. 234 pp.
- Waluchow W (2009) *Una Teoría del Control Judicial de basada en el Common Law, Un árbol vivo*. Trad. P. de Lora. Pons. Madrid, España. pp. 45-58.
- Yrigoyen R (2004) Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos. *El Otro Derecho No. 30*. Ilsa. Bogotá, Colombia. pp. 171-195.

SENTENCIAS Y JURISPRUDENCIA

- Sentencia Corte Suprema, en Recurso de Casación en el Fondo Acogido causa Rol: 3784-2009, de fecha 10/09/2009.
- Sentencia Corte Suprema, en Recurso de Nulidad, causa Rol: 28842-2015, de fecha 20 de enero del 2016.
- Sentencia en causa de medidas de protección de menores, RIT P 997 2008, del Juzgado de Familia de Iquique, de fecha 31 de diciembre de 2008.
- Sentencia en causa por delito de abandono de menores, RIT N° 221-2009 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica, de quince de abril del 2010.
- Sentencia del segundo juicio oral del Tribunal Oral en lo Penal de Arica, RIT 221-2009, del 11 de octubre de 2010.
- Sentencia Corte de Apelaciones de Arica, Recurso de Nulidad acogido, Rol: 158-2010, de fecha 30 de agosto del 2010.