



Universidad de Concepción
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Escuela de Derecho

**“COMPATIBILIDAD ENTRE EL CONVENIO 169 DE LA OIT
Y LA LEY DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR
¿SE PUEDEN APROBAR ACUERDOS REPARATORIOS?”**

Análisis teórico-práctico a partir de una sentencia dictada en la región de la Araucanía.

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Autor: Ana Silvia Marín Cerna.
Profesora guía: Ximena Gauché Marchetti.

Concepción, Ciudad Universitaria, enero de 2014.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	6
CAPÍTULO INTRODUCTORIO. “EXPOSICIÓN DE LOS HECHOS DEL CASO PARA UNA CORRECTA COMPRENSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN”.....	13
CAPÍTULO I. “EL CONTENIDO NORMATIVO Y DOCTRINARIO CONVERGENTE AL CASO DE CAROLINA”.....	17
I PARTE. ASPECTOS NORMATIVOS APLICABLES AL CASO.....	18
1. EL CONVENIO N° 169 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES EN PAÍSES INDEPENDIENTES	18
1.1. Aspectos generales del Convenio N° 169.....	18
1.2. Ámbito de aplicación o titulares de derechos.....	19
1.3. Naturaleza jurídica de los derechos que consagra.....	20
1.4. Principios rectores del Convenio N° 169 de la OIT.....	20
1.5. Reconocimiento de la costumbre de los pueblos indígenas y tribales en el Convenio.....	22
1.6. La relación entre costumbre indígena, delitos y sistemas penales.....	24
1.7. A modo de antecedente: consideraciones del Tribunal Constitucional frente al requerimiento de inconstitucionalidad de los artículos 9 y 10 del Convenio N° 169.....	26
2. SOBRE LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR. LA LEY N° 20.066.....	30
2.1. Qué se entiende por violencia intrafamiliar.....	30
2.2. Sujetos pasivos de la violencia intrafamiliar.....	32
2.3. Tipos de violencia intrafamiliar.....	33
2.3.1. Violencia intrafamiliar no constitutiva de delito.....	33
2.3.2. Violencia intrafamiliar constitutiva de delito.....	35

2.4. Tribunal competente para conocer del caso de Carolina y procedimiento aplicado...	36
2.5. Los acuerdos reparatorios, una salida alternativa prohibida por la Ley de Violencia Intrafamiliar.....	37
2.6. Algunas cifras de violencia intrafamiliar en Chile: principales resultados de la encuesta nacional de victimización por violencia intrafamiliar y delitos sexuales, año 2013.....	42
2.6.1. Resultados del segmento niños y niñas.....	43
2.6.2. Resultados del segmento mujeres.....	46
2.6.3. Parámetros utilizados para la medición de los resultados.....	47
3. IMPORTANCIA DE LA PROTECCIÓN PARA EL CASO CONCRETO: LA DIGNIDAD HUMANA Y EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS A CONSIDERAR PARA EL CASO CONCRETO.....	49
3.1. La importancia de la consideración de la dignidad de Carolina.....	49
3.2. La protección del derecho internacional de los derechos humanos.....	52
3.2.1. La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW).....	52
3.2.2. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.....	55
3.2.3. La Convención de los Derechos del Niño.....	57
3.2.4. La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial.....	59
II PARTE. ASPECTOS DOCTRINARIOS APLICABLES AL CASO DE CAROLINA.....	62
1. LA JERARQUÍA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES DEL ARTÍCULO 5º INC. 2º DE LA CONSTITUCIÓN.....	62
1.1. La discusión respecto de la jerarquía de aquellos tratados de derechos esenciales de la naturaleza humana.....	62
1.2. Jerarquía normativa del Convenio N° 169 de la OIT.....	66

CAPÍTULO II. “ANÁLISIS DEL CASO DE CAROLINA Y BÚSQUEDA DE LA SOLUCIÓN ÓPTIMA DE JUSTICIA”.....	69
1. LA COSTUMBRE INVOCADA EN EL JUICIO Y LA IMPORTANCIA DE QUE SE CONSTATE SU EXISTENCIA: LEGITIMIDAD Y EFECTIVIDAD DE LA COSTUMBRE.....	70
1.1. Sobre la notoriedad o publicidad de la costumbre alegada.....	71
1.2. Sobre la prueba de la costumbre invocada en el juicio.....	75
2. CONSIDERACIÓN A LAS LIMITACIONES DEL ARTÍCULO 9º EN EL CASO DE CAROLINA.....	78
2.1. Consideraciones del Comité de Expertos en la aplicación de Convenios y Recomendaciones respecto a los artículos 8 a 10 del Convenio N° 169.....	81
3. SOBRE LOS ACUERDOS REPARATORIOS: LA RELACIÓN DE IGUALDAD EN LA NEGOCIACIÓN EN EL CASO CONCRETO.....	84
4. LOS FUNDAMENTOS DEL RECHAZO DEL RECURSO DE APELACIÓN Y EL COMUNICADO DE WALLMAPUWEN ¿DESCONOCIMIENTO DE LOS JUECES EN TEMAS INDÍGENAS O MALA FE EN LA APLICACIÓN DEL CONVENIO?.....	87
4.1. Los fundamentos de la Corte en el fallo del recurso de apelación del caso.....	87
4.2. Comunicado de Wallmapuwen ¿mala fe en la aplicación del Convenio o falta de preparación de los jueces en temas de justicia indígena?.....	90
5. EN BÚSQUEDA DEL MECANISMO ADECUADO DE SOLUCIÓN DEL CONFLICTO ¿ESPECIALIDAD, JERARQUÍA O PONDERACIÓN?.....	95
5.1. La especialidad de la Ley de Violencia Intrafamiliar ¿le otorga primacía por sobre el Convenio N° 169?.....	95

5.2. La pertenencia del Convenio al bloque de constitucionalidad: el soporte de su jerarquía superior.....	99
5.3. Una tercera vía: la ponderación de derechos en el caso concreto.....	101
6. NUESTRA PROPUESTA: LA POSIBLE SOLUCIÓN QUE DE MEJOR MANERA GARANTICE LOS DERECHOS DE CAROLINA.....	105
6.1. El control de convencionalidad como herramienta de aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos.....	107
6.2. Directrices de la Corte y Comisión Interamericana respecto a la violencia contra la mujer.....	110
CONCLUSIONES.....	114
BIBLIOGRAFÍA.....	120

INTRODUCCIÓN

Nogueira Alcalá señala que es necesario consagrar una protección especial a las personas o grupos que por sus condiciones físicas, mentales, culturales o económicas se encuentran en situación de discriminación o que agravan la situación de debilidad de otros individuos o grupos.¹ En este contexto, puede ocurrir que una persona pertenezca a más de uno de estos grupos de vulnerabilidad, como Carolina, una mujer mapuche que fue víctima de violencia intrafamiliar por parte de su conviviente.

Estudiaremos su caso en particular realizando un análisis teórico-práctico de los temas convergentes a él. Señalaremos en breve, puesto que en el capítulo introductorio se hará extensa exposición de los hechos de la causa, que se trata de una causa de violencia intrafamiliar en que se aprueba un acuerdo reparatorio, debido a que el defensor invoca preceptos del Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo, que permiten que se tengan en consideración las costumbres de los pueblos indígenas y tribales en la resolución de materias penales, aún cuando la Ley N° 20.066 sobre Violencia Intrafamiliar prohíbe la aplicación de dicha salida alternativa.

Es así, como el defensor señala que la costumbre en estos casos es pedir disculpas públicas, y que para resolver los conflictos de esta naturaleza han de asesorarse por los familiares o personas más sabias de la comunidad. Además señala el defensor que en este caso pasa a ocupar este lugar el juez de garantía ante el cual se realizaba la audiencia, no siendo en ninguna instancia acreditada la invocada costumbre.

En esta causa se genera un problema de compatibilidad entre el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT) y la Ley N° 20.066 sobre Violencia Intrafamiliar, puesto que no se considera la prohibición contenida en el artículo 19 de esta ley que señala que no se puede arribar a acuerdos reparatorios en esta materia, siendo aprobado de todos modos un acuerdo de este tipo, amparándose la decisión judicial en los artículos 9° y 10° del Convenio N° 169.

Con respecto al Convenio N° 169 ha surgido en torno a su interpretación y aplicación la discusión respecto de su jerarquía normativa, que estaría dada entre otros factores, por su estatus

¹ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas” *Anuario Da Facultade de Dereito da Universida da Coruña*, N° 10, 2006. En <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/2449/1/AD-10-41.pdf> [visitado el 30/03/2013].

de tratado internacional de derechos humanos y, para algunos, de aquellos derechos humanos que limitan la soberanía del Estado de acuerdo al artículo 5° de nuestra Constitución Política².

Como sabemos, en relación a la jerarquía de los tratados internacionales de derechos humanos la doctrina discrepa; algunos postulan que son de jerarquía superior a la ley pero inferior a la Constitución, otros les asignan rango constitucional. Este tema también será tratado en el presente trabajo, puesto que el caso es fallado en primera instancia de acuerdo a la jerarquía superior del Convenio N° 169 por sobre la Ley de Violencia Intrafamiliar, siendo de la misma manera entendido por la Corte de Apelaciones de Temuco en el fallo del recurso de apelación Rol N° 388-2012 que confirma la resolución de primera instancia.

Para nosotros, la relevancia del tema a tratar radica en la importancia de resguardar la primacía de la indemnidad personal y la dignidad de la persona, atendida la situación de vulnerabilidad de estas víctimas, dado que la comunidad indígena sale del patrón cultural de la población general de nuestro país, por lo tanto su tratamiento frente a la aplicación de justicia es siempre un tema delicado de abordar.

Lo anterior, sumado a que no fue sólo este caso en el que se siguió tal decisión, sino que fueron situaciones reiteradas, de acuerdo a lo señalado por el SERNAM se trató de 17 casos en que se siguió el mismo proceder, lo que es algo sin duda preocupante para la efectiva protección de los derechos de las mujeres mapuches.

Somos consientes de que nos encontramos frente a un tema delicado de abordar, ya que por un lado las disposiciones legales nacionales que son incompatibles con derechos reconocidos bajo la normativa internacional de los derechos humanos no pueden ser usadas para justificar la ignorancia de las costumbres de los pueblos indígenas que deben ser respetadas en la aplicación de la legislación nacional; por otro, las costumbres indígenas no pueden constituir justificación para la violación de los derechos humanos fundamentales³.

² GAETE URIBE, Lucía, “Convenio N° 169. Un análisis de sus categorías problemáticas a la luz de su historia normativa”, *Ius et Praxis*, vol. 18, N° 2, 2012. En: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122012000200004&script=sci_arttext. [visitado el 28/04/2013].

³ EL CONVENIO DE LA OIT Y LA DEFENSA PENAL DE INDÍGENAS, Defensoría Penal Pública 2010. En: <http://www.dpp.cl/resources/upload/093e523d3fa9fe3d8745793ada63a58b.pdf>. [visitado el 01/04/2013].

En este contexto, la finalidad de nuestra investigación tiene por norte la búsqueda de la óptima solución al caso concreto, por lo que dirigiremos nuestros esfuerzos a responder las siguientes interrogantes: **¿qué instrumento normativo deben aplicar los jueces de manera preferente en casos de violencia intrafamiliar que involucren a personas de pueblos originarios? ¿Se hizo realmente justicia en el caso de Carolina?** Es en este sentido, que delimitamos nuestro objetivo general y los objetivos específicos de esta investigación.

Objetivo general

Como objetivo principal, encontramos el de determinar si la interpretación hecha por el Juez de letras y garantía de Collipulli es la adecuada para estos casos concretos, o al contrario, si es adecuada la interpretación que reconoce la limitación del propio artículo 9° del Convenio N° 169, por lo que no se podría arribar a acuerdos reparatorios. Lo que en el fondo se refiere a determinar si efectivamente se hizo justicia en el caso de Carolina, si la colisión de normas fue resuelta de manera óptima, buscando la solución que más favorezca el reestablecimiento del derecho violentado.

Objetivos específicos

Variados son los objetivos específicos que pretendemos lograr con nuestra investigación, entre ellos tenemos el de determinar cuál es el criterio que debe primar en la solución de este conflicto entre las normas del caso ¿jerarquía o especialidad? y si es más adecuado quizás tener en cuenta el criterio de la proporcionalidad, considerando que la violencia intrafamiliar afecta la integridad física y síquica de las víctimas y el principio de igualdad y no discriminación consagrados también en nuestra Constitución Política.

Ahora bien, no obstante que lo debatido no es la costumbre sino la posibilidad de arribar o no a acuerdos reparatorios, no puede desconocerse que el derecho consuetudinario tiene un papel fundamental en estos casos, y es la efectiva existencia de esta costumbre la que debe estar fehacientemente acreditada y así garantizar de cierto modo el debido proceso, ya que al final, si ésta va a ser uno de los fundamentos para aceptar un acuerdo reparatorio en materia de violencia intrafamiliar, debe tenerse certeza de que efectivamente la costumbre existe y que es el método en que se solucionan este tipo de conflictos de manera común dentro de una comunidad.

Además de aquello, nos interesa determinar si posiblemente el problema se encuentra en una deficiente instrucción de los operadores de justicia en estos temas, y si es necesaria una justicia especializada en temas de derecho indígena y también en la materia de la protección de la mujer; o si simplemente el juez en estos casos da mayor peso a lo que las víctimas señalan en orden a prestar su consentimiento para la aprobación del acuerdo reparatorio.

El alcance del objetivo mencionado anteriormente, se pretende determinar de manera indirecta comparando la resolución del juez de garantía con la *interpretación auténtica* de los artículos 9° y 10° del Convenio N° 169 de la OIT y de los instrumentos internacionales del derecho internacional de los derechos humanos que otorgan protección para el caso en concreto, puesto que lo pretendido es analizar el problema desde un punto de vista crítico y en relación a lo señalado en el ámbito internacional en orden a erradicar todas las formas de discriminación y violencia contra la mujer.

Nos interesa además, el estudio de los principios del Convenio N° 169, para luego determinar si la aplicación que se le ha estado dando a éste en casos como el estudiado, contraría o no esos principios que son la base de los preceptos del Convenio; y la interpretación auténtica que ha hecho el Comité de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT en relación a este tema.

Se analizará además respecto al tema de la violencia intrafamiliar el fundamento de la prohibición de aprobar acuerdos reparatorios. Tema importante puesto que en la audiencia de procedimiento simplificado el juez pregunta en reiteradas ocasiones a la víctima si está de acuerdo con la salida alternativa, lo que es peligroso considerando el motivo de la prohibición (que los sujetos no se encuentran en igualdad de condiciones para negociar).

Asimismo, nos detendremos en el estudio de cómo abordar las colisiones entre tratados internacionales, puesto que una cosa es el conflicto entre el Convenio N° 169 y la Ley N° 20.066, y otro tema es la colisión entre el Convenio y otros tratados internacionales, como los de protección de la mujer o la Convención Americana de Derechos Humanos. Se tendrá en consideración lo que ha señalado la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto a las causas de violencia contra la mujer que les ha correspondido conocer.

Además, pretendemos demostrar la importancia de conocer la interpretación auténtica de los tratados internacionales: se incluirán por mencionar algunos, la recomendación general N° 28

del Comité para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer y la recomendación general N° 11 del Comité de los Derechos del Niño.

Para desarrollar nuestra investigación, tendremos como fuentes principales las actas de individualización de la audiencia de control de detención del caso a analizar y también su registro de audio, el escrito de apelación de la Fiscalía y el fallo de ese recurso por el la Corte de Apelaciones de Temuco (Rol N° 388-2012)

En relación a las principales fuentes normativas, estudiaremos en el capítulo I lo referido al Convenio N° 169 de la OIT, examinaremos sus antecedentes generales, su campo de aplicación, jerarquía y reconocimiento de la costumbre indígena. Nos interesa particularmente analizar las limitaciones que el propio Convenio N° 169 establece para su aplicación, en lo referente a la costumbre indígena que puede ser invocada en un juicio.

En concreto, respecto a la Ley N° 20.066, se estudiarán entre los aspectos más relevantes para la investigación el concepto de violencia intrafamiliar, los sujetos pasivos, los derechos fundamentales que reciben la protección de dicha ley, y lo más relevante que es la prohibición de arribar a acuerdos reparatorios contenida en el artículo 19° de la Ley N° 20.066 sobre Violencia Intrafamiliar y el fundamento e importancia de la prohibición.

Luego estudiaremos el fundamento de la protección para el caso concreto, el cual encontramos primeramente en la idea de dignidad de la persona humana. Se pondrá atención a las normas constitucionales aplicables en esta materia, en especial el artículo 5° inc. 2°, y algunos numerales del artículo 19° como la integridad física y síquica y la igualdad ante la ley.

Ahora bien, respecto a los instrumentos jurídicos internacionales sobre protección de los derechos de la mujer, se analizará la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, que han sido invocadas por la Fiscalía para fortalecer su postura de que no se pueden arribar a acuerdos reparatorios en causas de violencia intrafamiliar.

En nuestro capítulo II nos avocaremos de lleno al análisis del caso concreto, poniendo detenida atención a lo referido a la costumbre invocada y a su prueba, así como también a la consideración de las limitaciones que el artículo 9° del Convenio N° 169 contiene para ser aplicado correctamente. En este sentido nos interesa particularmente evaluar cómo fue considerado el fundamento de la prohibición de aprobar acuerdos reparatorios en materias de violencia intrafamiliar.

Del mismo modo, evaluaremos las soluciones propuestas a lo largo del juicio y en base a ello y a toda nuestra investigación, propondremos la solución que estimamos óptima para la protección de los derechos de Carolina.

A modo de cierre, al final de nuestro capítulo II reforzaremos nuestra solución propuesta con lo señalado por la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en sus fallos e informes emitidos respecto de algunas causas de violencia contra la mujer que han tenido la oportunidad de conocer.

Para alcanzar nuestros objetivos propuestos, tendremos como fuentes primarias las actas de individualización de audiencia de control de detención del caso a analizar y también su registro de audio, el escrito de apelación de la Fiscalía y el fallo de ese recurso por el la Ilma. Corte de Apelaciones de Temuco Rol N° 388-2012)

Cabe señalar que como fuentes secundarias analizaremos como principales el escrito de *amicus curiae* que el Instituto Nacional de Derechos Humanos realizó para este caso en particular, la Revista Jurídica del Ministerio Público N° 52, el informe del Departamento de Estudios de la Defensoría Penal Pública “*Comentarios a fallos relevantes en materia de defensa penal de imputados de pueblos originarios*”, las Observaciones finales sobre los informes periódicos 5° y 6° de Chile, adoptadas por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en su 53° período de sesiones , entre otros.

Ahora bien, también se utilizará el método cualitativo de investigación y cómo técnicas de investigación las siguientes:

- **Entrevista el ministro de la Corte de Apelaciones de Concepción señor Rodrigo Cerda San Martín:** en la cual nos dará su visión como magistrado en torno al tema, solicitando a este que nos ilustre sobre algunos puntos tratados en su charla “*La aplicación jurisdiccional del Convenio 169 de la OIT*” dictada en el Seminario Internacional de Derechos de Pueblos Originarios, Convenio 169 OIT y estándares internacionales”.
- **Entrevista a doña Isabel Cañet Caniulen contadora auditora y pública, miembro de la directiva del Partido Autonomista Wallmapuwen:** nos interesa conversar con doña Isabel, puesto que la agrupación a la que ella pertenece en el mes de marzo del año 2013 emitió un comunicado público donde expresan su total repudio a estas reiteradas prácticas judiciales, señalando que se está dando una interpretación que perjudica al Convenio

puesto que al parecer se trata de una aplicación de mala fe de este instrumento internacional. Consideran además que no existe justificación que impida condenar la violencia intrafamiliar hacia la mujer mapuche y en tal sentido rechazan el argumento de los defensores y los tribunales de aludir a la “costumbre ancestral” como derecho consuetudinario, enmarcado en el Convenio N° 169, bastando con las disculpas del agresor para solucionar estos casos, pues tales fallos son vergonzosos, faltos de ética y atentan contra los derechos que la mujer mapuche ha adquirido.

- **Entrevista al magistrado del Tribunal Oral en lo Penal de Concepción señor Cristián Gutiérrez Lecaros:** el magistrado se desempeñó como juez de garantía en la novena región, y además realizó un curso en el Instituto Nacional de Derechos Humanos sobre el tema en estudio, por lo que nos dará su visión respecto al conflicto que se produjo en estos casos de violencia intrafamiliar, realizando una importante crítica al proceder de los tribunales en estas causas.

Ahora, con respecto al método cuantitativo, incluiremos un análisis de cifras sobre violencia intrafamiliar en nuestro país. Se analizará en específico la “*Encuesta nacional de victimización por violencia intrafamiliar y delitos sexuales 2012*” realizada por Adimark para el Ministerio del Interior y Seguridad Pública,⁴ con la finalidad de extraer conclusiones que nos permitan reforzar nuestra postura de que la mujer víctima de violencia intrafamiliar necesita una mayor protección y preocupación atendiendo las altas cifras de violencia

⁴ ENCUESTA NACIONAL DE VICTIMIZACIÓN POR VIOLENCIA INTRAFAMILIAR, Ministerio del Desarrollo y Seguridad Pública, 2012. En: http://portal.sernam.cl/img/uploads/Presentaci%C3%B3n%20VIF_adimark_final%205-7-2013.pdf [visitado el 04/12/2013].

CAPÍTULO INTRODUCTORIO:

“EXPOSICIÓN DE LOS HECHOS DEL CASO PARA UNA CORRECTA COMPRENSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN”

Hemos decidido que para un correcto entendimiento de nuestro caso, es necesario relatar de manera separada e íntegra los hechos de la causa de Carolina antes de iniciar cualquier exposición teórica o el análisis del caso concreto.

Para comenzar, cabe señalar que Carolina Padilla Manquel es una mujer perteneciente al pueblo mapuche, específicamente a la comunidad de Temucuicui en la que su conviviente es werkén, en la comuna de Ercilla en la región de la Araucanía.

En primer término, señalaremos que los hechos del caso ocurrieron el día 8 de diciembre del año 2011 a eso de las 17:00 horas cuando Carolina transitaba por la vía pública. En este lugar en donde se inicia una discusión con su conviviente el señor Jorge Huenchullán, que al parecer estaría bebiendo en el lugar de los hechos. Jorge procede a darle un golpe de mano, para posteriormente tomarla del brazo y arrastrarla unos metros por la avenida Ercilla donde se perpetró la agresión.

Luego de aquello, Carolina se dirige a la Tenencia de Carabineros de Ercilla para efectuar la denuncia, donde minutos más tarde cuando ella aún se encontraba en el lugar se hace presente su conviviente, molesto e insultando a Carolina, por lo cual se procede a la detención en ese instante.

El día 9 de diciembre del año 2011 se realiza la audiencia de control de detención en el Juzgado de Letras y Garantía de Collipulli, ante el juez señor Claudio Campos Carrasco. En esta audiencia el fiscal señor Ricardo Traipe Sepúlveda deduce requerimiento simplificado verbal por la responsabilidad que a Jorge le corresponde en los hechos anteriormente relatados, que a juicio del Ministerio Público configuran el delito de lesiones menos graves en contexto de violencia intrafamiliar del artículo 399 del Código Penal, en relación con el artículo 484 N° 5 del mismo cuerpo legal y el artículo 5° de la Ley N° 20.066 de Violencia Intrafamiliar, correspondiéndole al imputado la participación en calidad de autor del delito en grado consumado.

El fiscal solicita inicialmente una pena de 300 días de presidio menor en su grado mínimo más las accesorias de la Ley N° 20.066 que consistirían en la prohibición de acercarse a la

víctima y la realización de un tratamiento de control de impulsos y antialcohol por un período de 6 meses.

Luego de efectuarse el requerimiento, el imputado no declarando nada respecto de su responsabilidad en el hecho punible, solicita ser representado por un defensor penal mapuche, por lo que el juez procede a fijar la audiencia de procedimiento simplificado para el día 9 de enero del año 2012.⁵

El día que debía celebrarse esta audiencia Jorge no se presenta, por lo que el juez despacha orden de detención para efectos de asegurar su comparecencia. La audiencia es retomada en la tarde del mismo día, y en ella el fiscal ratifica el requerimiento simplificado y modifica las penas accesorias de la Ley N° 20.066 por terapia familiar en el consultorio de Ercilla por un plazo de 6 meses.

El defensor penal mapuche señor Ricardo Cáceres Setien, por su parte solicita que se acceda a un acuerdo reparatorio en conformidad a los artículos 9° y 10° del Convenio N° 169 de la OIT, señalando que la única exigencia que contempla el artículo 9° del Convenio para que se respeten los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros, es que éstos no sean contrarios al sistema jurídico nacional ni a los derechos humanos internacionalmente reconocidos, señalando el defensor que en este caso no habría ninguna lesión a los derechos humanos.

Por su parte, la Fiscalía señala que debe darse aplicación al principio de la especialidad de la Ley N° 20.066, expresando su oposición al acuerdo reparatorio en conformidad además a los principios contenidos en otros instrumentos internacionales que prohíben el maltrato contra la mujer.

Ante esto, el juez pregunta al defensor cuál sería la costumbre de la etnia en esta materia, a lo que este responde que consiste en aceptar los consejos de los ancianos o padres como personas más sabias, siendo en este caso el juez de garantía quien pasa a desempeñar este rol, y que la costumbre es pedir disculpas y comprometerse a no reiterar el maltrato.

A lo largo de la audiencia de procedimiento simplificado, el juez pregunta al defensor si en este caso las partes se encontrarían en igualdad de condiciones para efectos de que el consentimiento sea válido, a lo que el defensor responde que Carolina no desea el alejamiento de

⁵ *Audio de la audiencia de control de detención, causa RIT N° 1091-2011, Juzgado de Letras y Garantía de Collipulli, 9 de diciembre de 2011.*

Jorge del hogar común, que no teme convivir con él y que no hay un forzamiento de su voluntad para efectos de aprobar un acuerdo reparatorio. Luego de esto, el juez se dirige a Carolina preguntándole en reiteradas ocasiones si su voluntad es libre, a lo que ella señala que es libre y que nadie la ha presionado.

El juez resuelve sobre la base de lo planteado conforme a los artículos 9° y 10° del Convenio N° 169, fallando que *“no obstante existir norma expresa (la Ley N° 20.066) que prohíbe los acuerdos reparatorios, y considerando que si bien fue alegado el principio de la especialidad de la Ley de Violencia Intrafamiliar, también debe atenderse a la primacía del Convenio N° 169 que es un cuerpo legal que establece derechos humanos de carácter colectivo. Por ende, siendo un problema de interpretación, se preferirá aquella que da primacía a las normas que forman parte del bloque constitucional, en razón de lo cual se aprueba la salida alternativa”*⁶.

Esta resolución fue apelada por el fiscal para ante la Corte de Apelaciones de Temuco, fundamentando jurídicamente el recurso en que las normas del Convenio N° 169 fueron aplicadas aún en contra de su propio tenor literal, puesto que los artículos 9° y 10° de ese instrumento jurídico no son absolutos, y se aplican siempre que no contraríen el derecho nacional y que en este caso la supuesta costumbre es contraria al artículo 19° de la Ley N° 20.066; además se argumenta que el Estado de Chile no puede dejar de cumplir sus obligaciones internacionales debidamente contraídas para prevenir y erradicar la violencia contra la mujer; otro de los puntos controversiales se refiere a que la costumbre alegada por la defensa nunca fue acreditada.

Sobre esto, la Corte de Apelaciones confirma la resolución apelada basando su fallo en el rango superior del Convenio y en la necesidad de integrar a los pueblos y fortalecer la unión de las familias; respecto a la costumbre señala que es un hecho público y notorio que las personas de la etnia mapuche resuelven sus conflictos mediante la negociación.⁷

En este contexto, transcurrido el tiempo fijado para el cumplimiento de la terapia familiar en el CESFAM de Ercilla, el Tribunal decreta el cumplimiento de la medida y con ello el sobreseimiento definitivo de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 242 del Código Procesal Penal.⁸

⁶ Audio de la audiencia de procedimiento simplificado, causa RIT N° 1091-2011, Juzgado de Letras y Garantía de Collipulli, 11 de enero de 2012.

⁷ Sentencia de la Ilma. Corte de Apelaciones de Temuco. Rechaza recurso de apelación, reforma procesal penal N° 388-2012, 4 de junio de 2012. En: <http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/> [visitado el 25/04/2013].

⁸ Acta de individualización de audiencia de verificación de acuerdo reparatorio, causa RIT N° 1091-2011, Juzgado de Letras y Garantía de Collipulli, 16 de mayo de 2012.

De esta forma concluimos la exposición de los hechos, respecto de los cuales volveremos a hacer alusión a lo largo de este trabajo, puesto que son varios los comentarios que podemos hacer respecto a los argumentos dados por los intervinientes, los que fueron obtenidos principalmente del audio de las audiencias y sus actas de individualización que nos fueron facilitadas por el propio juez de letras y garantía de Collipulli señor Claudio Campos Carrasco.

CAPÍTULO I

“EL CONTENIDO NORMATIVO Y DOCTRINARIO CONVERGENTE AL CASO DE CAROLINA”

Como ya hemos podido constatar en nuestra introducción, son diversos los temas que concurren a formar el problema normativo de compatibilidad del caso de Carolina, siendo necesario para responder a nuestras preguntas de investigación, exponer la base normativa y doctrinaria del conflicto que se presenta.

Nos referiremos en primer término al contenido normativo en base al cuál desarrollaremos nuestra investigación, exponiendo primero lo concerniente al Convenio N° 169 de la OIT, para luego referirnos a nuestra Ley N° 20.066 sobre Violencia Intrafamiliar, poniendo especial atención en la prohibición de aprobar los acuerdos reparatorios y en el fundamento de esa prohibición.

Además en el ámbito internacional, analizaremos las interpretaciones auténticas de algunos instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos para la protección en el caso de Carolina, como la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención de los Derechos del Niño, y la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, en relación principalmente a las costumbres ancestrales y en lo referido a la violencia de género.

En lo concerniente al contenido doctrinario, nos interesa en primer lugar lo relacionado a la controversia que existe en relación a la jerarquía normativa que corresponde a los tratados internacionales a que se refiere artículo 5° inc. 2° de la Constitución Política de la República, poniendo énfasis en el desarrollo del bloque de constitucionalidad, y en la discusión existente en torno a la jerarquía normativa del Convenio N° 169.

I PARTE: ASPECTOS NORMATIVOS APLICABLES AL CASO

1. EL CONVENIO N° 169 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES EN PAÍSES INDEPENDIENTES ⁹

1.1. Aspectos generales del Convenio N° 169

Este instrumento jurídico internacional hasta la fecha se ha ratificado por 20 países en el mundo¹⁰. Luego de ratificado cada país tiene el plazo de un año para adecuar su legislación, programas y políticas a las disposiciones del Convenio, y además de manera permanente están sujetos a inspección en cuanto a la implementación.

Dentro de esos 20 países se encuentra nuestro país, sin dejar de llamar la atención la lenta tramitación del Convenio en el Congreso Nacional,¹¹ puesto que esta duró desde 1990 hasta que fue promulgado en octubre del año 2008, siendo interpuesto en el tiempo intermedio un requerimiento formulado por diversos diputados para que el Tribunal Constitucional se pronunciara sobre la constitucionalidad del Convenio en el año 2000¹², y otro en el año 2008¹³, que tuvieron como finalidad la aprobación del Convenio en nuestro país.

El Convenio N° 169 se basa en una actitud general de respeto por las culturas y el modo de vivir de los pueblos indígenas y tribales, y en el supuesto fundamental de que estos constituyen sociedades permanentes con derecho a determinar sus propias prioridades para el proceso de desarrollo. En este sentido, el principio primordial del Convenio es que estos pueblos

⁹ Adoptado el 27 de junio de 1989 por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en su 76° reunión, ratificado por Chile en septiembre de 2008. En: <http://www.oitchile.cl/Convenio.php> [visitado el 11/07/2013].

¹⁰ Convenio N° 169. En: <http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/no169/lang--es/index.htm> [visitado el 15/08/2013].

¹¹ CRONOLOGÍA Y DOCUMENTOS 1990-2008, *La larga tramitación del Convenio 169 en Chile*. En: <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/pro169/33-documentos-convenio-169-en-chile.html> [visitado el 17/10/13].

¹² Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 309. *Rechaza inconstitucionalidad del Convenio N° 169 de la OIT*, 4 de agosto del 2000. En: http://www.politicaspUBLICAS.net/docs/convenio169/Chile_Sentencia_TC_rol309_Convenio_169.pdf [visitado el 17/10/13].

¹³ Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1050. *Rechaza inconstitucionalidad del Convenio N° 169 de la OIT*, 3 de abril de 2008. En: http://www.politicaspUBLICAS.net/docs/convenio169/2008_sentencia_1050_tribunal_constitucional_chile.pdf [visitado el 17/10/13].

deben participar y ser consultados en los procesos de toma de decisiones en todo nivel, ya que tales decisiones afectan sus vidas y comunidades¹⁴, ascendiendo en la comunidad jurídica internacional como uno de los principales instrumentos jurídicos de reconocimiento y protección de los derechos colectivos de los pueblos originarios.

1.2. **Ámbito de aplicación o titulares de derechos**

En este sentido, el Convenio N° 169 señala en su artículo 1° letra a) que se aplica a los pueblos tribales en países independientes cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional y que estén regidos, total o parcialmente, por sus propias costumbres, tradiciones o por una legislación especial. Nos referimos a los criterios objetivos de la cobertura del Convenio, puesto que se puede determinar objetivamente si un pueblo indígena o tribal específico cumple con estos requisitos y reconoce y acepta a una persona como perteneciente a ese pueblo.

Por su parte la letra b) del mismo artículo establece que se aplica también a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales, y que cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. Este artículo reconoce la *autoidentificación* de los pueblos indígenas o tribales como un criterio fundamental. Se trata de un criterio subjetivo del Convenio N° 169 que asigna una importancia fundamental a si un pueblo determinado se considera indígena o tribal bajo el Convenio, y a si una persona se identifica como perteneciente a ese pueblo.¹⁵

¹⁴ HISTORIA DE LA LABOR DE LA OIT. En: <http://www.ilo.org/indigenous/Aboutus/HistoryofILOswork/lang--es/index.htm> [visitado el 17/10/13].

¹⁵ GUÍA SOBRE EL CONVENIO N° 169 DE LA OIT, *Los derechos de los pueblos indígenas en la práctica*, 2009. En: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_113014.pdf [visitado el 11/07/2013].

1.3. Naturaleza jurídica de los derechos que consagra

Los derechos consagrados en este instrumento jurídico son derechos de carácter colectivo, es decir, corresponden a los indígenas en su calidad de sujetos colectivos de derechos, y asimismo el pleno goce de los derechos humanos de quienes integran estos pueblos está supeditado al ejercicio de los derechos colectivos que le asisten como miembros de dicha colectividad.

Este enfoque aplicado al reconocimiento y exigibilidad de derechos de pueblos indígenas implica incorporar en el análisis su derecho colectivo al territorio, las tierras, los recursos naturales y el medio ambiente como condición necesaria para asegurar una vida digna y su pleno acceso a los demás derechos humanos, esto es, los derechos civiles y políticos y a los derechos económicos, sociales y culturales.¹⁶

En este contexto, Meza sostiene que los derechos individuales sólo pueden realizarse en un contexto de libertad colectiva, por lo que los derechos colectivos, como el de autodeterminación o justificación de la autonomía, deben considerarse como derechos fundamentales en la medida en que promuevan los derechos individuales de sus miembros.¹⁷ Este autor se refiere a que para ejercer libremente los derechos individuales, deben ser reconocidos del mismo modo sus derechos colectivos.

1.4. Principios rectores del Convenio N° 169 de la OIT

El principio fundamental del Convenio es el de **no discriminación**, siendo su artículo 3° N° 1 el que hace referencia a él, señalando que los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación. Además, las disposiciones de este Convenio se aplicarán sin discriminación a los hombres y mujeres de esos pueblos.

¹⁶ YAÑEZ FUENZALIDA, Nancy, "Los contenidos del Convenio N° 169 de la OIT", en *Las implicancias para la ratificación del Convenio N° 169 de la OIT en Chile*, Observatorio Ciudadano, 2° edición, 2010, p. 31. En: http://www.politicaindigena.org/adjuntos/ima_104.pdf [visitado el 17/10/13]

¹⁷ MEZA-LOPEHANDIA, Matías, *Territorio y autonomía de los pueblos originarios en Chile, memoria de prueba para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile*, Santiago, 2009, p. 45. En: http://www.observatorio.cl/sites/default/files/biblioteca/tesis_autonomia_y_territorio_indigena_en_chile_meza.pdf [visitado el 16/07/2013].

También encontramos dicho principio en el artículo 4° que consagra el goce de los derechos de ciudadanía sin discriminación, y en el artículo 20° que establece que los gobiernos deben evitar cualquier tipo de discriminación a los trabajadores de los pueblos indígenas y tribales, además señala la igualdad de oportunidades y de trato para hombres y mujeres de estos pueblos en el empleo y la protección contra el hostigamiento sexual.

Otro principio básico es el contenido en el artículo 4°, referido también a las **medidas especiales** que deberán adoptarse cuando sean necesarias para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados. Tales medidas no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados.

Asimismo, el Convenio consagra el **deber de consulta**, que constituye una manifestación del principio de la no discriminación y de la participación, ya que les brinda a los pueblos indígenas la oportunidad de manifestar su opinión o punto de vista respecto de temas que les competen directamente.

En relación con lo anterior, el relator especial de pueblos indígenas de Naciones Unidas, James Anaya recalcó en uno de sus informes, *“la necesidad de realizar consultas en relación con cualquier proyecto que pueda afectar las tierras, territorios y otros recursos de alguna comunidad indígena –tanto al interior como al exterior de las denominadas ‘Áreas de Desarrollo Indígena’- de conformidad con las normas internacionales aplicables”*¹⁸.

Por su parte, el artículo 7° del Convenio consagra del principio de la **decisión para el desarrollo**, esto se refiere a que los pueblos tengan la posibilidad de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que este afecte a sus vidas, creencias, instituciones y a su bienestar espiritual, a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y que además puedan controlar su propio desarrollo económico, social y cultural. Cabe mencionar, que este principio está íntimamente ligado al principio de consulta al que hicimos referencia en el párrafo anterior.

Otro principio, y al que mayor atención hemos de prestar en nuestro trabajo, es el **reconocimiento y respeto por el valor de las costumbres indígenas**. En relación a este

¹⁸ RELATOR ESPECIAL DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES DE LOS INDÍGENAS, *Principios Internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile, 2009*. En: http://www.politicaspUBLICAS.net/docs/Relator_especial_InformeConsultaChile24Abril2009.pdf [visitado el 16/07/2013].

principio, el artículo 8° del Convenio establece que al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario y además, que dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que exista compatibilidad con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos (artículo 9°.1).

De este modo conforme a lo anterior, se reconoce que los modos de vida de los pueblos indígenas, sus costumbres y tradiciones, sus instituciones, leyes consuetudinarias, modos de uso de la tierra y formas de organización social no son las mismas que los de la comunidad general de un determinado país. Siendo esto reconocido, el Convenio busca que se garantice el respeto por estas diferencias y que sean consideradas a la hora de tomar medidas que seguramente les influirán de alguna forma, en mayor o menor grado.

1.5. Reconocimiento de la costumbre de los pueblos indígenas y tribales en el Convenio

Como hemos mencionado brevemente en el párrafo anterior, lo que en gran medida distingue a los pueblos originarios del resto de la sociedad de un país es la retención o conservación y desarrollo sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, lo que es reconocido como un derecho fundamental bajo la legislación internacional de los derechos humanos.¹⁹ Es por esto que el Convenio N° 169 dedica parte de su articulado a reconocer y regular en cierta medida algunos aspectos relacionados con este derecho de conservación y desarrollo, que deberá ser promovido y respetado por los gobiernos en diversas instancias.

En relación a la actuación de los gobiernos, el Convenio N° 169 señala que se deberán incluir medidas que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones (artículo 2°). Además en cuanto a las medidas especiales, como ya hemos señalado en un punto anterior, estas deberán adoptarse para salvaguardar las culturas de los pueblos interesados (artículo 4°).

¹⁹ *GUÍA SOBRE EL CONVENIO N° 169 DE LA OIT, Los derechos de los pueblos indígenas en la práctica, 2009.*
En: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_113014.pdf
[visitado el 11/07/2013].

Desde el punto de vista de la aplicación del Convenio también debe respetarse este derecho, puesto que deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos, del mismo modo que deberá respetarse la integridad de sus valores, prácticas e instituciones (artículo 5°). Además, es imperativo que los gobiernos consulten a los pueblos interesados mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente (artículo 6°), siendo en este punto a nuestro juicio donde emerge la importancia del reconocimiento de este derecho fundamental de los pueblos indígenas y tribales.

Pero no obstante lo señalado, no nos encontramos frente a un derecho de carácter absoluto, puesto que es el mismo Convenio N° 169 el que se encarga de esclarecernos que la conservación de las costumbres e instituciones propias reconoce como límite que estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

Por otro lado, siempre que sea necesario deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio (artículo 8°). Fuera de esta incompatibilidad, el Estado al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberá tomar en consideración las costumbres o el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas.

Sobre esto, para una óptima aplicación del Convenio N° 169, su guía de aplicación nos señala que las disposiciones del Convenio no deberían entenderse como que están restringidas únicamente a las instituciones tradicionales, sino que se aplican a las prácticas actuales del desarrollo social, cultural y económico de los pueblos indígenas. En otras palabras, las adaptaciones culturales y el desarrollo tecnológico de los pueblos indígenas no deberían reducir o impedir la aplicabilidad de estas disposiciones. Esto también significa que los pueblos indígenas tienen derecho a establecer instituciones contemporáneas, si las instituciones tradicionales ya no son adecuadas para satisfacer sus necesidades e intereses.²⁰

En relación al mencionado artículo 8° del Convenio, Montt y Matta señalan que al referirse a la administración de justicia, el punto de recepción o enlace entre las culturas

²⁰ *GUÍA SOBRE EL CONVENIO N° 169 DE LA OIT, Los derechos de los pueblos indígenas en la práctica, 2009.*
En: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_113014.pdf
[visitado el 11/07/2013].

indígenas y la cultura dominante de cada país exige que se tomen en serio las costumbres y derechos propios de los indígenas.²¹

Por su parte Gómez considera respecto al artículo 8º, que este no dice que se juzgará *con base* en las costumbres, dice que *se tomarán en cuenta*. Y que si bien los pueblos indígenas han hablado de su “costumbre” como una estrategia para ocultar que han practicado su justicia y su derecho al margen o aún en contra del derecho oficial en sus países, el Convenio no les permite reivindicar por su nombre al derecho propio, lo sigue dejando en clave de subordinación o en todo caso en fuente secundaria del derecho estatal.²²

1.6. La relación entre costumbre indígena, delitos y sistemas penales

Mención aparte requiere este punto, debido a que son precisamente los preceptos del Convenio N° 169 referidos a este derecho los que se invocan por parte del defensor penal mapuche del caso de Carolina, y que se refiere a la recepción de la costumbre y el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas y tribales en la aplicación de justicia penal en el sistema jurídico nacional, puesto que al igual que el artículo 8º del Convenio, existe una limitación a lo que se denomina pluralismo jurídico.

Respecto a este tema, se establece el respeto a los métodos tradicionales de sanción de los pueblos indígenas e incluso tenerse en cuenta en la aplicación de la legislación en general. De este modo, el artículo 9º del Convenio señala que “1. *En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros* 2. *Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.*” Podemos entonces, afirmar que los métodos de sanción

²¹ MONTT OYARZÚN, Santiago, MATTA AYLWIN, Manuel, “Una visión panorámica del Convenio de la OIT 169 y su implementación en Chile”, *Estudios Públicos* 121, 2011, p. 12.

²² GÓMEZ, Magdalena, “El convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo”, en *Pueblos Indígenas y Derechos Humanos*, BERRAONDO, Mikel, Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de Deusto, Madrid, 2006, p. 133.

tradicionales que violan los derechos humanos individuales no quedan legitimados en virtud de esta disposición.²³

En correspondencia con lo anterior, el artículo siguiente establece que cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos, deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales, dándose preferencia a aquellos tipos de sanción distintos del encarcelamiento.

En este contexto, Couso fortalece la idea de la importancia del reconocimiento de estos derechos, señalando que la ratificación del Convenio N° 169 puede entenderse como una superación de la visión monista conforme a la cual a la unidad del Estado le correspondía la vigencia de un único derecho, por lo menos en lo que se refiere a la preeminencia del derecho nacional legislado sobre cualquier normatividad tradicional indígena. Para Couso esta visión se encontraría superada, pues el Convenio reconoce en el derecho consuetudinario indígena un valor independiente de la remisión que la ley haga a la costumbre indígena.²⁴

En relación con este tema, Carnevali advierte que uno de los mayores problemas que se pueden presentar con la instauración de derechos colectivos, como el establecimiento de sistemas judiciales atendiendo al grupo cultural, es el riesgo a la generación de *guetos* dentro de una sociedad, lo que puede derivar a un desmembramiento social. Este autor estima que en una sociedad en la que existen diversas identidades normativas, difícilmente, desde una perspectiva preventivo general, puede ser eficaz el derecho penal. Es decir, mediante el reconocimiento de la diversidad cultural como un derecho colectivo y la disposición de los pertenecientes a tales grupos a buscar vías propias de solución de conflictos —fragmentación del derecho penal por la presencia de derechos penales propios—, se terminaría por admitir ciertos comportamientos intolerables para el resto del componente social. Basta pensar en las prácticas de maltrato familiar o de agresión sexual.²⁵

Ahora bien, desde nuestro punto de vista nos parece sumamente relevante lo que señala el profesor Carnevali, puesto que muestra el reconocimiento de estos derechos colectivos como algo

²³ GUÍA SOBRE EL CONVENIO N° 169 DE LA OIT, *Los derechos de los pueblos indígenas en la práctica*, 2009. En: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_113014.pdf [visitado el 11/07/2013].

²⁴ COUSO SALAS, Jaime “Mapuches y derecho penal” en *Derecho y pueblo mapuche, aportes para la discusión*, RODRIGUEZ OLEA, Helena, Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales, 2012, p. 204.

²⁵ CARNEVALI, Raúl, “El multiculturalismo: un desafío para el derecho penal moderno”, *Política Criminal* N° 3, 2007, p.22. En: http://www.politicacriminal.cl/n_03/a_6_3.pdf [visitado el 20/10/2013].

peligroso para la sociedad y para la aplicación del derecho penal chileno. No se trata a nuestro parecer de admitir ciertas prácticas intoleradas para el resto de la sociedad o sancionadas por el ordenamiento jurídico, sino de respetar las limitaciones que serían expresas en el caso del Convenio N° 169 de la OIT.

1.7. A modo de antecedente: consideraciones del Tribunal Constitucional frente al requerimiento de inconstitucionalidad de los artículos 9° y 10° del Convenio N° 169²⁶

En el año 2000, un grupo de 31 diputados presentó un requerimiento ante el Tribunal Constitucional para que este se pronunciara sobre la constitucionalidad del Convenio N° 169 de la OIT.

Los requirentes solicitaron al Tribunal la declaración de inconstitucionalidad de todo el Convenio, por cuanto para ellos es contrario a la Constitución en cuanto a su forma, pues modifica las leyes orgánicas constitucionales que en nuestro derecho requieren de mayorías cualificadas no cumplidas y de control de constitucionalidad obligatorio. Señalan que atenta contra el derecho de propiedad, contra la igualdad ante la ley, la soberanía popular al reconocer derechos colectivos a los pueblos indígenas, y el principio de la tipicidad penal.²⁷

De manera subsidiaria, los requirentes solicitan que el Tribunal se pronuncie en especial sobre la constitucionalidad de algunos artículos del Convenio, entre los que encontramos los artículos 9° y 10° que hemos comentando anteriormente.

En este sentido, las peticiones de los diputados habrían encontrado su fundamento en que para el artículo 9° numeral 1° la condición étnica del infractor es la que determina la aplicación de esta norma de excepción. Agregaron que, a su vez el numeral 2° contraviene el principio de igualdad ante la ley puesto que conmina a autoridades y tribunales a considerar las costumbres de dichos “pueblos” al aplicar sanciones penales, lo que constituye una situación de discriminación arbitraria ya que en razón del origen étnico del delincuente se aplicaran penas diversas a responsables de iguales delitos.

²⁶ *Sentencia del Tribunal Constitucional, requerimiento de inconstitucionalidad del Convenio N° 169 de la OIT, rol N° 309, Santiago, 4 de agosto del 2000. En: <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=310> [visitado el 20/10/13].*

²⁷ *MODELO PARA LA DEFENSA PENAL DE INDÍGENAS, Defensoría Penal Pública. En: <http://www.dpp.cl/resources/upload/bbff843724ee902561ab8def3ea5cf37.pdf> [visitado el 21/10/2013].*

Por su parte, el artículo 10° toma en cuenta las características económicas, sociales y culturales en la imposición de las sanciones, dándose preferencia a aquellas distintas al encarcelamiento.

Concluyeron señalando que los artículos 9° y 10° atentan contra el principio de igualdad ante la ley consagrado en el artículo 19 N° 2° de la Constitución, puesto que establecen una discriminación que carece de fundamento y de razón, es arbitraria y se basa en argumentos racistas. Consideran, además, que los mismos artículos 9° y 10° contravienen el artículo 19 N° 3° incisos 7° y 8° de la carta fundamental, al ordenar que se tomen en consideración los métodos de represión y costumbres de dichos pueblos. Para ellos estaríamos enfrentados a aspectos imprecisos que impiden una tipificación cierta del hecho punible y de la sanción correspondiente.

En relación a inconstitucionalidades formuladas respecto a algunos artículos del Convenio, el Presidente de la República formula algunas observaciones específicamente sobre el artículo 9° que expone que se establecen dos condiciones para que la costumbre jurídica en materia penal pueda tener alguna aplicación en la órbita del Estado nacional: que sea compatible con el sistema jurídico nacional y que se respeten los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Sin embargo, dichas costumbres deben cumplir con requisitos mínimos:

1. Que sean de tal entidad que tengan la virtud de permitir la configuración de delitos, causales de exculpación, atenuantes o agravantes;
2. Que se acrediten como tales por los medios de prueba que señala la ley; y
3. Que se ajuste a la ley indígena.

Finalmente el Presidente de la República solicita al Tribunal que en su sentencia rechace el requerimiento.

En sus considerandos 52 y siguientes, el Tribunal resuelve señalando que los requirentes sostienen que su contenido atenta contra los principios de igualdad ante la ley y de su igual protección en el ejercicio de sus derechos, consagrados en los numerales 2° y 3° del artículo 19 de la Constitución; pero que en cuanto al artículo 9° del Convenio, los requirentes no precisan la inconstitucionalidad de su número 1°, limitándose a sostener que es la condición étnica del infractor la que determina aplicar esta norma de excepción.

Declara el Tribunal que confrontado el texto del artículo 9 N° 1, con el contenido de los artículos 73 y 19 N° 3 de la Constitución, debe necesariamente concluirse que lo que el Convenio

dispone es **absoluta y nítidamente incompatible con el sistema procesal nacional**. En efecto, nuestra Constitución es categórica en cuanto ordena que todos los conflictos que se promuevan dentro del territorio de la República deben someterse a la jurisdicción de los tribunales nacionales para ser resueltos por medio de un debido proceso.

Agrega el Tribunal, que el artículo 73 al señalar que *“La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley”*, excluye el empleo de cualquier otro medio de solución de conflictos que pudieran usar los pueblos interesados para la represión de los delitos cometidos por sus miembros, como lo es el que propone el artículo 9° del Convenio N° 169 que, por ende, es inoponible e incompatible con nuestro sistema procesal penal contemplado para la sanción de los ilícitos que tipifica.

Además de aquello, el Tribunal continúa señalando que en el ámbito de nuestro derecho procesal constitucional, el artículo 19 N° 3 al establecer la garantía de la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos, expresa en su inciso séptimo que *“Nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que le señale la ley y que se halle establecido con anterioridad por ésta”* y agrega, en su inciso siguiente, que *“Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo, legalmente tramitado.”*

El Tribunal concluye que el contenido del artículo 9° numeral 1° al ser incompatible con el sistema constitucional chileno de solución de conflictos penales, no puede tener aplicación y, como su natural consecuencia, no permite ser tachado de inconstitucional, toda vez que dispone el tratado que la norma en análisis va a recibir aplicación sólo en cuanto sea compatible con el sistema jurídico propio de cada Estado, lo que en el caso de Chile, no ocurre por lo expuesto.

En relación al numeral 2° del artículo 9° del Convenio, el Tribunal expresa que los requirentes hacen consistir la inconstitucionalidad en que, al expresar el Convenio que las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos, se atenta contra el principio de igualdad ante la ley, ya que incorpora una discriminación arbitraria en razón del origen étnico del delincuente. Esta disposición que si bien es imperativa, no se encuentra en contradicción con la Constitución, toda vez que se limita a incorporar a la costumbre como antecedente que el juez podrá tomar en cuenta al aplicar la norma decisoria litis para resolver en la sentencia definitiva acerca de su responsabilidad y eventual sanción.

Como lo hemos mencionado, la referencia que hacemos a esta sentencia es sólo a modo de antecedente, puesto que en el año 2008 hubo un nuevo control de constitucionalidad, dónde no se hace ninguna petición respecto a estos artículos, ni respecto al Convenio en general, sino sólo se solicita que el Tribunal se pronuncie respecto de la constitucionalidad de los artículos 6° N° 1 letra a) y N° 2, y 7° N° 1 oración segunda del Convenio.

Por ende, consideramos que los artículos 9° y 10° del Convenio son plenamente aplicables en nuestro sistema jurídico nacional, y por otro lado coincidimos en cuanto a lo expuesto por el Presidente de la República en relación a que la costumbre debe ser probada, o dicho de otra forma, que sea una costumbre legítima y efectiva.

De este modo, hemos concluido el estudio de lo que al Convenio se refiere, lo que será nuestra base para el análisis del caso concreto que realizaremos en el capítulo siguiente. Concluimos así la primera parte de los aspectos normativos que concurren a formar el problema de compatibilidad en el caso de Carolina.

Corresponde a continuación exponer lo relativo a la Ley de Violencia Intrafamiliar, puntualmente nos referiremos a qué se entiende por este tipo de violencia, cuáles son los sujetos pasivos, los tipos de violencia intrafamiliar que reconoce la ley, y en especial lo referido a la prohibición de aprobar acuerdos reparatorios en el conocimiento de estas causas y el fundamento de la prohibición.

2. SOBRE LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR. LA LEY N° 20.066

2.1. Qué se entiende por violencia intrafamiliar

La Ley sobre Violencia Intrafamiliar N° 20.066²⁸ fue invocada en el caso de Carolina para oponerse a la solicitud de la defensa en orden a aprobar un acuerdo reparatorio. Dicho cuerpo legal nace como una solicitud efectuada a la Cámara de Diputados para obtener la modificación de la Ley N° 19.325, que establece normas sobre procedimiento y sanciones relativas a los actos de violencia intrafamiliar, especialmente en materia de sanciones.²⁹ Posteriormente, será una indicación sustitutiva del Presidente la República de la época, la que propondrá la discusión parlamentaria en términos de modificar en forma íntegra la legislación sobre violencia intrafamiliar existente en el país.³⁰

Así las cosas, luego de la discusión parlamentaria, el día 22 de septiembre del año 2005 se promulga la Ley N° 20.066, que viene a salvar una serie de deficiencias de la legislación anterior, como por ejemplo el problema de la insuficiencia de la tipificación (definición de violencia en el ámbito de la Ley N° 19.325), pues omitió a algunos familiares y a otras personas que ejercen esta violencia en el hogar³¹.

La mencionada Ley N° 19.325 señalaba en su artículo 1° que, se entenderá por acto de violencia intrafamiliar, *“todo maltrato que afecte la salud física o psíquica de quien, aún siendo mayor de edad, tenga respecto del ofensor la calidad de ascendiente, cónyuge o conviviente o, siendo menor de edad o discapacitado, tenga a su respecto la calidad de descendiente, adoptado, pupilo, colateral consanguíneo hasta el cuarto grado inclusive, o esté bajo el cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familiar que vive bajo un mismo techo”*.

²⁸ Ley de Violencia Intrafamiliar N° 20.066. Promulgada el 22 de septiembre de 2005, última versión 18 de diciembre de 2010. En: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242648> [visitado el 15/10/2013].

²⁹ HISTORIA DE LA LEY N° 20.066, Establece Ley de Violencia Intrafamiliar, 2005. En: http://www.bcn.cl/histley/lfs/POR_ARTICULO/HL20066/HLArt8_Ley20066_VIF1.pdf [visitado el 15/10/2013].

³⁰ JIMÉNEZ ALLENDES, María, MEDINA GONZÁLEZ, Paula, Violencia contra la pareja en la justicia penal, Mayores penas, mayor violencia, Editorial Librotecnia, Santiago, 2012, p. 231

³¹ INFORME DE LA COMISION DE FAMILIA, Sobre el proyecto de ley que introduce modificaciones a la Ley N° 19.325, que establece normas de procedimientos y sanciones relativas a los actos de violencia intrafamiliar, 2003. En:

<https://www.google.cl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&ved=0CDgQFjAC&url=http%3A%2F%2Fwww.camara.cl%2Fpley%2Fpdfpley.aspx%3FprmID%3D5787%26prmTIPO%3DINFORMELEY&ei=IINdUuQFKoLy9gTmloCwCw&usg=AFQjCNF6rSgNbte1MlSJu32vKOJMjNJF-g&bvm=bv.53899372,d.eWU> [visitado el 15/10/2013].

Esta definición deja fuera del ámbito de aplicación de la ley, a los yernos, hermanos mayores de edad, ex cónyuges, ex convivientes y a quienes hayan procreado un hijo sin mediar convivencia.

Por su parte, la ley actual consagra en su artículo 5° lo que debe entenderse por violencia intrafamiliar, señalando que será constitutivo de esta “*todo maltrato que afecte la vida o la integridad física o psíquica de quien tenga o haya tenido la calidad de cónyuge del ofensor o una relación de convivencia con él; o sea pariente por consanguinidad o por afinidad en toda la línea recta o en la colateral hasta el tercer grado inclusive, del ofensor o de su cónyuge o de su actual conviviente.*”

También habrá violencia intrafamiliar cuando la conducta descrita precedentemente ocurra entre los padres de un hijo común, o recaiga sobre persona menor de edad, adulto mayor o discapacitada que se encuentre bajo el cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familiar”.

Podemos entonces identificar nuestro verbo rector, que en este caso es “*maltratar*”, que de acuerdo a la definición dada por la Real Academia de la Lengua Española se refiere a “*tratar mal a alguien de palabra o de obra*” o “*menoscabar, echar a perder*”³², lo que sin duda afecta una serie de bienes jurídicos o derechos fundamentales de la persona víctima del maltrato, como el derecho a la vida, la integridad física y síquica o la indemnidad sexual.

Ahora bien, en el caso de Carolina es su conviviente con el que tienen un hijo en común el que la maltrata físicamente en la vía pública, causándole una serie de lesiones. Pero no se trata del primer maltrato del que Carolina es víctima, puesto que ella reconoce en la audiencia de procedimiento simplificado que su pareja la maltrata desde que conviven, especialmente maltrato psicológico y a veces también maltrato físico.³³

³² Real Academia Española, “*maltratar*”. En: <http://buscon.rae.es/drae/srv/search?id=HS3GxRdMODXX2ZY8oiWp> [visitado el 15/10/2013]

³³ Audio de la Audiencia de Procedimiento Simplificado, causa RIT 1091-2011, Juzgado de Letras y Garantía de Collipulli, 11 de enero de 2012.

2.2. Sujetos pasivos de la violencia intrafamiliar

Nos es posible entonces, identificar que el sujeto pasivo del maltrato ha sido extendido a aquellos que han sido cónyuges o convivientes, además de restringir la distinción entre mayor y menor edad para efectos de ser considerada la agresión como constitutiva de violencia intrafamiliar.

En este orden de cosas, siguiendo a Edison Carrasco³⁴ y de conformidad a lo señalado respecto de la definición que nos da la Ley N° 20.066, podemos exponer que los sujetos pasivos de la violencia intrafamiliar son los siguientes:

a. Quien tenga o haya tenido la calidad de cónyuge del ofensor: existe claridad respecto a que los cónyuges divorciados cumplen con este requisito. Respecto de los cónyuges cuyo matrimonio ha sido declarado nulo, se entiende que por los efectos de la nulidad las partes quedan como si nunca hubieren estado unidas por vínculo matrimonial, por lo que no se configuraría el requisito. Sobre esto, el citado autor señala que la ley mira las situaciones de hecho producidas más allá que sólo los vínculos jurídicos, por lo que se comprende aún el caso de las parejas anuladas.

b. Quien tenga o haya tenido una relación de convivencia con el sujeto activo: como la convivencia es una situación de hecho, deberán analizarse caso a caso los elementos que la constituyen, como por ejemplo, la existencia de una relación afectiva, un proyecto de vida en común, permanencia en el tiempo o notoriedad de la relación.³⁵

c. Parientes por consanguinidad o por afinidad en toda la línea recta del ofensor o de su cónyuge o de su actual conviviente: en este sentido, los ascendientes y descendientes cumplen con el requisito exigido, del mismo modo aquellas personas unidas por vínculo de adopción (artículo 24 de la Ley N° 20.066).

Del mismo modo, cumplen con el requisito los suegros (as), nueras y yernos.

³⁴ CARRASCO JIMÉNEZ, Edison, *Manual de legislación sobre violencia intrafamiliar*, Editorial Librotecnia, Santiago, 2008, p. 96

³⁵ OFICIO DEL FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO, Oficio FN N° 111/2010, 2010. En: <https://www.google.cl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CDIQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.fiscaliadechile.cl%2FFiscalia%2Farchivo%3Fid%3D587%26pid%3D50%26tid%3D1%26d%3D1&ei=a55dUpa-GYq09gTCk4HACg&usq=AFOjCNG0cqPpyFvzVMBOXrd7JbdLowfyqw&bvm=bv.53899372,d.eWU> [visitado el 15/10/13].

d. Parientes en la línea colateral hasta el tercer grado inclusive, del ofensor o de su cónyuge o de su actual conviviente.

e. Padre o madre de un hijo en común que no han sido cónyuges ni son convivientes.

f. Persona menor de edad o discapacitada que se encuentre bajo el cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familiar.

En el caso de Carolina, la relación se basa en la convivencia que ellos mantienen, presentándose esta de manera estable, reconociendo ambos esta condición durante el juicio, además dentro de dicha relación tienen un hijo en común.

2.3. Tipos de Violencia Intrafamiliar

Las conductas constitutivas de violencia intrafamiliar pueden clasificarse desde diferentes puntos de vista, pero nos sujetaremos en nuestra investigación a la distinción que hace la propia Ley de Violencia Intrafamiliar:

2.3.1. Violencia intrafamiliar no constitutiva de delito³⁶

El artículo 6° de la Ley de Violencia Intrafamiliar reconoce este tipo de violencia, señalando que estos actos serán de conocimiento de los juzgados de familia y se sujetarán al procedimiento establecido en la Ley N° 19.968. Por lo tanto, no tiene cabida en estos procedimientos el actuar del Ministerio Público, excepto para efectos de lo preceptuado en el artículo 81 de la ley de los Tribunales de Familia que señala que en todo caso, cualquier tribunal que ejerza jurisdicción en asuntos de familia, fiscal del Ministerio Público o juez de garantía según corresponda, que tome conocimiento de una demanda o denuncia por actos de violencia intrafamiliar, deberá de inmediato adoptar las medidas cautelares del caso, aun cuando no sea competente para conocer de ellas.

³⁶ CARRASCO JIMENEZ, Edison, “Clases de VIF-VIF no constitutiva de delito”, en *Manual de legislación sobre violencia intrafamiliar*, Ed. Librotecnia, Santiago, Chile, 2008, p. 107.

La aludida ley, en su artículo 7° se refiere al riesgo inminente, señalando que cuando se configure una situación de tal entidad para una o más personas, de sufrir un maltrato constitutivo de violencia intrafamiliar y aun cuando éste no se haya llevado a cabo, el tribunal con el solo mérito de la denuncia deberá adoptar las medidas de protección o cautelares que correspondan.

El mismo artículo establece una presunción de encontrarse una persona en riesgo inminente, cuando haya precedido intimidación de causar daño por parte del ofensor o cuando concurren además, respecto de éste, circunstancias o antecedentes tales como: drogadicción, alcoholismo, una o más denuncias por violencia intrafamiliar, condena previa por violencia intrafamiliar, procesos pendientes o condenas previas por crimen o simple delito contra las personas o por alguno de los delitos establecidos en los párrafos 5 y 6 del Título VII del Libro segundo del Código Penal o por infracción a la Ley N° 17.798, o antecedentes psiquiátricos o psicológicos que denoten características de personalidad violenta. Asimismo, se presumirá que hay una situación de riesgo inminente, cuando el denunciado oponga de manera violenta, su negativa a aceptar el término de una relación afectiva que ha mantenido recientemente con la víctima.

Del mismo modo, el tribunal cautelará los casos en que la víctima esté embarazada, se trate de una persona con discapacidad o tenga una condición que la haga vulnerable. Se considerará especialmente como situación de riesgo inminente el hecho de que un adulto mayor, dueño o poseedor, a cualquier título, de un inmueble que ocupa para residir, sea expulsado de él, relegado a sectores secundarios o se le restrinja o limite su desplazamiento al interior de ese bien raíz, por algunos de los parientes señalados en el artículo 5°.

Las sanciones para este tipo de violencia intrafamiliar son pecuniarias y las encontramos en el artículo 8° de la Ley N° 20.066, que señala que se castigará el maltrato constitutivo de violencia intrafamiliar, atendida su gravedad, con una multa de media a quince unidades tributarias mensuales a beneficio del gobierno regional del domicilio del denunciante o demandante, para ser destinada a los centros de atención de víctimas de violencia intrafamiliar existentes en la región respectiva y que sean de financiamiento público o privado.

En relación al pago de las multas, el condenado deberá acreditar el pago de los montos que correspondan dentro de los cinco días siguientes a la fecha en que la sentencia le haya sido notificada. No obstante aquello, encontramos una situación de excepción, puesto que el juez por motivos fundados puede conceder una prórroga de dicho término hasta por quince días.

En caso de incumplimiento el tribunal remitirá los antecedentes al Ministerio Público, conforme a lo dispuesto en el artículo 240 del Código de Procedimiento Civil.

2.3.2. Violencia intrafamiliar constitutiva de delito³⁷

A continuación, haremos referencia a la violencia intrafamiliar que es de conocimiento de los Juzgados de Garantía y de los Tribunales de Juicio Oral en lo Penal, que entrarán a conocer de las respectivas causas por la remisión que haga el juez de familia al Ministerio Público, por el hecho de comprobarse que constituyen delitos los hechos denunciados. (Art. 14 inc. 2° Ley N° 20.066 y art. 90 Ley N° 19.968).

Dentro de los tipos de violencia que constituyen delito encontramos el tipo del **maltrato habitual**,³⁸ definido en el artículo 14 de la Ley N° 20.066 como el ejercicio habitual de la violencia respecto de alguna de las personas referidas en el artículo 5° de la misma ley.

Este tipo de violencia se sancionará con la pena de presidio menor en su grado mínimo, salvo que el hecho sea constitutivo de un delito de mayor gravedad, caso en el cual se aplicará la pena asignada por la ley a éste.

En este contexto, podemos descartar de nuestro caso la aplicación de este tipo penal, puesto que el maltrato que sufre Carolina es constitutivo a juicio del Ministerio Público del delito de lesiones menos graves en contexto de violencia intrafamiliar del artículo 399 del Código Penal, en relación con el artículo 484 N° 5 del mismo cuerpo legal y el artículo 5° de la Ley N° 20.066 de Violencia Intrafamiliar, por lo que no profundizaremos sobre este tipo de violencia.

Respecto de los demás delitos, encontramos dentro de los más graves a juicio del Ministerio Público los siguientes: homicidio, parricidio, aborto, infanticidio, mutilaciones, lesiones propiamente tales, secuestro, sustracción de menores, violación de morada, abandono de menores o personas desvalidas, amenazas, violación propia e impropia, violación con homicidio, estupro, abusos sexuales, favorecimiento de la prostitución, exposición de un menor a actos de significación sexual, producción de material pornográfico infantil. En relación a ellos, se instruye

³⁷ CARRASCO JIMENEZ, Edison, "Clases de VIF-VIF constitutiva de delito", en *Manual de Legislación sobre Violencia Intrafamiliar*, Ed. Librotecnia, Santiago, Chile, 2008, p. 127.

³⁸ CARRASCO JIMENEZ, Edison, "Clases de VIF-VIF no constitutiva de delito", en *Manual de Legislación sobre Violencia Intrafamiliar*, Ed. Librotecnia, Santiago, Chile, 2008, p. 28

a los fiscales a que repongan de aquellas resoluciones en que el juez no acoja la calificación de uno de estos delitos, distintos del delito de maltrato habitual de la Ley N° 20.066.³⁹

Dicho esto, podemos señalar que nuestro caso en estudio se enmarca dentro de este tipo de violencia intrafamiliar, por lo que nos ceñiremos a este para efectos de continuar con la exposición teórica. Cabe destacar, que en los hechos de nuestro caso no existió formalmente la remisión del juez de familia a los tribunales con competencia penal, puesto que se trataba de un juzgado con competencia común: el Juzgado de Letras y Garantía de Collipulli.

2.4. Tribunal competente para conocer del caso de Carolina y procedimiento aplicado

Como ya lo hemos señalado, Carolina fue víctima de violencia intrafamiliar constitutiva de delito, por lo que se aplica el procedimiento general en materia de infractores de la ley establecido por el Código Procesal Penal, correspondiendo en este caso conocer y resolver al juez de garantía de acuerdo al procedimiento simplificado (artículos 388 y siguientes del Código Procesal Penal).

Se trata de un procedimiento que se caracteriza por su concentración, brevedad y simpleza, además de un ámbito de aplicación que se limita a las faltas (a menos que la ley entregue su conocimiento o fallo a algún otro tribunal, como los de familia o los de policía local) y a los hechos constitutivos de simples delitos, con tal que el Ministerio Público pretendiese la imposición de una pena que no excediere de presidio o reclusión menores en su grado mínimo, debiendo tratarse de un ilícito que permita la aplicación de tal baja pena.⁴⁰

En este contexto, se ha señalado que existen dos aspectos que vinculan a este procedimiento con la violencia intrafamiliar. El primero de ellos sería la *percepción de culpabilidad* de los imputados por estas causas, puesto que se le pregunta a este si reconoce la responsabilidad por los hechos contenidos en el requerimiento simplificado que efectúa el fiscal; por otro lado, la violencia intrafamiliar se presenta como producto de modelos y dinámicas de

³⁹ OFICIO DEL FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO, Oficio FN N° 111/2010, 2010. En: <https://www.google.cl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CDIQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.fiscaliadechile.cl%2FFiscalia%2Farchivo%3Fid%3D587%26pid%3D50%26tid%3D1%26d%3D1&ei=a55dUpa-GYq09gTCk4HACg&usq=AFOjCNG0cqPpyFvzVMBOXrd7Jbdlowfyqw&bvm=bv.53899372,d.eWU> [visitado el 15/10/13].

⁴⁰ SILVA MONTES, Rodrigo, *Manual de procedimiento penal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011, p.219.

convivencia que se dan en lo más íntimo de los núcleos familiares y que muchas veces responden a patrones conductuales diversos.

En estos casos, lo que se pretende es que el imputado reconozca la responsabilidad con el objeto de no tener que volver nuevamente al tribunal, a discutir un asunto que el tribunal tiene la obligación de continuar con su procedimiento, pero que es perfectamente posible que la situación dentro del grupo familiar ya se encuentre superada.⁴¹

2.5. Los acuerdos reparatorios, una salida alternativa prohibida por la Ley de Violencia Intrafamiliar

Los acuerdos reparatorios “*son una salida alternativa que consiste esencialmente en un acuerdo entre imputado y víctima, en que el primero repara de algún modo que resulta satisfactorio para la segunda las consecuencias dañosas del hecho que se persigue penalmente y que, aprobado por el juez de garantía, produce como consecuencia la extinción de la acción penal*”.⁴²

Estos acuerdos se realizan de conformidad al artículo 241 del Código Procesal Penal entre el imputado y la víctima, y deberán ser aprobados por el juez de garantía en una audiencia que citará a los intervinientes para escuchar sus planteamientos, si verificare que los que han concurrido prestaron su consentimiento de forma libre y con pleno conocimiento de sus derechos. Y sólo podrán referirse a hechos investigados que afectaren bienes jurídicos de carácter patrimonial, consistieren en lesiones menos graves o constituyeren delitos culposos.

Una vez que las obligaciones contraídas por el imputado sean cumplidas o garantizadas debidamente a satisfacción de la víctima, el tribunal dictará sobreseimiento definitivo, total o parcial, en la causa, con lo que se extinguirá de manera total o parcial la responsabilidad penal del imputado.

Expuesto esto, cabe señalar que en aquellos casos en que tenga aplicación la Ley N° 20.066, la aprobación de este tipo de salida alternativa resulta improcedente, de conformidad a lo

⁴¹ JIMÉNEZ ALLENDES, María, MEDINA GONZÁLEZ, Paula, *Violencia Contra La Pareja en la Justicia Penal, Mayores Penas, Mayor Violencia*, Editorial Librotecnia, Santiago, 2012, pág 287

⁴² HORVITZ LENNON, María Inés, LOPEZ MASLE, Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno, tomo 1*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, p.568.

señalando en su artículo 19 que expresa que “*en los procesos por delitos constitutivos de violencia intrafamiliar, no tendrá aplicación el artículo 241 del Código Procesal Penal*”.

Esta limitación se fundamenta de acuerdo a lo expuesto por el Ministerio Público⁴³ en el derecho internacional de los derechos humanos aplicable a la violencia contra las mujeres, específicamente en los siguientes instrumentos internacionales: la Convención sobre la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW),⁴⁴ que en su artículo 1° define "discriminación contra la mujer" señalando que denotará “*toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera*”.

Dentro de esta definición, encontramos la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o porque le afecta en forma desproporcionada. Así lo ha señalado el Comité de la CEDAW en su observación general N° 19,⁴⁵ en que del mismo modo señala que la violencia contra la mujer, menoscaba o anula el goce de sus derechos humanos y sus libertades fundamentales en virtud del derecho internacional o de los diversos convenios de derechos humanos.

En este orden de cosas, tales derechos y libertades comprenden: el derecho a la vida; el derecho a no ser sometido a torturas o a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; el derecho a protección en condiciones de igualdad con arreglo a normas humanitarias en tiempo de conflicto armado internacional o interno; el derecho a la libertad y a la seguridad personales; el derecho a igualdad ante la ley; el derecho a la igualdad en la familia; el derecho al más alto nivel posible de salud física y mental; y el derecho a condiciones de empleo justas y favorables.

Por su parte, la Convención Interamericana para Prevenir, Castigar, y Erradicar la Violencia contra la Mujer⁴⁶ (Belem do Pará, 1994), señala en su preámbulo que la violencia

⁴³ SAN MARTÍN PONCE, María Angélica, “Convenio 169 de la OIT y su aplicación en delitos en contexto de violencia intrafamiliar”, *Revista Jurídica del Ministerio Público* N° 52, 2012, p. 161. En: <http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/biblioteca/juridica.do> [visitado el 11/07/2013].

⁴⁴ Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. En: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm>. [visitado el 11/07/2013].

⁴⁵ RECOMENDACIÓN GENERAL N° 19 DEL COMITÉ CEDAW, *Violencia contra la Mujer*, 1992. En: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm> [visitado el 11/07/2013].

⁴⁶ Convención Interamericana para Prevenir, Castigar, y Erradicar la Violencia contra la Mujer En: http://www.unicef.org/argentina/spanish/ar_insumos_ConvencionBelem.pdf [visitado el 11/07/2013].

contra la mujer es una ofensa a la dignidad humana, que constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales y limita total o parcialmente a la mujer el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades.

Define esta Convención, en su artículo 1° la “violencia contra la mujer” como *“cualquier acción o conducta basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”*. En su artículo 4° se establece que toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros: el derecho a que se respete su vida; el derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral; y el derecho a la libertad y a la seguridad personal.

De la misma manera, establece en su artículo 7° letra e) que los Estados parte tendrán que tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar las prácticas judiciales o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer.

En este sentido, concordamos plenamente con lo señalado por la Fiscalía en su documento, pero además es imperioso señalar que no son sólo los instrumentos jurídicos internacionales para la protección de la mujer los que deben invocarse, puesto que considerando que la violencia intrafamiliar no es sufrida solamente por las mujeres, deben agregarse la Convención de los Derechos del Niño, la Convención Americana de Derechos Humanos, y para nuestro caso en particular también la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial. Respecto a estos instrumentos internacionales nos referiremos en el título siguiente referido al derecho internacional de los derechos humanos y la protección para el caso concreto, donde mencionaremos la especial importancia de la interpretación auténtica de estas convenciones para nuestro caso.

Podemos entonces, constatar que existe claridad en la legislación respecto de lo que se entiende por violencia contra la mujer, y que además ésta constituye violación de sus derechos fundamentales. Esto exige la intervención del Estado para proteger estos derechos vulnerados por

sobre cualquier otra consideración, esto debido a que se trata a nuestro entender de un problema de interés público prevalente.

Además, cabe señalar en consideración a lo ya expuesto respecto de los instrumentos jurídicos internacionales, que la prohibición de arribar a acuerdos reparatorios en materia de violencia intrafamiliar guarda coherencia con ellos. Los acuerdos reparatorios se prohíben en estas materias porque se trata de un problema de vulneración de derechos humanos como el respeto a la dignidad humana, la integridad física y psíquica, la igualdad y la no discriminación; y no como lo señala el señor defensor del caso de Carolina, que en la audiencia de procedimiento simplificado “*solicita acceder a través del Convenio 169 de la OIT, porque la única exigencia que hace es que no sea contrario a los derechos humanos reconocidos internacionalmente o por la legislación nacional y en este caso no habría ninguna lesión a los derechos humanos*”⁴⁷.

Otro de los fundamentos para establecer esta prohibición la encontramos en la historia fidedigna del establecimiento de la Ley N° 20.066, nos referimos a la discusión que se tuvo en la tramitación de la ley, en particular respecto al consentimiento para la celebración de un acuerdo reparatorio. Se señaló que este debe ser prestado de manera libre por la víctima, lo que no ocurre en los casos a que se aplica esta ley, puesto que las víctimas se encuentran “disminuidas en autoestima” y no es posible que puedan negociar en igualdad de condiciones, pudiendo el consentimiento ser prestado como consecuencia de presiones ejercidas sobre la víctima.⁴⁸

La Comisión también considera que estos delitos afectan a la familia, que de acuerdo a nuestra Constitución Política es el núcleo fundamental de la sociedad, por tanto, respecto de éstos delitos existe un interés público prevalente en orden de continuar con la persecución penal.

Por su parte, la Defensoría Penal Pública estima que en el caso de las comunidades mapuches, la mencionada desigualdad no se produce, puesto que las negociaciones en estos casos tienen como finalidad recuperar el equilibrio del Ad Mapu, por lo que se requiere de la participación de una o más autoridades tradicionales.⁴⁹ Ahora bien, en el caso de Carolina ¿Cuál

⁴⁷ Audio de la Audiencia de Procedimiento Simplificado, causa RIT 1091-2011, Juzgado de Letras y Garantía de Collipulli, 11 de enero de 2012.

⁴⁸ HISTORIA DE LA LEY N° 20.066, Informe de la Comisión de Familia de la Cámara de Diputados, 2005. En: https://www.google.cl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCKQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.leychile.cl%2F%2FNavegar%2Fscripts%2Fobtienearchivo%3Fid%3Drecursoslegales%2F10221.3%2F561%2F1%2FHL20066.pdf&ei=hbjkUdXMHJDbigLkmIGoCw&usq=AFQjCNFdZEegkcF6kuTcOnk4lhACPlzt_g [visitado el 15/07/2013].

⁴⁹ MINUTA REGIONAL DE LAS DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA, El Convenio 169 de la OIT y la defensa penal de indígenas, 2010. En: <http://www.dpp.cl/resources/upload/093e523d3fa9fe3d8745793ada63a58b.pdf>. [visitado el 16/07/2013].

fue la participación de las autoridades tradicionales? (sobre esto volveremos en el capítulo siguiente)

En relación al fundamento del consentimiento libre y respecto del caso de nuestro análisis, en la audiencia de procedimiento simplificado el juez le pregunta a Carolina en varias ocasiones respecto de la posibilidad de arribar a un acuerdo reparatorio no obstante prohibirlo la ley sobre violencia intrafamiliar, ya que se invocó legislación distinta que es el Convenio N° 169 de la OIT, con lo que se podría buscar una solución consistente en el compromiso del imputado de no repetir nunca más los hechos de violencia y pedir disculpas públicas en la audiencia misma.

Sobre esto, Carolina expresa su conformidad con este acuerdo, por lo que el juez continúa preguntando en varias ocasiones si su manifestación de voluntad es libre y si ha sido presionada, también le pregunta si ella cree que el compromiso del imputado es serio y que los hechos no se repetirán nuevamente, a lo que ella responde que sí, que su consentimiento es libre y nadie la ha presionado.

Respecto a esta salida alternativa, Horvitz señala que en el marco de una sociedad en extremo polarizada y desigual como la nuestra subsiste una importante objeción a esta salida alternativa, cual es que los poderosos económicamente siempre tendrán acceso a ella, quedando reservado, el instrumento penal para los más vulnerables social y económicamente. No obstante esto, menciona la posibilidad de que los fiscales podrían ser entrenados para promover acuerdos posibles de cumplir para el imputado, pero reconociendo que siempre podrá rechazarse esta alternativa por razones preventivas, puesto que puede ocurrir que, aun reuniéndose los requisitos que autorizan la solución reparatoria, ella resulte desaconsejable por razones de prevención general o especial.⁵⁰

En este sentido, los fiscales pueden oponerse a la aprobación del acuerdo reparatorio cuando no se cumplieren los requisitos legales, cuando se afectare un interés prevalente o en aquellos casos en que se prohíban los acuerdos reparatorios, como es el caso del artículo 19 de la Ley de Violencia Intrafamiliar. En este último caso, existe instrucción expresa a los fiscales, de que estos no se encuentran facultados para dar aplicación al artículo 241 del Código Procesal

⁵⁰ HORVITZ LENNON, María Inés, LOPEZ MASLE, Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno, tomo 1, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, p.569*

Penal, e instruyéndolos para el caso en que se apruebe un acuerdo reparatorio, resolución que deberá ser apelada por los fiscales.⁵¹

2.6. Algunas cifras de violencia intrafamiliar en Chile: principales resultados de la encuesta nacional de victimización por violencia intrafamiliar y delitos sexuales del año 2013.

Nuestra investigación se centra en un caso específico de violencia intrafamiliar a una mujer en un contexto indígena por parte de su conviviente. Es de suma importancia para nosotros entonces, conocer las reveladoras cifras existentes sobre el porcentaje de personas que son víctimas de violencia intrafamiliar en nuestro país, lo que a nuestro parecer también evidencia la importancia y la necesidad de protección para las víctimas y de la labor del Estado como agente protector.

Realizaremos a continuación un análisis de la “*Encuesta Nacional de Victimización por Violencia Intrafamiliar y Delitos Sexuales*”,⁵² realizada por Adimark para el Ministerio del Interior y Seguridad Pública en el mes de julio del año 2013.

Dicho informe separa la investigación por segmentos: segmento mujeres y segmento niños. En el caso del segmento niños(as), la población se compone de los estudiantes matriculados en establecimientos particulares pagados, municipales y particulares subvencionados de zonas urbanas todo el país, desde los niveles de 6° básico a 4° medio (según su existencia en los establecimientos seleccionados). Los datos se obtuvieron a partir de información actualizada para el año 2012 de MINEDUC, y la encuesta se realizó al 87,7% de los colegios del país.

En el caso del segmento mujeres, la población se compone de mujeres entre 15 y 65 años que habitan en viviendas de zonas urbanas, en comunas de más de 30.000 habitantes distribuidas

⁵¹ OFICIO DEL FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO, Oficio FN N° 111/2010, 2010. En: <https://www.google.cl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CDIQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.fiscaliadechile.cl%2FFiscalia%2Farchivo%3Fid%3D587%26pid%3D50%26tid%3D1%26d%3D1&ei=a55dUpa-GYq09gTCk4HACg&usq=AFQjCNG0cqPpyFvzVMBOXrd7JbdLowfyqw&bvm=bv.53899372.d.eWU> [visitado el 15/10/13].

⁵² ENCUESTA NACIONAL DE VICTIMIZACIÓN POR VIOLENCIA INTRAFAMILIAR, Ministerio del Desarrollo y Seguridad Pública, 2012. En: http://portal.sernam.cl/img/uploads/Presentaci%C3%B3n%20VIF_adimark_final%205-7-2013.pdf [visitado el 04/12/2013].

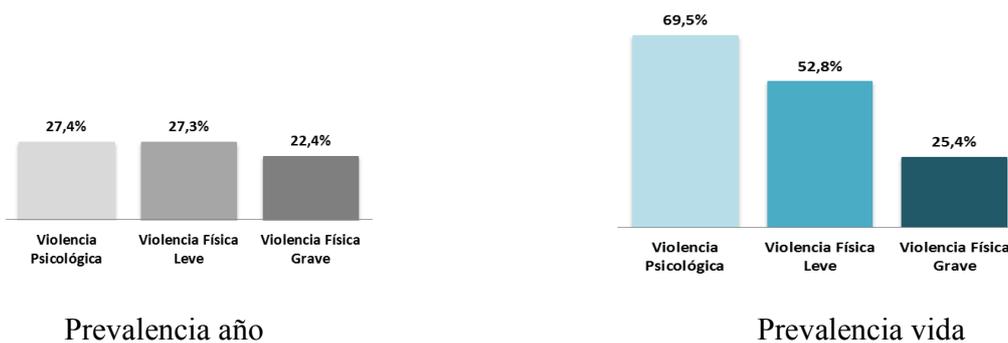
en las 15 regiones del país.

2.6.1. Resultados del segmento niños y niñas

Para medir la prevalencia de violencia intrafamiliar, se ha distinguido en primer lugar entre tres tipos de violencia: violencia psicológica, violencia física leve y violencia física grave. Para cada uno de estos tipos de violencia se ha medido el porcentaje de niños, niñas y adolescentes que declaran haber sufrido alguna situación de este tipo por parte de la mujer de su familia que lo cuida (MFC) y/o por parte del hombre de su familia que lo cuida (HFC). Adicionalmente se ha distinguido entre dos tipos de prevalencia: prevalencia año, que da cuenta de casos que han sufrido violencia durante los últimos doce meses, y prevalencia vida, que da cuenta de quienes han sufrido violencia alguna vez en la vida (durante los últimos doce meses o antes).

Los resultados más relevantes obtenidos con la medición fueron los siguientes:

a. La prevalencia año por tipo de violencia que sufren los niños por parte de al menos uno de sus padres no supera el 28 %, sin embargo preocupan las cifras de violencia vida, puesto que el 70 % de los niños (as), ha sido víctima de violencia psicológica, y más de la mitad de ellos han sido víctimas de violencia física leve.



b. Dentro de los factores de riesgo de nuestros niños encontramos:

b.1. El sexo del niño, niña o adolescente: se ha podido apreciar que el sexo del niño(a) o adolescente presenta una asociación significativa con la prevalencia vida de violencia

psicológica, y física leve. Esta asociación se expresa concretamente en que las niñas y adolescentes encuestadas presentan una significativamente más alta prevalencia vida de violencia psicológica y de violencia física leve.

b.2. La edad: al analizar la prevalencia vida de violencia según edad del encuestado, se aprecia que violencia psicológica tiende a ser más alta en la medida que aumenta la edad del encuestado(a). En el caso de la prevalencia de violencia física leve y grave, no se aprecia una tendencia tan clara, existiendo más alta prevalencia entre los 13 y 18 años aproximadamente.

b.3. La estructura familiar: al analizar los indicadores de prevalencia de violencia según la estructura familiar de los niños y niñas encuestados, se observa a nivel porcentual que en los tres tipos de violencia la prevalencia es mayor en el caso de las familias monoparentales a cargo de madre, nucleares y extendidas con presencia de alguno de los padres, y menores en el caso de monoparentales a cargo del padre y extendida sin presencia de padre ni madre.

b.4. Horas diarias sin la presencia de un adulto en casa: en relación con este factor, es posible apreciar que en los tres tipos de violencia existe una prevalencia significativamente menor entre quienes siempre cuentan con la presencia de un adulto cuando están en su casa, especialmente en el caso de la violencia psicológica. Por el contrario, quienes pasan entre 1 y 6 horas diarias sin la presencia de un adulto en su casa presentan una prevalencia significativamente mayor a lo esperado en el caso de la violencia psicológica y física leve. De forma similar, la prevalencia de violencia física grave es significativamente mayor entre quienes pasan 3 o más horas diarias sin la presencia de un adulto.

b.5. Nivel socioeconómico: esta relación se expresa en que los niños, niñas y adolescentes pertenecientes a establecimientos educacionales de nivel *medio bajo* han sufrido menos **violencia psicológica**, mientras que quienes pertenecen a establecimientos de nivel *medio alto* han sufrido significativamente más de este tipo de violencia.

Por su parte, los casos de **violencia física leve** son menos en los establecimientos de *nivel bajo* y *medio bajo*, mientras en establecimientos de nivel *medio* existen significativamente más.

Por último, en el caso de la **violencia física grave** se aprecia que en establecimientos de nivel socioeconómico *alto*, se presentan menos casos de violencia física grave.

b.6. Trabajo infantil: concretamente, se aprecia que la prevalencia vida de violencia psicológica, física leve y física grave es mayor entre quienes declaran realizar trabajo doméstico y no doméstico, y menor entre quienes declaran no realizar ninguna actividad además de estudiar.

b.7. Nivel educativo del hombre o mujer de la familia que lo cuida: no es este un factor preponderante, puesto que niños y niñas cuyas cuidadoras o cuidadores cuentan con diferentes niveles educacionales, no presentan tasas de violencia física significativamente diferentes a las esperadas a lo largo de su vida.

b.8. Actividad realizada por el hombre o mujer de la familia que los cuida: en el caso de la prevalencia vida de violencia física ejercida por la mujer cuidadora, es posible confirmar que aquellos niños(as) que son cuidados por mujeres que se encuentran cesantes o que trabajan fuera del hogar presentan tasas de violencia física más altas de lo esperado. Ello se ve reflejado en que un 74,3% de los niños cuidados por mujeres que se encuentran buscando trabajo o cesantes han sufrido violencia física alguna vez en la vida. Situación similar ocurre cuando el niño o niña es cuidado por algún hombre de la familia.

b.9. Violencia entre los padres: este punto es muy relevante para nuestro caso, puesto que Carolina tiene un hijo con su conviviente, pudiendo afectar a este niño la violencia ejercida por su padre respecto de su madre.

Ahora bien, efectivamente, tanto en los indicadores de violencia experimentada por la mujer como por el hombre cuidador la prevalencia vida de violencia física de los niños que declaran violencia entre sus padres es más de 20% mayor a la tasa de violencia física de los niños cuyos padres no muestran conductas violentas entre ellos. Así lo indica el siguiente gráfico:



Podemos apreciar, de la lectura del gráfico que es mayor el porcentaje de violencia en aquellos niños que son agredidos por la mujer de la familia que los cuida (69,1) cuando existe además violencia entre sus padres.

2.6.2. Resultados del segmento mujeres

En relación a este segmento, se debe señalar primeramente que la encuesta se realizó a 6004 mujeres de entre 15 y 65 años a lo largo del país, de las cuales el 73% declaró tener una relación de pareja al momento de la aplicación.

Los resultados más relevantes obtenidos con la medición fueron los siguientes:

a. Al consultarles quién fue la última persona que la agredió: el 49,3% de las mujeres señalaron que el autor de la violencia fue su pareja, y el 11,5 su ex pareja. Podemos denotar en estas cifras la importancia de la aplicación de la ley de Violencia Intrafamiliar, que toma esta realidad haciendo extensiva su aplicación a los que son o han sido cónyuges o convivientes de la víctima.

b. Violencia intrafamiliar en general: se hace la distinción entre violencia física, psicológica y sexual. Además se hace la misma diferenciación anterior entre prevalencia vida y prevalencia año:

b.1. En relación a la violencia física: considerando el período total de vida, la prevalencia de violencia física alcanza un 16% de los casos, es decir, al menos una de cada diez mujeres ha sufrido este tipo de violencia alguna vez a lo largo de su vida, por parte de un familiar, pareja o ex pareja.

b.2. Considerando los tres tipos de violencia: se observa que en el tramo entre los 36 y 45 años es donde constantemente existe un mayor porcentaje de mujeres que declara haber sufrido violencia sexual.

b.3. Nos parece preocupante que existe un 11% de las mujeres consultadas que no sabía que en nuestro país existe una Ley de Violencia Intrafamiliar: este es un porcentaje no menor considerando la relevancia de la ley y que la población objetivo son mujeres de las principales ciudades del país, y por ende, con mayor acceso a información que en zonas rurales. Además preocupa que al consultar sobre la disposición frente a diversas iniciativas sobre violencia intrafamiliar, el 38,9% declaró que no estar dispuesta a participar de un proceso judicial, existiendo mayor disposición al apoyo con un especialista en un centro (66,7%).

*b.4. Respecto a la presencia de **alcohol** en los agresores durante la situación de violencia:* se observa que el nivel es similar en los casos de violencia psicológica y física, pero mayor en el caso de la violencia sexual. De este modo, el 39% de las mujeres que sufrieron durante los últimos doce meses una situación de agresión sexual, señalan que su pareja o ex pareja se encontraba en general bajo los efectos del alcohol cuando eso sucedió. La presencia de **drogas** por su parte, es similar entre los tres tipos de violencia, sin existir diferencias estadísticamente significativas entre ellos.

2.6.3. Parámetros utilizados para la medición de los resultados

Es importante conocer cuáles fueron los parámetros utilizados para medir los tipos de violencia. En este sentido se les preguntó a las personas encuestadas si han sido víctimas de las siguientes acciones constitutivas de *violencia psicológica*:

- a. La han insultado.
- b. La han menospreciado o humillado frente a otras personas.
- c. Le han dicho que todas las cosas que hace están mal.
- d. La han celado o controlado de manera violenta o constante.
- e. Cuando se han enojado con usted golpean por ejemplo las paredes.

- f. Han hecho cosas a propósito para insultarla o intimidarla.
- g. Han destruido sus pertenencias.
- h. Han raptado a sus hijos o han amenazado con hacerlo.
- i. Han amenazado con herirla a usted o alguien que a usted le importa.
- j. Han amenazado con matarse, con matar a sus hijos o con matarla.

En lo concerniente a la *violencia física*, se les interrogó han sido víctimas de las siguientes acciones:

- a. La han abofeteado o dado de cachetadas.
- b. Le han tirado cosas para que puedan herirla.
- c. La han empujado, arrinconado o tirado el pelo.
- d. La han golpeado con el pie, con el puño o alguna otra cosa.
- e. La han arrastrado o dado una golpiza (como le ocurrió a Carolina).
- f. Han intentado quemarla o la han quemado.
- g. Ha intentado estrangularla.
- h. La han encerrado o amarrado.
- i. La han amenazado con cuchillo, pistola u otra arma.
- j. Han usado una pistola, cuchillo u otra arma para herirla.

De esta manera, con este estudio de estadística damos por concluida la exposición de los aspectos más relevantes de los dos instrumentos normativos que se enfrentan en nuestro caso en estudio.

Hemos podido en esta sección, vislumbrar en cierta medida lo referido al fundamento de la protección, el cual encontramos en el derecho internacional de los derechos humanos, tema que estimamos debe ser profundizado, por lo que en la sección siguiente nos referiremos solamente a la protección de las víctimas de violencia y discriminación por género o por motivos étnicos.

Así veremos en un primer momento, que el fundamento básico de la protección lo encontramos en la dignidad de la persona humana, reforzada esta idea por la exposición que haremos de las interpretaciones auténticas de los instrumentos internacionales que prestan su protección para el caso concreto.

3. IMPORTANCIA DE LA PROTECCIÓN PARA EL CASO CONCRETO: LA DIGNIDAD HUMANA Y EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS A CONSIDERAR PARA EL CASO CONCRETO

3.1. La importancia de la consideración de la dignidad de Carolina

En primer término, nos enfocaremos al estudio o exposición de la importancia de la protección de las víctimas de violencia intrafamiliar, comenzando por el fundamento constitucional de protección de los derechos por ella garantizados, para luego dar un paso hacia aquellos instrumentos jurídicos del derecho internacional de los derechos humanos, poniendo detenida atención a las interpretaciones auténticas que nos dan los órganos oficiales encargados de aquello.

Dicho esto podemos referirnos al caso de Carolina en específico, señalando que la relevancia del tema a tratar radica en la importancia de resguardar la primacía de la indemnidad personal y la dignidad de Carolina, atendida su situación de vulnerabilidad, dado que la comunidad indígena sale del patrón cultural de la población general de nuestro país, por lo tanto su tratamiento frente a la aplicación de justicia es siempre un tema delicado y complicado de abordar.

Esto pues, debido a que por un lado las disposiciones legales nacionales que son incompatibles con derechos reconocidos bajo la normativa internacional de los derechos humanos no pueden ser usadas para justificar la ignorancia de las costumbres de los pueblos indígenas que deben ser respetadas en la aplicación de la legislación nacional; por otro lado, las costumbres indígenas no pueden constituir justificación para la violación de los derechos humanos fundamentales.⁵³

Así lo expuesto, para comenzar podemos referirnos al fin último de la protección de los derechos fundamentales, el cual es la dignidad de la persona humana, expresión de difícil conceptualización, por la posible limitación que de ella pudiere hacerse tratando de lograrse la definición más completa de aquella.

⁵³ *EL CONVENIO DE LA OIT Y LA DEFENSA PENAL DE INDÍGENAS*, Defensoría Penal Pública 2010. En: <http://www.dpp.cl/resources/upload/093e523d3fa9fe3d8745793ada63a58b.pdf>. [visitado el 01/04/2013].

En este sentido, Nogueira nos proporciona una definición, refiriéndose a la dignidad humana como “*una cualidad intrínseca, irrenunciable e inalienable de todo y a cualquier ser humano, constituyendo un elemento que cualifica al individuo en cuanto tal, siendo una cualidad integrante e irrenunciable de la condición humana*”.⁵⁴ Este autor para complementar lo anteriormente dicho, agrega que la dignidad humana es asegurada, respetada, garantizada y promovida por el orden jurídico estatal e internacional, sin que pueda ser retirada a alguna persona por el ordenamiento jurídico.

En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional de Chile se ha pronunciado en sus fallos acerca de este atributo intrínseco de la personalidad, señalando que “*la dignidad singulariza a toda persona humana, y de la que derivan una serie de atributos, con los que nace y se conserva durante toda su vida. Dentro de estos atributos se hallan los derechos públicos subjetivos o facultades que el ordenamiento jurídico le asegura con carácter de inalienables, imprescriptibles e inviolables, en todo momento lugar o circunstancia*”.⁵⁵

Ahora bien, la Constitución Política de la República expresa en su artículo 5° inciso 2° que, el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, entendiéndose por tales siguiendo a Nogueira, los derechos cuya fundamentalidad emana de la dignidad de la persona humana, los que define como “*el conjunto de facultades e instituciones que, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad, la igualdad y la seguridad humanas en cuanto a la expresión de la dignidad de los seres humanos – considerados tanto es su aspecto individual como comunitario-, en un contexto histórico determinado, las cuales deben ser aseguradas, respetadas, promovidas y garantizadas por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional, supranacional e internacional, formando un verdadero subsistema dentro de éstos*”.⁵⁶

En lo concerniente a la protección constitucional frente a la violencia intrafamiliar, encontramos toda una base imprescindible en esta materia. Así figuran las normas relativas al Estado y a su carácter subsidiario (art. 1° inc. 4°) y protector de la familia (art. 1° inc.5°), puesto que la familia es reconocida por la Constitución como el núcleo básico de la sociedad (art.1° inc. 2°). Se cuenta además que Chile es una república democrática (art. 4°), la consagración de los

⁵⁴ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2010, p. 13.*

⁵⁵ *Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile, ROL N° 1218-08-INA, siete de julio de 2009, considerando 17°.*

⁵⁶ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2010, p. 23*

derechos humanos en específico, sean los de libertad a igualdad (art. 1° inc. 1° y 19° N° 2), en específico la igualdad ante la ley (art. 19° N° 3), el derecho a la vida y la integridad física y psíquica (art. 19° N° 1), el respeto y protección la vida privada y a la honra de la persona y su familia (19° N° 4), y la libertad de conciencia (art. 19° N° 6).⁵⁷

Siguiendo a Edison Carrasco, existen además dos principios entendidos como fuentes indirectas del derecho, que poseen tal fuerza que han sido incorporados a las doctrinas modernas como directrices válidas de interpretación y aplicación. Este autor se refiere al principio de la indemnidad personal o dignidad de la persona al que ya hemos hecho referencia, y el principio del interés superior del niño, que en materia de violencia intrafamiliar, mira directamente la protección de los derechos del niño, niña o adolescente, y también de aquellos que son víctimas indirectas al presenciar hechos de violencia, que serían igualmente directas por los daños colaterales psicológicos producidos al observarla. Este principio, obliga al sistema a que frente a alternativas de interpretación de una norma, de debe optar por aquella que permita en mayor medida la realización de los derechos del niño o niña.

Por su parte, la Ley de Violencia Intrafamiliar reconoce en su artículo 2° la obligación de protección, señalando que es deber del Estado adoptar las medidas conducentes para garantizar la vida, integridad personal y seguridad de los miembros de la familia.

Dentro de dichas medidas la propia ley se encarga de señalar algunas de manera genérica, como son por nombrar algunas, la incorporación en los planes y programas de estudio contenidos dirigidos a modificar las conductas que favorecen, estimulan o perpetúan la violencia intrafamiliar; el desarrollo de planes de capacitación para los funcionarios que intervengan en la aplicación de esta ley; desarrollar políticas y programas de seguridad pública para prevenir y erradicar la violencia intrafamiliar; y adoptar las medidas necesarias para dar cumplimiento a la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos del Niño y demás instrumentos internacionales suscritos por el Estado de Chile.

Dicho lo anterior, expondremos lo que nos señalan los instrumentos internacionales de protección de los derechos vulnerados en el caso de Carolina, poniendo especial atención como lo hemos señalado a las interpretaciones auténticas de cada uno de ellos.

⁵⁷ CARRASCO JIMENEZ, Edison, *Manual de legislación sobre Violencia Intrafamiliar*, Ed. Librotecnia, Santiago, 2008, p.37.

3.2. La protección del derecho internacional de los derechos humanos

3.2.1. La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)⁵⁸

El espíritu de la Convención tiene su génesis en los objetivos de las Naciones Unidas: reafirmar la fe en los derechos humanos fundamentales, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres.

En este orden de cosas, la Convención condena la discriminación de la mujer en todas sus formas, entendiéndose por tal *“toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”* (art. 1°).

Con la ratificación de esta Convención, el Estado de Chile se comprometió entre otras cosas a establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales o competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación, lo que al parecer fue olvidado en el caso de Carolina (art. 2° letra c).

Además se comprometió a tomar todas las medidas apropiadas para modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres (art. 5° letra a).

En este orden de cosas, en nuestro caso en estudio la consideración a una costumbre no pudiere ser razón para limitar la protección de los derechos fundamentales de Carolina. Pero no podemos dejar de observar que en nuestro caso lo invocado no fue expresamente la inferioridad de la mujer como costumbre, sino que en el pueblo mapuche los casos de violencia intrafamiliar

⁵⁸ La Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer, entró en vigor en septiembre de 1981, por resolución 34/180 de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Ratificada por Chile en el año 1989. En: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm> [visitado el 22/10/2013].

se resuelven mediante la negociación, pidiendo disculpas públicas y comprometiéndose a no reiterar el maltrato.

Ahora bien, para la efectividad de la Convención, se deben examinar los progresos realizados en su aplicación. Para tal fin, este instrumento jurídico consagra el establecimiento de un Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (art. 17 N° 1), que tiene entre sus funciones la tarea de aclarar el sentido y alcance de los preceptos de la Convención, siendo esta práctica la que se conoce como su interpretación auténtica. En este contexto, el Comité emite recomendaciones generales, siendo de nuestro interés la recomendación general N° 28 relativa al artículo 2° de la Convención.⁵⁹

Para lo que nos convoca, esta recomendación reviste trascendental importancia, puesto que otorga las directrices a los Estados partes para un correcto entendimiento del artículo 2° relativo a la discriminación de que es víctima la mujer. En este orden de cosas, el Comité identifica 3 obligaciones para los Estados: respetar, proteger y hacer cumplir el derecho de la mujer a la no discriminación y al goce de la igualdad.

La **obligación de respetar** requiere que los Estados se abstengan de elaborar leyes, políticas, normas, programas, procedimientos administrativos, o estructuras institucionales que directa o indirectamente priven a la mujer del goce de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales en pie de igualdad con el hombre.

Por su parte, la **obligación de proteger** requiere que los Estados adopten medidas orientadas a eliminar las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que alimenten los prejuicios y perpetúen la noción de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos y de los roles estereotipados de los hombres y las mujeres.

Finalmente, nos señala que la **obligación de cumplir** implica que los gobiernos adopten una amplia gama de medidas para asegurar que el hombre y la mujer gocen *de jure y de facto* de los mismos derechos.

La recomendación además nos señala que la discriminación puede ocurrir cuando el Estado no da cumplimiento a las leyes pertinentes, y que puede provenir en general tanto directa como indirectamente del Estado, así como también de privados, siendo deber del Estado en este caso, proceder con la diligencia debida para impedir la discriminación por actores privados,

⁵⁹RECOMENDACIÓN GENERAL N° 28 DEL COMITÉ CEDAW, Relativa al artículo 2 de la Convención para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, 2010. En: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G10/472/63/PDF/G1047263.pdf?OpenElement> [visitado el 21/10/2013].

haciendo el alcance de que en algunas situaciones, las acciones u omisiones del actor privado pueden atribuirse al Estado en virtud del derecho internacional.

Asimismo, están obligados a proclamar ante su población y la comunidad internacional su total oposición a todas las formas de discriminación contra la mujer en todos los niveles del gobierno y poderes del Estado, así como su determinación de eliminar la discriminación contra la mujer. Igualmente, los Estados partes también tienen la obligación de garantizar que las mujeres estén protegidas contra la discriminación cometida por las autoridades públicas, el poder judicial, las organizaciones, las empresas o los particulares, tanto en la esfera pública como en la privada.

De la misma manera, con respecto a la situación de aquellas mujeres como Carolina, que están expuestas a una “*discriminación cruzada*”, que por motivos de sexo y género está unida de manera indivisible a otros factores que afectan a la mujer, como la raza, el origen étnico, la religión o las creencias, los Estados partes deben reconocer y prohibir en sus instrumentos jurídicos estas formas entrecruzadas de discriminación y su impacto negativo combinado en las mujeres afectadas. También deben aprobar y poner en práctica políticas y programas para eliminar estas situaciones. En este sentido, la recomendación del Comité pone especial énfasis en aquellas mujeres susceptibles de ser víctimas de más de una situación a la vez.

Para concluir, la recomendación señala que el principio de igualdad entre el hombre y la mujer y la no discriminación, se deben consagrar en el derecho nacional con carácter supremo y obligatorio. Además, agrega que los Estados partes tienen la obligación de adoptar medidas para modificar o abolir las leyes, normas, costumbres y prácticas vigentes que sean discriminatorias contra la mujer, y que las leyes nacionales nunca se pueden utilizar como justificación de la falta de cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados partes.

Recientemente este Comité emitió sus observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto de Chile, documento en que se insta al Estado de Chile a “*establecer una estrategia y un plan de acción generales para impedir y eliminar todas las formas de violencia contra la mujer, con inclusión de las comunidades mapuches y otras comunidades indígenas, así como un mecanismo institucional eficaz para coordinar, supervisar y evaluar la eficacia de las medidas adoptadas; y a que refuerce su sistema judicial para garantizar que las mujeres,*

*particularmente las de grupos desfavorecidos, como las mujeres indígenas, tengan acceso efectivo a la justicia”.*⁶⁰

3.2.2. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Pará)⁶¹

Este instrumento jurídico internacional formaliza la definición de la violencia contra las mujeres como una violación de sus derechos humanos. Para la Convención, la violencia contra la mujer es *“cualquier acción o conducta, basada en su género, que le cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico, incluyendo la que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica”* (art. 1°).

La Convención consagra el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, entendiéndose comprendido dentro de él, el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación, y a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación. En lo referido a los deberes de los Estados partes, la Convención establece que deben actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer.

La implementación efectiva de la Convención requiere un proceso de evaluación y apoyo continuo e independiente, para lo cual se creó en el año 2004 el Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI), encargado de analizar los avances en la implementación de la Convención por sus Estados partes, así como los desafíos persistentes en las respuestas estatales ante la violencia contra las mujeres. Este mecanismo cuenta con un Comité de Expertas (CEVI), encargadas de realizar informes en que se evalúan los Estados sobre el cumplimiento de las obligaciones asumidas al ratificar la Convención, y brindar aportes para su efectiva aplicación.

⁶⁰ *OBSERVACIONES FINALES SOBRE LOS INFORMES PERIÓDICOS 5° Y 6° DEL ESTADO DE CHILE, adoptadas por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en su 53° período de sesiones” (1° a 19 de octubre de 2012. En: <http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/325/CEDAW-Chile-2012-ESP.pdf?sequence=1> [visitado el 12/07/2013].*

⁶¹ *Convención Interamericana para Prevenir, Castigar, y Erradicar la Violencia contra la Mujer, adoptada en 1994. En: http://www.unicef.org/argentina/spanish/ar_insumos_ConvencionBelem.pdf [visitado l 1/07/2013].*

En su primer informe hemisférico⁶² el CEVI nos señala que los Estados continúan utilizando el término violencia doméstica, pero que esta denominación no se ajusta a la Convención, que considera como violencia contra las mujeres no solo la violencia doméstica, sino que también la violencia sexual, la tortura y la violencia que pudiere ser perpetrada por el Estado. Se ve excluida además la violencia de que la mujer pudiere ser víctima por parte de su compañero de hogar, novio o personas que sin estar vinculadas legalmente con la mujer, mantienen una relación interpersonal con ella. El CEVI recomienda a los Estados que tomen acciones para regularizar sus legislaciones nacionales en este punto, puesto que no estarían guardando armonía con lo estipulado en la Convención.

Asimismo, este informe recomienda a los Estados la elaboración de políticas integrales e intersectoriales sobre la violencia contra las mujeres a nivel nacional, sin limitarse la violencia familiar o doméstica; e implementar planes de formación para operadores de justicia, salud y educación sobre derechos de las mujeres y la teoría de género.

En relación al acceso a la justicia, la recomendación insta a los Estados a establecer procedimientos legales justos, eficaces y ágiles para la mujer que haya sido víctima de violencia, que incluyan medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos. Señala además, que se debe crear conciencia entre los y las operadoras de justicia, a fin de que haya una *adecuada aplicación de la ley y para que las sentencias tomen en consideración el derecho internacional en materia de derechos humanos y violencia contra las mujeres*. Esto último al parecer no habría ocurrido en el caso que estudiamos, puesto que no se considera en la resolución ningún tratado internacional de derechos humanos fuera del Convenio N° 169 de la OIT.

⁶² PRIMER INFORME HEMISFÉRICO CEVI, Documento de seguimiento de la implementación de la Convención Interamericana para prevenir, erradicar y sancionar la violencia contra la mujer, 2008. En: <http://www.sre.gob.mx/images/stories/docsdh/igualdad/Infhemvio.pdf> [visitado el 23/10/13].

3.2.3. La Convención de los Derechos del Niño⁶³

¿Qué pasaría si la víctima en este caso fuera un niño, niña o adolescente? Podría haber ocurrido que la víctima de nuestro caso hubiese sido alguno de ellos, para tal situación, ofrece protección especial este instrumento jurídico internacional que fue ratificado por Chile en el año 1990, y que viene a representar a nivel mundial el cambio de paradigma en la forma en que los niños, niñas y adolescentes son considerados jurídicamente, puesto que se desplaza la visión paternalista que los considera objeto de protección, pasando a ser considerados sujetos de derechos.

La Convención se estructura en base a principios: el de la no discriminación, el interés superior de niño, el derecho a la vida a la supervivencia y al desarrollo, y la participación y respeto a la opinión del niño.

Se establece en la Convención que los Estados partes respetarán los derechos enunciados en ella y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

En relación a la calidad de indígena de un niño o su pertenencia a una minoría étnica, la Convención tiene debidamente en cuenta la importancia de las tradiciones y los valores culturales de cada pueblo para la protección y el desarrollo armonioso del niño. Además, determina en su artículo 30 que no se le negará al niño el derecho que le corresponde como indígena, en común con los demás miembros del grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar o practicar su propia religión o a emplear su propio idioma.

Por su parte, el artículo 29 establece que la educación del niño deberá estar encaminada a preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena.

Respecto al mismo tema, el Comité de los Derechos del Niño, emitió en el año 2009 su recomendación N° 11 que lleva por nombre “*Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la*

⁶³ Convención de los Derechos del Niño, fue adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 1989, y ratificada por el Estado de Chile en el año 1990. En: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/crc.htm> [visitado el 23/10/13].

Convención”⁶⁴, en ella el Comité ha observado que los niños indígenas afrontan considerables dificultades para ejercer sus derechos y ha formulado recomendaciones específicas a ese respecto en sus observaciones finales.

En relación al artículo 30 mencionado con anterioridad, el Comité subraya que las prácticas culturales a que se refiere el precepto, *han de ejercerse de conformidad con otras disposiciones de la Convención y no pueden justificarse en ningún caso si se considera que son perjudiciales para la dignidad, la salud o el desarrollo del niño*. Cuando existan prácticas perniciosas, como los matrimonios precoces y la mutilación genital de la mujer, el Estado parte debería colaborar con las comunidades indígenas para acabar con ellas.

En este sentido, el Comité insta encarecidamente a los Estados partes a que organicen y pongan en práctica campañas de concientización, programas de educación y disposiciones legislativas encaminadas a cambiar las actitudes y a rectificar los papeles y estereotipos de género que contribuyen a las prácticas perjudiciales .

En lo referente al ámbito familiar de los niños, el Comité recomienda que los Estados partes deberían velar por que se apliquen medidas efectivas para salvaguardar la integridad de las familias y las comunidades indígenas prestándoles asistencia en sus funciones de crianza de los hijos; y además que los Estados partes deberían, en cooperación con las familias y las comunidades indígenas, reunir datos sobre la situación familiar de los niños indígenas, incluidos los niños que estén en hogares de acogida y en proceso de adopción. Esa información debería utilizarse para formular políticas sobre el entorno familiar y otro tipo de tutela de los niños indígenas de forma que se tenga en cuenta su contexto cultural.

Como podemos observar, en esta recomendación el Comité reconoce la importancia de respetar la cultura del niño, fortalecer la unión familiar y de la comunidad, pero siempre que no sea contrario al ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención y que no sea afecte la dignidad de los niños, caso en el cual el Estado debe colaborar con la comunidad para acabar con aquellas prácticas, como sería el caso de la violencia contra el niño, niña o adolescente.

⁶⁴ RECOMENDACIÓN GENERAL N° 11 DEL COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, “Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención”, Comité de los Derechos del Niño, 2009. En: http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/CRC.GC.C.11_sp.pdf

3.2.4. La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial⁶⁵

Esta Convención fue ratificada por nuestro país en el año 1971, y en ella se entiende la discriminación racial como “*toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública*” (art. 1° N° 1).

En el artículo 5° de la Convención, se establece que los Estados partes se comprometen a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley sin distinción de raza, color u origen nacional o étnico, particularmente en el goce del derecho a la igualdad de trato ante los tribunales y todos los demás órganos que administran justicia.

Por su parte, el artículo 6° señala que los Estados partes asegurarán a todas las personas que se hallen bajo su jurisdicción, protección y recursos efectivos ante los tribunales nacionales y otras instituciones competentes del Estado, contra todo acto de discriminación racial, así como el derecho a pedir a esos tribunales satisfacción o reparación justa y adecuada por todo daño de que puedan ser víctimas como consecuencia de tal discriminación.

Esta Convención también cuenta con un Comité encargado de emitir recomendaciones, y aclarar el sentido y alcance de las disposiciones de la Convención. Este Comité en su recomendación N° 25 sobre las dimensiones de la discriminación racial relacionadas con el género,⁶⁶ da una serie de directrices a los Estados partes.

El Comité reconoce que la discriminación racial no siempre afecta a las mujeres y a los hombres en igual medida ni de la misma manera, tomando nota de que existen formas de

⁶⁵ Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación Racial, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), de 1965. Ratificada por Chile en 1971. En: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/cerd.htm> [visitado el 23/10/2013].

⁶⁶ RECOMENDACIÓN GENERAL N° 25, Comité para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (CERD), 2000. En: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=A%2f55%2f18&Lang=en [visitado el 23/10/2013].

discriminación racial que pueden dirigirse contra las mujeres en calidad de tales como, por ejemplo, la violencia sexual cometida contra las mujeres de determinados grupos raciales o étnicos en detención o durante conflictos armados; la esterilización obligatoria de mujeres indígenas; el abuso de trabajadoras en el sector no estructurado o de empleadas domésticas en el extranjero. La discriminación racial puede tener consecuencias que afectan en primer lugar o únicamente a las mujeres, como embarazos resultantes de violaciones motivadas por prejuicios raciales.

Dicha recomendación, reconoce la situación de mayor vulnerabilidad o desventaja en que se ha considerado a la mujer perteneciente a un determinado pueblo originario.

Por su parte, en la recomendación general N° 31 del Comité, se insta a los Estados partes a desarrollar estrategias para prevenir la discriminación racial en la administración y el funcionamiento de la justicia penal, siendo una de ellas el favorecimiento de una representación adecuada de las personas pertenecientes a los grupos raciales y étnicos en la policía y la judicatura, y la *preocupación de velar por el respeto y el reconocimiento de los sistemas tradicionales de justicia de los pueblos autóctonos, de conformidad con la normativa internacional de derechos humanos.*⁶⁷

Señala asimismo, que antes de que intervenga la autoridad judicial, los Estados partes podrían también, *respetando de los derechos de las víctimas*, alentar a que se recurra a procedimientos parajudiciales para la solución de litigios, incluidos ***mecanismos consuetudinarios compatibles con los derechos humanos***, la mediación o la conciliación, que puedan ser vías útiles y menos estigmatizantes para las víctimas de actos de racismo.

En relación al proceso y la sentencia del tribunal, la recomendación señala que antes del proceso, los Estados partes podrían alentar si procede, la desjudicialización o la utilización de procedimientos parajudiciales frente al delito, teniendo en cuenta el entorno cultural o consuetudinario del autor de la infracción, especialmente cuando se trata de personas pertenecientes a pueblos autóctonos.

En lo relacionado con la garantía de una sanción ajustada, con respecto a las personas pertenecientes a pueblos autóctonos, los Estados partes deberían favorecer la aplicación de penas

⁶⁷ RECOMENDACIÓN GENERAL N° 31, Comité para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (CERD), 2005. En: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=A%2f55%2f18&Lang=en [visitado el 23/10/13].

alternativas a la privación de la libertad y el recurso a otras sanciones mejor adaptadas a su sistema jurídico, teniendo en cuenta en particular el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (Convenio N° 169 de la OIT).

Podemos a nuestro juicio, interpretar lo antes expuesto de manera similar a como nos lo señala el artículo 9° del Convenio N° 169, ya que se reconoce que los mecanismos consuetudinarios empleados deben ser compatibles con los derechos humanos. Por otra parte, se reconoce que en el caso de los procedimientos parajudiciales se deben respetar los derechos de las víctimas, pero como lo hemos señalado, en los casos de violencia contra la mujer no existe la posibilidad de mediación ni de que el juez ordene una audiencia de conciliación.

II PARTE. ASPECTOS DOCTRINARIOS APLICABLES AL CASO DE CAROLINA

1. LA JERARQUÍA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES DEL ARTÍCULO 5° INC. 2° DE LA CONSTITUCIÓN

En relación a este punto, ya hemos podido advertir que en nuestro caso la jerarquía superior del Convenio N° 169 permite que se pueda aplicar este de manera preferente por sobre la Ley de Violencia Intrafamiliar, siendo ese el fundamento del juez para aprobar el acuerdo reparatorio. Recordemos que dicho argumento fue confirmado por la Corte de Apelaciones de Temuco, ratificando lo obrado en primera instancia. La resolución judicial se ampara básicamente que el Convenio forma parte del “bloque de constitucionalidad”, por lo que siendo un problema de interpretación, debe darse primacía a la norma que pertenece a dicho bloque.

1.1. La discusión respecto de la jerarquía de aquellos tratados de derechos esenciales de la naturaleza humana

Respecto al tema de la jerarquía de los tratados de derechos humanos, no encontramos referencia clara en el texto de la Constitución Política de la República, por lo que debe determinarse en base a la interpretación que pueda hacerse del artículo 5° inc. 2° de la carta fundamental.

Sobre este punto, parte de la doctrina nacional entiende que la jerarquía de estos tratados es de rango constitucional, esto es, que tienen una jerarquía superior al resto de los tratados internacionales. El autor Hugo Llanos Mancilla es partidario de esta teoría, citando en su obra a Francisco Cumplido, que intervino en la redacción del artículo 5° de la Constitución, quien señala que uno de los motivos para afirmar aquello, es que la Carta de 1980 reforzó el carácter de los derechos humanos en el sistema constitucional chileno, elevando el inciso segundo del artículo 5° por sobre la soberanía el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.⁶⁸ Cumplido señala además que *“los que negociamos la reforma entendimos que con la frase agregada por ella se lograba que los derechos garantizados por la Constitución y por los*

⁶⁸ LLANOS MANSILLA, Hugo, *Teoría y práctica del Derecho Internacional Público*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1977, p. 194.

*tratados ratificados y vigentes tuvieran la misma jerarquía en el ordenamiento jurídico. En este sentido incorporábamos los derechos asegurados por los tratados a la Constitución”.*⁶⁹

Nogueira por su parte, nos dice que la segunda oración del inciso 2° del artículo 5° de la Constitución, incorporado por la reforma constitucional de 1989, tuvo por objeto otorgar seguridad jurídica de que los derechos esenciales garantizados por nuestra carta fundamental, no eran sólo los que el propio texto formal de la Constitución señalaba en el artículo 19°, sino que se incorporaban al bloque constitucional también los derechos y garantías asegurados por los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, reforzando a través de ellos los contenidos y las garantías de los derechos, ya que no existió el tiempo necesario durante la negociación constitucional de 1989 entre el gobierno militar y la oposición para establecer los reforzamientos normativos de cada uno de los derechos.⁷⁰

Para Aldunate, si bien es cierto que esta tesis adquirió el carácter de una verdadera moda de opinión, gozando de gran popularidad durante la década de los noventa, puede afirmarse que este “acuerdo uniforme” era inexistente, y que además la postura de la jerarquía no sufrió alteración alguna.⁷¹

Dicho autor sustenta su planteamiento principalmente en un fallo del Tribunal Constitucional, que señaló que *“ninguna Constitución contempla el logro automático de la jerarquía constitucional mediante un simple proceso semántico como el que se pretende hacer con la oración agregada al inciso 2° del artículo 5° de nuestra Carta (...). La desmesurada presión de identificar el rango de los tratados internacionales sobre DD.HH. con la suprema jerarquía normativa de la Constitución, choca abruptamente con el sistema mixto de control de constitucionalidad de la ley, tanto preventivo como represivo, entregados al Tribunal Constitucional y a la Corte Suprema según el caso, los que no serían operables si los tratados de DD.HH. tuvieran rango constitucional per se. Dicha pretensión también atenta contra el delicado mecanismo de reforma de la Carta Fundamental, contenido en un capítulo especial, el capítulo XIV, y que se caracteriza por su notable rigidez, especialmente tratándose de la reforma del capítulo relativo a los derechos y deberes constitucionales, cuya estabilidad y preservación el*

⁶⁹ CUMPLIDO CERECEDA, Francisco, *En el Seminario Internacional sobre Derechos Humanos, Constitución y Tratados Internacionales*, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Talca, 2003.

⁷⁰ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “Los Derechos Esenciales o Humanos contenidos en los Tratados Internacionales y su ubicación en el Ordenamiento Jurídico Nacional: Doctrina y Jurisprudencia”, *Ius et Praxis*, Vol. 9, número 1, 2003. En http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122003000100020&script=sci_arttext [visitado el 31/10/2013].

⁷¹ ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *Derechos Fundamentales*, Editorial Legal Publishing, Santiago, 2008, p. 339.

*constituyente aseguró exigiendo un quórum reforzado de las dos terceras partes de los diputados y senadores en ejercicio. Tanto este quórum especial como los trámites propios de una ley y de reforma quedarían reemplazados por el quórum y los trámites de una ley ordinaria que, además tendría el efecto de reformar la Constitución si aceptáramos el rango constitucional de los tratados sobre DD.HH. y su eventual carácter modificador de la Constitución. Una interpretación semejante, para ser armónica con el resto de la preceptiva constitucional, debiera haberse plasmado en un texto diferente y debiera haber venido acompañada de la modificación de los artículos 80, 82 N° 2, y del capítulo XIV de la Constitución”.*⁷²

Otra variante del postulado de la elevación del rango normativo de los tratados, es la que sostienen quienes afirman que lo que se ha incorporado a la Constitución y a su jerarquía, no han sido los tratados sino los derechos contenidos en ellos, como Nogueira, cuya posición final recurre a la idea de bloque de constitucionalidad.

Así, para Nogueira se entiende por bloque de constitucionalidad de derechos fundamentales “*el conjunto de derechos de la persona (atributos que integran los derechos y sus garantías) asegurados por fuente constitucional o por fuentes de derecho internacional de los derechos humanos como son el derecho convencional, los principios del ius cogens, como los derechos implícitos, expresamente incorporados a nuestro ordenamiento jurídico por vía del texto constitucional o por vía del artículo 29 literal c) de la CADH*”.⁷³ En este sentido, el bloque es una limitación para la soberanía y en su virtud se encuentran incorporados al texto constitucional aquellos atributos y garantías.

Respecto a esto, Aldunate advierte que la posición de Nogueira no es muy recomendable, puesto que plantea el problema de que el juez, a partir de la lectura del artículo 5° inciso 2° de la Constitución, se viera forzado a apartarse del texto del artículo 20 de la carta fundamental, cuando por ejemplo, se haga valer por vía de protección un derecho no reconocido en un texto constitucional, pero sí en un tratado.

Asimismo señala, que si lo que Nogueira propone es solamente su reconocimiento como criterio interpretativo, ello no justifica ni hace necesaria la modificación de la posición normativa de los tratados, por cuanto el deber constitucional de respeto y promoción de los derechos

⁷² Sentencia Tribunal Constitucional, Rol N° 346, 08 de abril de 2002.

⁷³ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales*, Editorial Librotecnia, Santiago, p. 24.

contemplados en ellos ya tiene su fuente autónoma en el artículo 5° inciso 2°, sin necesidad de alterar en nada el rango normativo del objeto de la referencia en dicha disposición.

Para Aldunate se llega a la misma conclusión en una correcta aplicación del derecho internacional por parte de los jueces, debido a que las obligaciones de un tratado obligan a cada uno de los órganos del Estado dentro del ámbito de competencias concernidas por su cumplimiento, y en este sentido el compromiso internacional de un Estado de respetar y promover ciertos derechos impone al juez el deber de actualizar ese respeto y promoción en el ámbito de su actividad jurisdiccional.⁷⁴

Otra postura frente a la discusión, es que tiene jerarquía superior a la ley pero inferior a la Constitución. En este sentido Alejandro Silva Bascuñan señala que dentro del ordenamiento jurídico chileno los tratados constituyen una jerarquía de normas que están por debajo de la Constitución, pero antes de la ley común y de todas las demás normas jurídicas que se dicten dentro del Estado, de manera debe prevalecer en el derecho interno todo el contenido de los tratados que regularmente se hayan tramitado y siempre que tal contenido esté dentro los preceptos constitucionales.⁷⁵

Para otro sector de la doctrina, los tratados internacionales que recaen sobre materias de ley son preceptos legales que gozan de una especial protección constitucional, pero no por ello adquieren una jerarquía supralegal.⁷⁶

Expuesto lo anterior, pasaremos a revisar la discusión relativa a la jerarquía propia del Convenio N° 169 de la OIT, especialmente lo que ha señalado respecto al tema el Tribunal Constitucional.

⁷⁴ ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *Derechos Fundamentales*, Editorial Legal Publishing, Santiago, 2008, p. 342.

⁷⁵ SILVA BASCUÑAN, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000, p. 124.

⁷⁶ RIBERA NEUMANN, Teodoro, “Los tratados internacionales y su control a posteriori por el Tribunal Constitucional”, *Estudios Constitucionales*, año 5, número 1, Universidad de Talca, 2007, p. 103. En: http://www.cecoch.cl/htm/revista/docs/estudiosconst/revistaano_5_1_hm/los_tratados_5_1-2007.pdf [visitado el 31/10/2013].

1.2. Jerarquía normativa del Convenio N° 169 de la OIT

Como ya hemos podido advertir, es discutida en la doctrina nacional la jerarquía de los tratados internacionales sobre derechos esenciales de la naturaleza humana. Asimismo se discute la del Convenio N° 169, pero esta discusión es más profunda, puesto que se ha criticado que este instrumento jurídico internacional sea un tratado de derechos humanos de aquellos a que se refiere el artículo 5° inciso 2° de la Constitución.

La jerarquía del Convenio N° 169 ha sido materia de controversia para su interpretación y correcta aplicación por los tribunales de justicia en nuestro país, de este modo mientras para algunos es un tratado de aquellos señalados en el artículo 5° inciso 2° de la Constitución Política, para otros no lo es, puesto que señalan que el Convenio no consagra derechos individuales sino colectivos para proteger su identidad cultural y formas de vida.

En este contexto, para Rodrigo Correa el Convenio no es de aquellos tratados a que se refiere el artículo 5° de la Constitución. Él sostiene que por tratarse de derechos de tercera generación, no entra el Convenio a formar parte de la categoría de tratados a que se refiere el artículo 5° inciso 2° de la Constitución Política, ya que reconoce derechos a las personas por el hecho de pertenecer a pueblos determinados y no en razón de ser individuos de la especie humana.⁷⁷

Por su parte, Meza sostiene que los derechos individuales sólo pueden realizarse en un contexto de libertad colectiva, por lo que los derechos colectivos como el de autodeterminación deben considerarse como derechos fundamentales en la medida en que promuevan los derechos individuales de sus miembros.⁷⁸ Este autor se refiere a que para ejercer libremente los derechos individuales, deben ser reconocidos sus derechos colectivos.

Contrario a Correa, Manuel Matta afirma que es un tratado de derechos humanos, y que de ello derivan una serie de consecuencias prácticas, entre ellas, que los derechos a la tierra y a los recursos naturales deben necesariamente ser respetados y promovidos en forma inmediata por

⁷⁷ CORREA, Rodrigo, "Informe de Constitucionalidad Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, de la OIT", 2002, p. 2.

⁷⁸ MEZA-LOPEHANDIA, Matías, *Territorio y autonomía de los pueblos originarios en Chile, Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, 2009, p. 45. En: http://www.observatorio.cl/sites/default/files/biblioteca/tesis_autonomia_y_territorio_indigena_en_chile_meza.pdf [visitado el 16/07/2013].*

los órganos del Estado, que no podrá invoca el carácter meramente programático o no ejecutable de las normas que contemplan tales derechos para aplicarlas.⁷⁹

Sobre esto se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en la causa rol N° 309, declarando que el artículo 7° N° 1 oración final del Convenio, es una norma *autoejecutable* como se infiere con claridad de la forma imperativa en que se encuentra redactada al disponer que los pueblos “deberán participar” en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.

El mismo carácter tendría el artículo 6° inciso 1°, que establece que al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente. Agrega el Tribunal que, los mencionados anteriormente constituyen preceptos que modifican normas propias de leyes orgánicas constitucionales y, por ende, tienen el carácter de esta clase de leyes.

Para complementar lo anterior, señala (en su numerando 48) que: *“Antes de entrar al análisis de las inconstitucionalidades de los artículos del Convenio N° 169, planteadas por los requirentes, “en ausencia de dicha inconstitucionalidad total”, resulta necesario precisar dos órdenes de materias relevantes para una adecuada decisión:*

a) Los tratados, para su aplicación en el orden interno de un país, pueden contener dos tipos de cláusulas, denominadas por la doctrina “self executing” y “non self executing”.

Las primeras, son las que tienen el contenido y precisión necesarias que las habilita para ser aplicadas sin otro trámite como fuente del derecho interno. En otros términos, son auto suficientes, y entran a la legislación nacional cuando el tratado que las contiene se incorpora al derecho vigente.

Las segundas, son aquéllas que requieren para su entrada en vigencia de la dictación de leyes, reglamentos o decretos que las implementen y, en tal evento, las haga aplicables como fuente del derecho interno. En otras palabras, imponen la obligación al

⁷⁹ MATTA AYLWIN, Manuel, “Adecuación de la Legislación Interna a los Estándares impuestos para los Recursos Naturales” en *El Convenio 169 de la OIT y el Derecho Chileno*, Editado por Jorge Contesse, Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, 2012, p. 112. En: http://libredeterminacion.org/proldi/images/udp_convenio_digital.pdf [visitado el 31/10/2013].

Estado, para que en uso de sus potestades públicas, sancione la normativa necesaria para que por esa vía les dé vigencia efectiva.

Pueden existir tratados que sólo contengan cláusulas auto ejecutables y otros que sólo contengan no ejecutables, como puede un mismo tratado contener unas y otras.

Esta precisión resulta determinante para pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de los preceptos del tratado, toda vez que aquellos cuyas normas o algunas de ellas requieran, para tener fuerza interna, de una actividad legislativa o administrativa posterior, no pueden, por esa razón, entrar en contradicción desde pronto con el ordenamiento constitucional ya que no son normas vigentes ni tampoco lo serán cuando el Presidente de la República ratifique el tratado si es que es aprobado por el Congreso y el Ejecutivo decide así hacerlo. Si los preceptos que se deben dictar para implementarlo, llegaren a contener disposiciones contrarias a la Constitución, ello será decidido en su oportunidad por los órganos de control de constitucionalidad que la propia Carta Fundamental establece.

Siendo así, en cada caso particular deberá previamente decidirse por este Tribunal si las disposiciones del tratado son o no auto ejecutables y, por ende, si quedarán incorporadas, sin necesidad de otro acto de autoridad, al derecho interno. Sólo en el evento de que la norma sea autoejecutable, el Tribunal debe - en esta instancia jurisdiccional - pronunciarse sobre su constitucionalidad.”⁸⁰

Por nuestra parte, no existe intención de discutir este punto, no diferimos de lo que señaló en juez de la causa de Carolina, en relación a que se trata de un tratado de derechos humanos, y por lo tanto pertenece al bloque de constitucionalidad planteado por Nogueira, pero estimamos que si ha de seguirse la teoría de este bloque, debe llevarse a cabo de modo íntegro, teniendo siempre a la vista, que existen además del Convenio otros instrumentos internacionales que prestan especial protección a las víctimas de violencia.

⁸⁰ *Sentencia del Tribunal Constitucional, requerimiento de inconstitucionalidad del Convenio N° 169 de la OIT, rol N° 309, Santiago, 4 de agosto del 2000. En: <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=310> [visitado el 20/10/13].*

CAPÍTULO II

“ANÁLISIS DEL CASO DE CAROLINA Y BÚSQUEDA DE LA SOLUCIÓN ÓPTIMA DE JUSTICIA”

En el presente capítulo, nos adentraremos en el caso en sí mismo haciendo referencia a lo ocurrido en la causa de Carolina, con especial atención en la costumbre invocada y a lo que ocurrió con la prueba de la costumbre en este caso. Revisaremos además la limitación contenida en el artículo 9 del Convenio N° 169 de la OIT y las argumentaciones que fueron dadas en el juicio tanto por la fiscalía como por la defensoría penal mapuche, además nos referiremos a los fundamentos que tuvo la Corte de Apelaciones de Temuco para rechazar el recurso de apelación interpuesto por la fiscalía. Junto con esto, nos haremos referencia al comunicado emitido por el partido autonomista Wallmapuwen en marzo del año 2013, en el cual básicamente se manifiesta el repudio a la práctica judicial de aprobar acuerdos reparatorios en causas de violencia contra la mujer.

En un segundo momento, tendremos que ir de lleno a la respuesta de nuestra pregunta de investigación, la cuál dice relación con determinar cuál es el instrumento normativo que debe primar en estos casos, utilizando como importante herramienta el control de convencionalidad en la causa concreta, y si la proporcionalidad es una posible solución como lo ha postulado el Instituto Nacional de Derechos Humanos en el escrito de *amicus curiae* que presentó a la Corte de Apelaciones de Temuco para el conocimiento y fallo del recurso de apelación interpuesto en el caso de Carolina.

1. LA COSTUMBRE INVOCADA EN EL JUICIO Y LA IMPORTANCIA DE QUE SE CONSTATE SU EXISTENCIA: LEGITIMIDAD Y EFECTIVIDAD DE LA COSTUMBRE

Como se ha señalado con anterioridad, la costumbre que justifica la aplicación del artículo 9° del Convenio para la aprobación del acuerdo reparatorio, es de acuerdo a lo señalado por el defensor penal mapuche, la de “asesorarse por las personas o familiares más sabios de la comunidad, y que en este caso ese lugar correspondería al juez de garantía, regido además por la autoridad que le da la ley”.⁸¹ El defensor agrega que lo tradicional en estos casos es que el agresor pida disculpas públicas y se comprometa a no reiterar el maltrato.

Ahora bien, estimamos que reviste vital importancia el acreditar en estos casos si esa costumbre es efectiva, puesto que sería el primer obstáculo que debiera superarse para invocar la aplicación del Convenio 169 de la OIT, a menos que se trate de aquellos temas que de acuerdo a la doctrina no requieren ser probadas, como los hechos públicos y notorios, o las presunciones de derecho.

Ya mencionada esta importancia, cabe señalar que en el caso en estudio en ningún momento se acredita la efectividad de la costumbre invocada, y tampoco fue cuestionada por parte del fiscal la veracidad de la costumbre, sino que se este se limitó a señalar que debía primar el criterio de la especialidad de la Ley de Violencia Intrafamiliar, y nada se agregó respecto a la necesidad de probar la costumbre invocada.

Es con posterioridad, en el escrito del recurso de apelación en que el fiscal alega que “*ha faltado en este caso el presupuesto material para examinar siquiera la pertinencia de la aplicación del Convenio en cuestión desde que no se ha acreditado hecho alguno que permita dar por probada la supuesta costumbre alegada por la defensa. El único antecedente que sirvió de base para concluir aquello fue la opinión del propio abogado defensor, interesado en el éxito de la salida que proponía.*

Por lo demás, no se comprende cómo una costumbre de la naturaleza que plantea la defensa, tenga tan poco tiempo de existencia, dado que se afirmó que es costumbre de la etnia

⁸¹ Audio de la Audiencia de Procedimiento Simplificado, causa RIT 1091-2011, Juzgado de Letras y Garantía de Collipulli, 11 de enero de 2012.

mapuche que, a falta de otro referente, el juez de garantía es visto como consejero que propone las bases para el acuerdo o solución de un conflicto.”⁸²

La Corte de Apelaciones de Temuco resuelve respecto a este punto, señalando que “*es un hecho público y notorio en esta región, que las personas de la etnia mapuche, históricamente han resuelto sus conflictos, incluso algunos de mayor gravedad que los que motivan esta causa, mediante la negociación, por cuanto es propio de su cultura resolver de esta manera los conflictos, razón por la cual resulta plenamente aplicable el Convenio 169 ya referido por sobre la Ley 20.066.*”⁸³

Nos parece que respecto a este razonamiento de la Corte, puede emerger más de algún comentario ¿Qué tan efectivo es que se trata de un hecho público y notorio? ¿Cómo se determina que se trata de un hecho público y notorio? ¿Por qué no tuvo participación un anciano o familiar más sabio mapuche en este caso? ¿Qué tan legítimo puede ser que el juez de garantía pase a ocupar este lugar? Son estas algunas dudas que surgen respecto al argumento de la Corte para señalar que la costumbre no requiere ser probada, las que trataremos de dilucidar a continuación.

1.1. Sobre la notoriedad o publicidad de la costumbre alegada

En relación a la notoriedad del hecho, la doctrina mayoritaria ha señalado que “*el hecho debe ser alegado, pero eso es suficiente; si es juez lo estima notorio deberá darlo por establecido*”.⁸⁴ Esto se refiere a que el juez debe estar cierto de la notoriedad del hecho no importando su personal conocimiento, es decir, podría conocer personalmente del hecho, pero si no está convencido no podría relevar el hecho de la prueba, puesto que sólo podría hacerlo cuando el hecho sea conocido por la generalidad de las personas de la respectiva comunidad, sin que sea necesario el conocimiento por todos.

Sobre este punto, hemos consultado a Isabel Cañet Caniulen, una mujer mapuche perteneciente a una comunidad en el sector de Huilio, comuna de Freire en la región de la Araucanía. Isabel además forma parte de la organización política autonomista Wallmapuwen, y

⁸² *Escrito del recurso de apelación presentado ante la Corte de Apelaciones de Temuco, por el fiscal señor Luis Chamorro Díaz, en causa RIT N° 1091-2011, interpuesto el 22 de mayo de 2012.*

⁸³ *Sentencia de la Ilma. Corte de Apelaciones de Temuco. Rechaza recurso de Apelación Reforma Procesal Penal N° 388-2012, 4 de junio de 2012. En: <http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/> [visitado el 25/04/2013].*

⁸⁴ PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, *La prueba en materia sustantiva civil*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1993, p. 78.

participó en la redacción del comunicado público al que haremos referencia más adelante. Le preguntamos a Isabel si **¿Es efectivo que ésta es la costumbre en estos casos?** a lo que ella nos respondió:

“Esto es súper variable, los antropólogos hablan del tema de la “aculturación” que se trata de que hay comunidades en las que todas estas prácticas y costumbres se han perdido totalmente, y hay comunidades donde se conservan más. En mi comunidad por lo menos se conserva todavía eso, siempre se les pregunta a esas personas cuando hay un conflicto familiar. Tengo un tío abuelo que es el mayor por la familia paterna, entonces el siempre está ahí presente, se le consulta y él va y conversa con la gente, hace de mediador también y se respeta eso.

Pero hay casos en que esta instancia no es suficiente, incluso hay problemas como sucesiones de tierra por ejemplo, problemas de distinta índole donde el tema de lo familiar, de lo cultural la costumbre misma no es suficiente, y eso también pasa porque muchos jóvenes han migrado y han adquirido otras costumbres enfrentados a la diversidad que existe, y algunos incluso personas mayores no respetan el tema cultural.

Por eso para entender de la familia, del arraigo cultural primero de la familia y del arraigo cultural que exista en la comunidad y en el territorio, porque hay comunidades que están más intervenidas que otras también, entonces es súper relativo, y en este caso en la actualidad ni un abogado ni nadie puede afirmar que esa es la costumbre, que eso es así, porque hay que estudiar caso a caso, habría que hacer un estudio sociocultural de la comunidad completa y de la familia para ver si efectivamente es así y si se respeta o no.”

Lo que nos menciona Isabel, tiene plena concordancia con lo señalado por Sousa Santos, en relación a que la costumbre no es estática en el tiempo, sino que es variable, las culturas no son monolíticas, sino que comprenden una rica variedad interna.⁸⁵

¿Cómo entonces se puede dar por acreditada una costumbre que no es respaldada por algún estudio sociocultural o antropológico, o por el testimonio de un anciano de su propia comunidad? Sobre esto Isabel nos da a entender que se debe determinar la costumbre dependiendo del caso, del contexto familiar y de la comunidad a que pertenezca cada persona involucrada, puesto que el arraigo cultural no tiene la misma potencia en todas las comunidades,

⁸⁵ DE SOUSA SANTOS, Boaventura, *Descolonizar el saber, reinventar el poder*, Ediciones Trilce, Brasil, 2010, p. 85.

y que si bien existe la consulta a los ancianos o personas más sabias, hay materias que exceden este conocimiento a nivel comunitario y que requieren ser conocidas por un tribunal.

A nuestro parecer, es delicado afirmar que se trata de una costumbre efectiva y notoria, puesto que como se señala en el escrito del recurso de apelación, si es un hecho público y notorio que los jueces pasan a asumir el rol de consejero o persona más sabia, entonces esta costumbre tiene tan poco tiempo de existencia que ninguno de los intervinientes además del defensor tenía el conocimiento de aquello.

Consultamos además sobre el mismo tema al señor Rodrigo Cerda San Martín, ministro de la Corte de Apelaciones de Concepción: **¿Usted cree que puede afirmarse que la negociación es un hecho público y notorio, y por ende, la costumbre no requiere ser probada?** A lo que nos respondió:

“De partida, yo no tengo ese conocimiento, yo no podría afirmar como hecho público y notorio eso, me parece que tampoco hay fuentes fidedignas de información a las cuales yo pudiera recurrir y encontrar un testimonio claro de que esa sea una costumbre ancestral, en este caso del pueblo mapuche, a seguir y respetar en este caso.

Cuando hablamos de un hecho público y notorio estamos hablando de algo que todos conocemos o es un conocimiento al que podemos acceder fácilmente a fuentes fidedignas, me parece que este no era el caso. Si una de las partes, un interviniente la afirma, debe probarla y me parece que en este caso no se cumplió, y como no existía realmente un hecho público y notorio, no se podía excusar de la prueba a la parte que alegó en este caso la existencia de esa costumbre.”

Para la Defensoría Penal Pública en los casos de violencia intrafamiliar entre personas de pueblos originarios este tema reviste una gran importancia, ya que el argumento de que en la aprobación del acuerdo reparatorio las partes no se encuentran en igualdad de condiciones es inválido en estas circunstancias, puesto que en los acuerdos o decisiones que se han generado en las comunidades o familias indígenas no se produce la desigualdad entre víctima y agresor.

En este sentido, los acuerdos o decisiones son colectivos, porque el sentido que tienen es recuperar el equilibrio del Ad mapu, y de este modo se requiere la participación de una o más autoridades tradicionales como el lonco, la machi, o algún sabio o antiguo de la comunidad. A juicio de la Defensoría, esta característica de los acuerdos propios de la sociedad mapuche, devuelve la horizontalidad, y la capacidad de las partes en un juicio penal para entregar su

voluntad en una salida alternativa, por lo que no habría vulneración al consentimiento, puesto que se supone que a esa audiencia precedió un acuerdo de tipo institucional y basado en la costumbre indígena.⁸⁶

No podemos dejar de señalar que la Defensoría reconoce en las causas de violencia intrafamiliar entre indígenas, que no es casual que la violencia al interior de la familia afecte principalmente a quienes se encuentran en una posición de subordinación y dependencia; en este caso, la mujer, los niños y niñas.⁸⁷ Pero entonces, si lo que justifica la “igualdad” de condiciones entre indígenas para aprobar el acuerdo, es la participación de las autoridades tradicionales, entonces además merece comentarios, el hecho de que el juez de garantía pase a asumir tal rol.

Considerando con respecto a esta especie de “sustitución” que se hace por parte del juez de garantía, la organización de las comunidades indígenas y su estructura, dirigida por el lonko, asistido por el werkén, y por la machi en los asuntos que a ella corresponden, cabe determinar cómo fue posible que un juez pase a ocupar el lugar de alguna de estas autoridades de la comunidad. Sobre esto también hemos consultado a Isabel, que nos ha señalado que:

“Es que si se rige con respecto a la costumbre, no necesariamente la persona mayor por el hecho de que sea mayor le da el carácter de sabio o que sea la persona idónea para emitir un juicio sobre ese tema, porque en la comunidad hay muchas personas que son mayores y se les respeta, pero hay temas puntuales en que algunos tienen voz y pueden emitir opinión sobre temas puntuales, no todos tienen el conocimiento de todo para poder emitir un juicio así, y menos en el contexto de un juicio, un magistrado.

No estoy de acuerdo con la facultad que se le da al juez, mucho más aún cuando el juez desconoce totalmente la cultura mapuche en este caso. Y para empezar una persona que ni siquiera se le puede saludar en la lengua nuestra... cuando un juez ni siquiera puede responderte un saludo, de ahí podemos partir diciendo qué tipo de pertinencia tiene para definir, o autodefinirse o que un abogado lo defina como sabio o no para emitir un juicio así sobre nuestra cultura.”

⁸⁶ INFORME DE ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA, Comentarios a fallos relevantes en materia de defensa penal de imputados de pueblos originarios, 2012. En: <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataBank/6367.pdf> [visitado el 08/01/2014].

⁸⁷ MODELO DE DEFENSA PENAL PARA IMPUTADOS INDÍGENAS, Defensoría Penal Pública, p. 160. En: <http://www.dpp.cl/resources/upload/bbfff843724ee902561ab8def3ea5cf37.pdf> visitado el [11/12/13].

También respecto a esta “sustitución” que hace el juez consultamos al señor Rodrigo Cerda, quien estima lo siguiente:

“Ahí hace el juez una especie de analogía, que me parece artificial, ni con mucho puede un juez, a no ser que pertenezca a la etnia específica, ya que pudiera darse un caso en que pudiera entenderse que es una persona que reviste las características de un miembro del grupo que pueda servir de refrendador del Convenio, pero en este caso no me queda claro, por último tendrían que haber fundamentado por qué en este caso el juez sí sirve para eso, pero decir que todo juez puede servir como alguien autorizado para refrendar en este caso los acuerdos de la comunidad mapuche, me parece que no es sostenible argumentalmente.

Puede que la costumbre me diga que el acuerdo necesita ser refrendado por alguien, pero de ahí a yo concluir que eso me excluye la posibilidad de eliminar la desigualdad, que es algo que el juez de garantía tiene que chequear, más allá de lo que se afirme desde las costumbres, es algo que él debe verificar.

Entonces en este contexto, que es un contexto de violencia intrafamiliar claro, donde el juez tiene que percatarse si la mujer se encuentra en condiciones de igualdad respecto del varón que la agrede. Si no constata con datos objetivos esto, difícilmente es sostenible que la sola suscripción de este eventual acuerdo ante este eventual miembro que ratifica que es el juez, se elimina la desigualdad, yo creo que no.”

1.2. Sobre la prueba de la costumbre invocada en el juicio

En relación al tema de la prueba de la costumbre, para la fiscalía es menester que las conductas constitutivas de la costumbre que se invoca sean acreditadas, para lo cual deberán probarse por cualquier medio capaz de producir convicción, pareciendo especialmente pertinentes los peritajes antropológicos y culturales elaborados por expertos en el tema indígena. Lo anterior encuentra su fundamento jurídico en el artículo 36 del Código Procesal Penal que exige que toda resolución sea fundada, tanto en los motivos de hecho como en el derecho en que se funde la decisión.⁸⁸

⁸⁸ SAN MARTÍN PONCE, María Angélica. “Convenio 169 de la OIT y su aplicación en delitos de violencia intrafamiliar”, *Revista Jurídica del Ministerio Público* N° 52, p.170.

Pero en estos casos de violencia intrafamiliar, el artículo de la revista jurídica del Ministerio Público a que hemos hecho referencia en el párrafo anterior, señala que es posible poner en duda la efectividad de que exista la costumbre de arribar a acuerdos reparatorios en estos temas, puesto que puede controvertirse que la violencia contra la mujer forme parte de la particular cosmovisión de la etnia mapuche siendo más bien, una manifestación asociada a factores exógenos a las particularidades de la cultura mapuche. La fiscalía en este sentido, busca desvirtuar la costumbre señalando que la violencia no forma parte de su cosmovisión.

En concordancia con lo anterior, se han realizado estudios en los que se ha resuelto que la explicación que dan las mujeres a la violencia no se atribuye a un factor propio de la cosmovisión mapuche, donde la violencia sea concebida como consecuencia de un castigo o producto de una trasgresión hecha por algún integrante del grupo familiar a las normas y códigos presentes en el Ad mapu que pudieran romper con el equilibrio cósmico, sino que más bien se atribuyen a factores externos de la pareja como son los cahuines, el alcoholismo y pautas intergeneracionales de violencia, que se han internalizado a través de las historias de vida.⁸⁹

En relación a la participación de alguna autoridad en la negociación, la fiscalía estima que ante la ausencia de la autoridad mapuche, la figura de la sustitución que puede hacer el juez, es de reciente data en el ordenamiento jurídico, por lo que se puede sospechar que es bastante exógena a la vida de las comunidades mapuches.

Cabe entonces señalar en correspondencia con lo anterior, que las instituciones indígenas para ser consideradas eficaces necesitan primero ser estables, esto se refiere a que las normas de conducta y el proceso de asignar autoridad a alguien no pueden cambiar con frecuencia ni de manera arbitraria o fácil.

Segundo, las instituciones deben dar forma a una burocracia que sea capaz de cumplir tareas específicas de manera oportuna y confiable, se requiere que la institución además sea capaz de convertir una decisión en actos concretos.

Tercero, debe de existir una separación entre los asuntos políticos y las demás actividades que realiza el pueblo, por ejemplo, en la resolución de conflictos, en la administración de servicios o en el manejo de un negocio.⁹⁰

⁸⁹ BREVIS OLATE, Yaniseth Marisela, *Tesis para optar al grado de Licenciado en Desarrollo Social y Familiar y al título de Asistente Social, Universidad Católica de Temuco*, p.84.

⁹⁰ CORNELL, Stephen. KALT Joseph. "Two Approaches to Economic Development on American Indian

Asimismo, como lo señala Laura Seelau, un componente para la efectividad de la institución es su legitimidad, siendo necesario que la institución tenga concordancia cultural con la comunidad en que se encuentra, y en la búsqueda de concordancia cultural no se puede simplemente “retrasar el reloj”, puesto que en muchos casos, las tradiciones y costumbres ancestrales se han perdido. En otros casos, no es práctico ni ideal regresar a tradiciones ancestrales. La cultura no es estática, sino dinámica, siempre cambiando y adaptándose a nuevas situaciones y desafíos.⁹¹

Podemos entonces, a modo de síntesis considerar que la crítica que se puede hacer a lo ocurrido en el caso de Carolina respecto a la costumbre invocada, tiene dos ejes. El primero es la falta de fundamento en la calificación de la negociación como un hecho público y notorio, y por otro lado, el tema de la necesidad de la intervención de la autoridad indígena legítima y efectiva que aparentemente reestablece la horizontalidad de la negociación, puesto que es bastante cuestionable el hecho de que el juez pase a sustituir a un anciano o persona más sabia de una comunidad indígena.

A nuestro juicio, el modo de proceder que de mejor manera resguardaba los derechos de Carolina, era solicitar la intervención de una autoridad indígena efectiva, pero considerando que aún siendo la costumbre ratificada por esa autoridad o anciano y siendo el acuerdo refrendado por él, sigue estando presente el siguiente obstáculo para la aplicación del artículo 9 del Convenio, que son las propias limitaciones que dicho precepto contiene.

Reservations: One Works, the Other Doesn't, p. 15 (JOPNA No. 2005-02. Harvard Project on American Indian Economic Development and the Native Nations Institute for Leadership, Management and Policy 2006).

⁹¹ SEELAU, Laura, SEELAU, Ryan, “Tomando en serio la libre determinación indígena en Chile”, *The Project for Indigenous Self-Determination*, 2010, p. 31 y 32. En: <http://www.libredeterminacion.org/investigacion/ProjectISD-Chile01ESP.pdf> [visitado el 10/12/2013].

2. CONSIDERACIÓN A LAS LIMITACIONES DEL ARTÍCULO 9° EN EL CASO DE CAROLINA

Como hemos podido constatar, el artículo 9° del Convenio no es una norma de aplicación absoluta para todos los casos y en cualquier circunstancia, sino que consagra expresamente que *“en la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.”*

Tenemos entonces como límite al respeto que debe tenerse a los métodos tradicionales de represión de delitos, al sistema jurídico nacional y los derechos humanos internacionalmente reconocidos, pero ¿qué debe entenderse por uno u otro? Hemos verificado en nuestra investigación, que existen varias posturas en relación a lo que debe entenderse comprendido dentro de las limitaciones del artículo 9°.

En relación a estos límites, el defensor penal mapuche en la audiencia de procedimiento simplificado solicita que se acceda a su petición argumentando que, *“la única exigencia que hace el Convenio es que no sea contrario a los derechos humanos reconocidos internacionalmente o por la legislación nacional, y en este caso no habría ninguna lesión de derechos humanos”*⁹².

Le consultamos sobre esto también al magistrado Rodrigo Cerda, puesto que nos pareció bastante interesante este argumento del defensor. El magistrado nos señaló que:

“Sí es una violación de derechos fundamentales, desde la perspectiva de los derechos de la mujer, en un contexto de dominación del varón respecto de la mujer, desde esa perspectiva hay varios instrumentos internacionales que perfectamente se pueden aducir a favor de la posición contraria, o sea que hay derechos fundamentales que están involucrados, que existen precisamente en este contexto o posición de dominación del varón machista respecto de la mujer y no respetar como otro válido a su pareja.

Ahí hay derechos fundamentales claramente involucrados y existe toda una batería de documentos internacionales, algunos tratados y otros que son instrumentos no vinculantes, que son soft law o derecho más consuetudinario o que sirven para la interpretación que uno puede

⁹² Audio de la Audiencia de Procedimiento Simplificado, causa RIT 1091-2011, Juzgado de Letras y Garantía de Collipulli, 11 de enero de 2012.

invocar en contra de lo que está afirmando ahí el defensor. Pero una cosa es afirmarlo, y otra cosa es que el juez de garantía lo asuma o lo acepte como argumento, me parece que no era el caso.”

Ahora bien, estimamos que es acertada la opinión del magistrado, en el sentido de que se trata de un problema de derechos humanos que extrañamente fue desconocido en el juicio, cosa importante porque este desconocimiento permitió que se “superara” el segundo obstáculo en la aplicación del Convenio, aprobándose el examen de compatibilidad que debe hacerse para la aplicación de este instrumento internacional.

Lo anterior a nuestro juicio, implica desatender las obligaciones contraídas por los Estados cuando ratifican los tratados internacionales de derechos humanos, como en este caso es la Convención Interamericana de Derechos Humanos, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, y la Convención de Belém do Pará.

Desde el punto de vista del sistema jurídico nacional, la primera limitación a la aplicación del artículo 9° del Convenio es la propia Ley N° 20.066 que prohíbe en su artículo 19 la aprobación de acuerdos reparatorios en materias de violencia intrafamiliar. Como hemos señalado anteriormente, dicha ley que tiene como trasfondo normativo o motivación los tratados internacionales que se refieren a la protección de los derechos humanos que protegen a cada integrante de la familia cuando es víctima de violencia dentro del núcleo al que pertenece, vulnerándose una serie de derechos de la mujer en este caso, su integridad física y síquica y la igualdad ante la ley.

Esta misma postura sostiene la Fiscalía, que se ha referido a este tema señalando que ambas limitaciones contenidas en el artículo 9° del Convenio son transgredidas en el caso de aprobarse un acuerdo reparatorio en delitos de violencia intrafamiliar, y que de la sola lectura del artículo aparece que los métodos o costumbres se encuentran limitados porque se reconoce la posibilidad de colisión con disposiciones internas o con normas contenidas en otros tratados de derechos humanos. En tal caso, dichos métodos o costumbres aun existiendo no podrían aplicarse.⁹³

⁹³ SAN MARTÍN PONCE, María Angélica. “Convenio 169 de la OIT y su aplicación en delitos de violencia intrafamiliar”, *Revista Jurídica del Ministerio Público* N° 52, p.173.

En relación a lo anterior, el voto disidente del fallo del recurso de apelación presentado en el caso de Carolina, redactado por el ministro señor Alejandro Vera Quilodrán, se refiere a las limitaciones del artículo 9° del Convenio, señalando que *“se establece un límite para la represión de los delitos cometidos por sus miembros y ese límite es el ordenamiento jurídico nacional en el caso de autos el artículo 19 de la ley 20.066, sumado al respeto de la integridad física de toda persona y la no discriminación que se consagra en el artículo 19 N° 1 y 3 de la Constitución Política de la República de Chile y los derechos internacionalmente reconocidos (no habla de tratados sobre derechos humanos ratificados y vigentes en el país, los que deben entenderse incorporados en el primer grupo, ordenamiento jurídico nacional) entre ellos la Convención Interamericana para Prevenir Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, en la que se afirma que la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales y limita total o parcialmente a la mujeres reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades, porque la violencia contra la mujer es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder, históricamente desiguales entre hombres y mujeres”*.⁹⁴

Por su parte, para la Defensoría Penal Pública el hecho de que el límite esté constituido por derechos humanos reviste cierto grado de vaguedad, lo que podría dificultar la correcta aplicación por parte de los tribunales.

En este sentido, el criterio de la Defensoría es distinguir que no cualquier derecho fundamental constituye limitación a la costumbre indígena, sino que únicamente los derechos fundamentales reconocidos al mismo tiempo como derechos humanos en el plano internacional. De estos derechos doblemente reconocidos puede hacerse una restricción interpretativa bajo el *principio de maximización de la autonomía indígena* y el núcleo histórico a que ha aludido la tradición occidental de derechos fundamentales. Los derechos recogidos bajo esta interpretación significan reconocer cómo límite a la costumbre indígena tres ejes fundamentales: la dignidad humana, la libertad, y la igualdad.⁹⁵

De esta forma, siguiendo con la argumentación de la Defensoría respecto a los límites contenidos en el artículo 9°, se ha hecho referencia al test de compatibilidad que se debe realizar

⁹⁴ Sentencia de la Ilma. Corte de Apelaciones de Temuco. Rechaza recurso de Apelación Reforma Procesal Penal N° 388-2012, 4 de junio de 2012. En: <http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/> [visitado el 25/04/2013].

⁹⁵ MODELO DE DEFENSA PENAL PARA IMPUTADOS INDÍGENAS, Defensoría Penal Pública, p.90. En: <http://www.dpp.cl/resources/upload/bbff843724ee902561ab8def3ea5cf37.pdf> [visitado el 11/12/2013].

previamente a la aplicación de dicho artículo, señalando que se trata de un estricto test que se explica porque cuando se emplean medidas para la represión de los delitos, estas representan la afectación más importante de los derechos fundamentales de los individuos y para lo que el Estado está legitimado a infligir.

Señalan además que existen dos maneras de entender las limitaciones a que nos referimos, primero una visión amplia en virtud de la cual sólo aquellas sanciones que afecten más severamente los derechos fundamentales más relevantes no son permisibles de acuerdo al Convenio, frente a una interpretación restrictiva que sostiene que puede afirmarse la incompatibilidad en cualquier tipo de disposición legal, como podría ser por ejemplo el artículo 19 de la Ley de Violencia Intrafamiliar.⁹⁶

A modo de resumen, estimamos que la interpretación mas adecuada al parecer, para proteger los derechos fundamentales de Carolina, es aquella que sostiene la fiscalía, entendiendo que existe incompatibilidad por ser contraria la costumbre a la Ley N° 20.066, a la Convención de Belém do Pará y a la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer. Instrumentos jurídicos que por lo demás, son el fundamento de la existencia de la prohibición de arribar a acuerdos reparatorios a los que nos referiremos más adelante.

2.1. Consideraciones del Comité de Expertos en la aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) respecto a los artículos 8 a 10 del Convenio N° 169

Este Comité, es el órgano de la OIT encargado de examinar las memorias de los gobiernos sobre los convenios ratificados. Actualmente, está compuesta por 20 juristas nombrados por el Consejo de Administración por períodos de tres años. Los expertos proceden de diferentes regiones geográficas y de diferentes sistemas jurídicos y culturas, y su cometido es la realización de una evaluación técnica imparcial del estado de la aplicación de las normas internacionales del

⁹⁶ *INFORME DE ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA, Comentarios a fallos relevantes en materia de defensa penal de imputados de pueblos originarios, N° 1, 2012.*
En: <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataBank/6367.pdf> [visitado el 08/01/2014].

trabajo.⁹⁷ En este contexto, al Comité le corresponde emitir sus observaciones a los Estados respecto a la aplicación de los diversos convenios de la OIT.

Es así como el año 2009 este órgano emite sus observaciones individuales al Estado de Ecuador respecto a la aplicación del Convenio N° 169 de la OIT.⁹⁸ En ellas el Comité hace referencia en específico al modo en que deben ser aplicado e interpretados los artículos 8 al 10 de dicho Convenio, que se refieren a la justicia indígena y a la consideración que debe hacerse de las costumbres de los pueblos indígenas en la resolución de los conflictos judiciales.

El Comité toma nota de que en virtud del contenido del artículo 191 de la Constitución de Ecuador, las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de administración de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, *siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes, y que la ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional.*

Como podemos apreciar, las limitaciones del artículo 191 de la Constitución de dicho país son idénticas a las establecidas en el artículo 9° del Convenio N° 169, pero la diferencia radica en que en Ecuador existe reconocimiento constitucional de los pueblos originarios, a diferencia de lo que ocurre en nuestro país, donde la Constitución no hace alusión a los pueblos indígenas en ninguno de sus preceptos de manera expresa. El Comité solicita ser informado acerca de los logros alcanzados en la puesta en práctica de este artículo constitucional indicando además la manera en que se determinan las autoridades de los pueblos indígenas que ejercerán estas funciones.

La Comisión toma nota de que según el artículo 7° inc. 2° del Código de menores, en lo referente a litigios que tengan que ver con menores pertenecientes a minorías étnicas o comunidades indígenas se observarán sus usos, costumbres y tradiciones y se consultará con las autoridades tradicionales de la comunidad a la que pertenece el menor, la Comisión solicita al Gobierno que proporcione ejemplos de casos en que se haya aplicado este artículo.

⁹⁷ Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, creado por la OIT en el año 1926. En: <http://www.ilo.org/global/standards/applying-and-promoting-international-labour-standards/committee-of-experts-on-the-application-of-conventions-and-recommendations/lang-es/index.htm> [visitado el 07/01/2014].

⁹⁸ INFORME DE LA COMISIÓN DE EXPERTOS EN LA APLICACIÓN DE CONVENIOS Y RECOMENDACIONES, Observaciones individuales a Ecuador respecto a la aplicación del Convenio N° 169, 2009. En: <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/oitinformes/informes169/638-ceacr-ecuador-c169.html#2009> [visitado el 07/01/2014].

Además, notando que la ley penal es la misma para todos, así como los recursos para hacer efectivos sus derechos, la Comisión espera que el gobierno tome iniciativas para que las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales tengan en cuenta las costumbres de los pueblos interesados según lo estipula el artículo 9, párrafo 2° del Convenio.

Del mismo modo, en año 2009 el Comité emite sus observaciones individuales al Estado de Colombia respecto a la aplicación del Convenio N° 169.⁹⁹ En este informe la Comisión toma nota de que dentro del ámbito territorial de los pueblos indígenas, y dentro de los resguardos, puedan existir consejos indígenas con plenas facultades judiciales, ejercidas de conformidad con sus normas y prácticas tradicionales en la medida en que no sean contrarias a la Constitución ni a las leyes de la República.

También toma nota, que con respecto a una persona perteneciente a una comunidad indígena que comete un acto punible que no se considera delito grave en su comunidad, la rehabilitación de dicha persona puede tener lugar en su ambiente natural según dispone el artículo 22 del Código Penal. La Comisión solicita al gobierno se sirva comunicar informaciones sobre la aplicación práctica de esta disposición.

Es preciso destacar que el Comité no ha realizado ninguna observación en este sentido a nuestro país, lo que al parecer se debe a que en Chile el desarrollo de la justicia indígena no tendría la misma fuerza que en otros países de Latinoamérica, sumado ello a la ausencia de reconocimiento constitucional que afecta a los pueblos originarios de nuestro país.

Como pudimos apreciar, respecto a las limitaciones para considerar las costumbres y el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas se reitera lo señalado en el artículo 9° del Convenio, con la gran diferencia de que en Colombia y Ecuador existiría reconocimiento constitucional de la justicia indígena.

Lo que nos llama la atención, es que el Comité solicita que se le informe respecto a la manera en que se determinan las autoridades indígenas que realizarán actividades de administración de justicia, lo que al parecer requiere cierto nivel de complejidad en la elección de de dichas autoridades.

⁹⁹ *INFORME DE LA COMISIÓN DE EXPERTOS EN LA APLICACIÓN DE CONVENIOS Y RECOMENDACIONES, Observaciones individuales a Colombia respecto a la aplicación del Convenio N° 169, 2009. En: <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/oitinformes/informes169/637-ceacr-colombia-c169.html> [visitado el 07/01/2014].*

3. SOBRE LOS ACUERDOS REPARATORIOS: LA RELACIÓN DE IGUALDAD EN LA NEGOCIACIÓN EN EL CASO CONCRETO

Como hemos señalado en el capítulo anterior, este tipo de acuerdos se concretan entre el imputado y la víctima, y su finalidad es obtener la reparación por parte del imputado de algún modo satisfactorio para la víctima, generándose la extinción de la acción penal, y procede de conformidad al artículo 241 del Código Procesal Penal, respecto de los delitos que en dicho precepto se indican.

Del mismo modo, hicimos referencia a el fundamento de la prohibición, que se encuentra en la normativa tanto nacional como internacional de protección de los derechos de la mujer en este caso, y en la desigualdad que existe entre las partes para prestar su consentimiento, estimándose que esa voluntad está viciada por la subordinación existente entre la víctima respecto del agresor.

Ahora bien, ¿cómo fue esto considerado en el caso de Carolina? En la audiencia de procedimiento simplificado, el juez luego de escuchar cuál era la costumbre en estos casos, pregunta al defensor si en este caso *“se encontrarían en un plano de igualdad la víctima con el requerido para efectos de que el consentimiento pudiere ser válido”*, a lo que el defensor contesta que *“ella (Carolina) ya no desea el alejamiento del representado del hogar común, o sea, no hay problema de que continúe la convivencia, y desde ese punto de vista ella no tuvo ningún temor a convivir con él y tampoco hay forzamiento de su voluntad, desde ese punto de vista yo solicitaría que también se le escuchara a ella”*.¹⁰⁰

Con posterioridad, el juez se dirige a Carolina preguntándole si a ella le parece apropiado el acuerdo reparatorio y si su voluntad es libre y no ha sido forzada, a lo que Carolina responde: *“bueno, yo estoy de acuerdo con eso, mi consentimiento es libre y es mi decisión”*. Luego el juez continúa reiterando las mismas preguntas en orden a descifrar si la voluntad de Carolina ha sido viciada, puesto que ella cambió de opinión debido a que Jorge su conviviente le prometió que iba a dejar el trago.

Sobre este punto, la Defensoría ha desarrollado ampliamente el tema del consentimiento de la mujer, erigiendo su postura en base a la libertad que ella debe tener para decidir,

¹⁰⁰ Audio de la Audiencia de Procedimiento Simplificado, causa RIT 1091-2011, Juzgado de Letras y Garantía de Collipulli, 11 de enero de 2012.

amparándose en las mismas convenciones internacionales de protección de los derechos de la mujer en que se sostiene la postura contraria.

En lo referente, la Defensoría ha señalado que debe admitirse a la mujer algún espacio para la manifestación de su consentimiento válido, porque considerarla como un ser digno equivale a considerarla como un sujeto con autonomía para tomar decisiones. Se debe aceptar que ella es capaz y debe evitarse considerarla como un menor de edad, previniendo un conflicto con el artículo 4° de la Convención de Belem do Pará, que preceptúa que *“toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros: c) el derecho a la libertad y seguridad personales; e) el derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona”*.

En base a esto, la Defensoría concluye que la legislación nacional en conformidad a la Convención debe reconocer siempre un ámbito de libertad propio, donde el Estado no puede interferir negando siempre la manifestación de voluntad válida. No obstante se advierte que, esta interpretación admite en ciertos casos que el consentimiento puede estar viciado y que por tanto se puede no estar otorgado válidamente, sobre todo cuando la mujer se encuentra afectada por el “síndrome de la mujer agredida”.¹⁰¹

Sobre el argumento anteriormente expuesto, estimamos que la interpretación debe realizarse de manera sistemática guardando la armonía con el resto de las disposiciones de la Convención de Belem do Pará, como el artículo 3° que señala que *“la mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado”*, y el artículo 4° en cuanto al *“derecho a que se respete su vida; el derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral; el derecho a la libertad y a la seguridad personales; el derecho a no ser sometida a torturas; y el derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia”*.

En relación a la igualdad a la ley, consideramos que en la manera de proceder en el caso de Carolina se vulnera este derecho especialmente, puesto que si consideramos en las mismas circunstancias a una mujer chilena que no pertenezca a un pueblo originario, no podría aplicarse

¹⁰¹ INFORME DE ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA, Comentarios a fallos relevantes en materia de defensa penal de imputados de pueblos originarios, 2012. En: <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataBank/6367.pdf> [visitado el 08/01/2014].

el Convenio N° 169 y por tanto, no habría justificación válida para aprobar un acuerdo reparatorio fundado en costumbres no acreditadas. Estimamos la situación de Carolina fue doblemente vulneratoria a sus derechos, puesto que por un lado, ella se encuentra en una situación de mujer agredida por el varón, y además porque no se le da un trato igualitario en relación a la protección de los derechos de mujeres no indígenas.

Por su parte, la Corte Suprema se ha referido al tema de los acuerdos y conciliaciones en materia de violencia intrafamiliar entre personas indígenas, rechazando el recurso de queja interpuesto contra los ministros de la Corte de Apelaciones de Temuco.

No obstante lo anterior, nos parece meritorio lo que señala su voto disidente respecto a los siguiente: *“la Ley N° 20.066 en su artículo 19, prohíbe de modo expreso los acuerdos reparatorios y ello tiene su razón, precisamente en la inexistencia de igualdad entre quienes llegan a un proceso penal como víctimas de lesiones y victimarios a consecuencia de violencia intrafamiliar, estando demostrado que las conciliaciones o avenimientos de ningún tipo han servido a lo largo del tiempo para reparar este grave problema social.*

Siendo una norma prohibitiva, simplemente no se pueden celebrar acuerdos de ningún tipo, en forma ni bajo condición alguna.

Por su parte, el artículo 9° del Convenio 169 de la OIT, dispone que deberán respetarse los métodos tradicionales de los pueblos indígenas “En la medida que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional...” lo que evidentemente no ocurre en la especie, porque el sistema jurídico nacional, en este tipo de conflictos –exclusivamente- prohíbe la reparación entre las partes.

Siendo una disposición muy clara, independientemente de su jerarquía legal, no precisa interpretación alguna. Excluye el método indígena si es incompatible con el sistema jurídico nacional. No habiendo nada que interpretar, simplemente no debía aplicarse.”¹⁰²

Volviendo a nuestro caso, pasaremos a continuación a hacer una breve exposición de lo fallado en el recurso de apelación interpuesto por la fiscalía que es rechazado por la Corte de Apelaciones de Temuco, basándose en una serie de argumentos que señalaremos en el punto siguiente. Además nos referiremos a la posible falta de conocimiento de los jueces en temas

¹⁰² *Sentencia de la Excm. Corte Suprema de Justicia, fallo que rechaza de recurso de Queja rol N° 10635.2011 puesto que no se advierte que se haya incurrido en la falta o abuso reclamada, Santiago, 4 de enero de 2012. En: <http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do> [visitado el 11/12/2013].*

indígenas y al comunicado emitido por el partido Wallmapuwen, documento en el que se presupone la posible mala fe en la aplicación del Convenio por parte de los jueces.

4. LOS FUNDAMENTOS DEL RECHAZO DEL RECURSO DE APELACIÓN, Y EL COMUNICADO DE WALLMAPUWEN ¿DESCONOCIMIENTO DE LOS JUECES EN TEMAS INDÍGENAS O MALA FE EN LA APLICACIÓN DEL CONVENIO?

Decidimos desarrollar ambos temas bajo el mismo título, pues se relacionan. Por una parte, la agrupación Wallmapuwen sostiene que las decisiones de los jueces en todos los casos en que se aprobaron acuerdos reparatorios por aplicación del Convenio N° 169, pueden tener su razón de ser en que los jueces no se encuentran a la altura de administrar justicia para una sociedad plurinacional, o derechamente se trata de una aplicación del Convenio de mala fe, para desprestigiar este instrumento internacional. Por otro lado, el fallo del recurso de apelación, confirma lo decidido en primera instancia y refleja el proceder y el razonamiento que han tenido los jueces, razonamiento que precisamente es criticado en el comunicado público de Wallmapuwen.

4.1. Los fundamentos de la Corte en el fallo del recurso de apelación del caso de Carolina

Con anterioridad hemos hecho referencia a algunos de los fundamentos de la Corte para confirmar el acuerdo reparatorio en el caso de Carolina, ahora corresponde revisar de manera ordenada y breve cada fundamento de derecho del escrito del recurso presentado por el fiscal señor Luis Chamorro Díaz, para luego señalar qué consideró la Corte respecto de cada punto.

Así las cosas, nos referiremos primero a la incorrecta aplicación del Convenio N° 169 que se alega por parte del fiscal, señalando en el escrito que: *“1° Us. Ha aplicado las normas del Convenio 169 de la OIT aún en contra de su propio tenor literal. Las normas de los artículos 9° y 10° del citado cuerpo de derecho internacional no son absolutas, se aplica siempre que nada contengan en contrario con el derecho nacional. En este caso la supuesta costumbre indígena contraría el artículo 19 de la ley N° 20.066.*

2° En este mismo orden de ideas, no puede aplicarse una norma como las citadas del Convenio de manera tal que el Estado de Chile deje de cumplir sus obligaciones internacionales

debidamente contraídas para prevenir y erradicar toda forma de discriminación, sin distinción de ninguna especie, incluidas aquellas basadas en la raza o la etnia, como ocurre con la Convención de Belem do Pará.”

Sobre esto, la Corte señala que *“en consecuencia, la controversia en autos consiste en determinar si pueden los intervinientes arribar a acuerdos reparatorios, pese a que se encuentra prohibido por el artículo 19 de la ley N° 20.066 y ello por aplicación del Convenio N° 169, norma de rango superior y que obliga a respetar los métodos de resolución de conflictos con los pueblos originarios”*.

Como podemos observar, la Corte decide en conformidad a la jerarquía superior del Convenio, tema sobre el cual volveremos ampliamente en la sección siguiente de este capítulo, donde propondremos cuál es el método de solución del conflicto que de mejor manera protege y resguarda los derechos de Carolina.

Siguiendo el orden, lo posterior es el argumento referido a la costumbre que nunca fue acreditada, y como ya lo hemos desarrollado, fue considerada la negociación como un hecho público y notorio, por lo que la necesidad de prueba no existe en este caso, siendo plenamente aplicable el Convenio N° 169 por sobre la Ley de Violencia Intrafamiliar.

Corresponde entonces, referirse a lo señalado por la Corte respecto a la protección de la familia y la integración de los pueblos. Sobre esto, la Corte considera que *“actuar de otra manera, impidiendo el término del conflicto de la forma que se ha producido, implicaría desintegrar una familia que ha podido recomponerse mediante una solución que les parece justa, lo que estaría en contradicción con el Convenio ya referido que obliga a fortalecer la integración de los pueblos, más aun cuando de esta manera se contribuye a cumplir con el interés superior de fortalecer a la familia de acuerdo a lo que establece la Constitución Política de la República”*.

Podemos ver, en el citado considerando la buena intención de la Corte, en relación a la protección de la unidad de la comunidad y su fortalecimiento, así como también el de la familia de Carolina, pero no tenemos claridad respecto a si efectivamente una decisión así, pueda fortalecer de manera cierta a una familia, ya que nadie nos asegura que la mujer que sea víctima de violencia intrafamiliar, no volverá a ser agredida solamente porque su agresor le pidió

disculpas y se comprometió a no reiterar los maltratos, pareciera ser a simple vista que no se puede asegurar en un cien por ciento tal resultado.

Pero al parecer, es posible de igual forma que en algunos casos no se reiteren las agresiones y que la familia se una y continúe todo bien, pero creemos que no ocurre así en la generalidad de los casos, las conductas se siguen reiterando, y como hemos podido constatar en la estadística presentada en el capítulo I, las mujeres han sido víctimas de violencia en reiteradas oportunidades a lo largo de sus vidas.

Sobre el punto anterior, le consultamos a Isabel Cañet qué opinaba respecto a este fundamento de la Corte, y ella nos respondió lo siguiente: *“para empezar ningún hecho de violencia en el contexto que sea, mucho más aún si es violencia contra las mujeres, que es una cuestión que se trata de erradicar desde hace bastante tiempo, en ningún tipo de violencia puede haber reparación, y sin bien la ley de violencia intrafamiliar no es perfecta, tiene esa particularidad de que no reconoce un acuerdo reparatorio, porque la violencia no se puede reparar, y en ese sentido también donde nosotros hacemos harto hincapié es respecto a **la mala utilización del Convenio 169, no es en absoluto una medida de integración ni de buenas intenciones ni nada que tenga que ver con eso...** la verdad que en perjuicio de los derechos colectivos se trata de mal utilizar este convenio para que pierda esa importancia por la cual fue exigido, por eso para mí por lo menos hay una doble intencionalidad.*

Ahora en términos de casos de violencia propiamente tal, es injustificable con el derecho consuetudinario, el derecho propio de una cultura, en ninguna cultura está asumido como propio el agredir a la mujer, que hubiere ocurrido, que existiere que flagelo de la violencia interna, como ocurre en todas las sociedades, porque no es un caso que nos afecte solamente a nosotros, ocurre en todas las sociedades, es casi como una conducta natural humana, y eso hay que erradicarlo, y en el caso nuestro, la verdad es que nos perjudica enormemente que se utilicen ese tipo de instrumentos para defender esta conducta”.

Lo que nos señala Isabel, respecto de la posible mala fe en la utilización de Convenio lo desarrollaremos en el punto siguiente. La verdad es que nos llama profundamente la atención la respuesta de Isabel, puesto que no considera desde ningún punto de vista que se trate de una declaración de buenas intenciones por parte de los magistrados. Otro de los puntos que nos llama la atención, en relación a la posible mala fe aducida por Wallmapuwen en su comunicado de

marzo del año 2013, es la posible falta de preparación de los jueces para administrar justicia en una sociedad pluricultural, por lo que en el título siguiente haremos un análisis de tal comunicado, y de las respuestas que nos dio Isabel cuando le consultamos sobre dicho documento.

4.2. Comunicado de Wallmapuwen ¿mala fe en la aplicación del Convenio o falta de preparación de los jueces en temas de justicia indígena?¹⁰³

Son esas las dos interrogantes que de acuerdo al comunicado emitido por Wallmapuwen cabría hacerse frente a los casos de violencia a mujeres indígenas en que fueron aprobados acuerdos reparatorios fundados en el artículo 9° del Convenio N° 169.

El comunicado señala lo siguiente:

“DECLARACION PÚBLICA

Mediante el presente comunicado el Partido Wallmapuwen se dirige ante la opinión pública para declarar lo siguiente:

*1. Frente a la información revelada por SERNAM el día 11 de marzo a través del Diario Austral de Temuco, respecto a más de doce casos de violencia intrafamiliar contra mujeres mapuche en los que se ha recurrido a dos artículos del Convenio 169 de la OIT para exculpar a sus agresores, manifestamos públicamente nuestro **rotundo rechazo a dichos fallos judiciales** y exhortamos a los tribunales a que ellos no vuelvan a repetirse.*

*2. Consideramos que **no existe justificación que impida condenar la violencia intrafamiliar hacia la mujer mapuche** y en tal sentido rechazamos el argumento de los defensores y los tribunales de aludir a la “costumbre ancestral” como derecho consuetudinario, enmarcado en el Convenio 169, bastando con las disculpas del agresor para solucionar estos casos, pues tales fallos son vergonzosos y antiéticos y atentan contra los derechos que la mujer mapuche ha adquirido, además, en tratados específicos como la Convención sobre la Eliminación de Todas*

¹⁰³ *DECLARACIÓN PÚBLICA, Partido autonomista Wallmapuwen rechaza la practica de Tribunales respecto a la aprobación de acuerdos reparatorios en VIF por aplicación del Convenio N° 169 de la OIT, Temuco, 18 de marzo de 2013. En: <http://www.mapuexpress.net/content/news/print.php?id=10024> [visitado el 15/12/2013].*

las Formas de Discriminación contra la Mujer. Cabría entonces hacerse un par de preguntas ¿existe mala fe en los magistrados? o ¿no están a la altura de administrar justicia para una sociedad plurinacional?

3. *Hacemos un llamado a la sociedad mapuche a pronunciarse frente a estos hechos y **condenar la “naturalización de la violencia”** hacia la mujer mapuche que quieren dar los tribunales en Chile.*

*A exigir que para estos casos **no existan salidas “alternativas”** y que **prime en estos la ley sobre violencia intrafamiliar, y los instrumentos internacionales de derechos sobre la mujer,** evitando la utilización de “mala fe” de instrumentos como el Convenio 169 de la OIT.*

2. *Por tal razón, denunciamos también **la intencionalidad política de mal utilizar un instrumento jurídico** tan relevante para el pueblo mapuche como es el Convenio 169 de la OIT, cuya ratificación en Chile es fruto de las legítimas demandas políticas del pueblo mapuche, y donde visibilizamos una campaña de desprestigio y claras intenciones de disminuir su importancia y estatus dentro de la normativa legal vigente en perjuicio de nuestros derechos colectivos.*

4. *Finalmente emplazamos al estado de Chile a impulsar políticas claras en términos de **promover el ejercicio de los derechos y el respeto a las mujeres mapuche** y no favorecer la denigración de ellas malinterpretando el derecho internacional, situación que es deplorable desde cualquier punto de vista.”*

Entendemos que el comunicado es bastante claro, en el sentido de que las decisiones judiciales no fueron consideradas como adecuadas para esta organización política mapuche, pero quisimos que Isabel, que participó en la redacción de dicho documento, nos ilustrara profundizando respecto a los temas más polémicos de la declaración.

Con respecto a la pregunta *¿no están a la altura (los jueces) de administrar justicia para una sociedad plurinacional?* Consultamos a Isabel, si **estima conveniente que sería una solución establecer o crear judicaturas especializadas en temas de pueblos originarios, o esto favorecería el proceso de asimilación, contrario a la autonomía aclamada por el pueblo mapuche.**

A dicha pregunta, Isabel nos respondió: *“yo creo que no, y esto tiene mucho que ver con el sistema que tienen las mismas organizaciones, en el caso de Wallmapuwen impera un sistema de comunidad autonómica, en que el territorio, el Wallmapu del Biobío al sur se reconozca como territorio histórico mapuche, donde haya una co-administración del poder político y estatal, no hablamos de una separación del Estado, sino que tener más incidencia en nuestro territorio en términos políticos, en términos de políticas públicas que se destinan acá y de decisión...”*

Lo que nosotros pedimos es que sea el mismo estatus que toda la ciudadanía que habita el Wallmapu, no queremos un apartheid político, jurídico que nos rija solamente a nosotros porque siempre va a ser en un estatus inferior, legalmente y políticamente creemos que siempre va a ser inferior, nosotros queremos estar al mismo nivel y para eso queremos algo que nos rija a todos por igual y en donde puedan estar consagrados nuestros derechos, y eso va a atravesar a todo el sistema judicial... Yo quiero que todo el sistema judicial, todas las personas que viven en este territorio y que imparten justicia para chilenos y para mapuches sepan de ambas culturas no tiene que ser un sistema distinto, sino que el sistema debe ser transversal, que atraviese la interculturalidad práctica.”

Sobre la **mala fe en la aplicación del Convenio**, Isabel nos señaló que: *“para empezar el Convenio 169 es un instrumento internacional respecto del cual se luchó mucho para conseguir su ratificación en Chile, el movimiento mapuche viene exigiéndolo de los ochenta, noventa, son generaciones anteriores a la mía la que viene peleando este instrumento internacional por décadas porque se considera relevante en términos de los derechos colectivos del pueblo mapuche.*

Ahora cuando se mal utiliza en este tipo de casos, la verdad es que también creemos que esto tiene una intencionalidad política porque pierde prestigio, de cierta forma se va “ensuciando” este instrumento pierde validez frente a la opinión pública, entonces eso la verdad que en perjuicio de los derechos colectivos se trata de mal utilizar este convenio para que pierda esa importancia por la cual fue exigido, por eso para mí por lo menos hay una doble intencionalidad”

También le consultamos, a modo de conclusión si **¿podría deducirse que lo más adecuado habría sido que el agresor fuere condenado de acuerdo a las peticiones de la Fiscalía? ¿O el problema radica en que falta un mecanismo adecuado para solucionar el problema, por ejemplo, que dentro del mismo pueblo o comunidad mapuche existiere una**

institución para solucionar los casos de violencia y que esta fuere respetada por los tribunales de justicia? A lo que Isabel nos responde: *“conuerdo en que es necesario avanzar hacia sistemas de justicia pertinentes y también asumo que el pueblo mapuche tenía su propio sistema de solución de conflicto interno, que uno podía o no estar de acuerdo, pero obedecen a un contexto histórico también. Pero en la actualidad como sociedad estamos a harta distancia, muchos años de reestablecer un sistema de justicia propio, en la actualidad no están ni las condiciones ni la maduración social, ni la maduración política para que eso ocurra, entonces si lo valoro y considero que es una buena opción, pero en la actualidad nosotros como pueblo mapuche estamos muy inmaduros para asumir algo así, y no sería responsable para mí por ejemplo como mujer dirigente, validar un sistema así.”*

En lo pertinente a la hipótesis de falta de conocimiento de los jueces para administrar justicia en temáticas indígenas, consultamos al Ministro Rodrigo Cerda, que el “Seminario Internacional de Derechos de Pueblos Originarios, Convenio N° 169 de la OIT y Estándares Internacionales” llevado a efecto el 5 de septiembre del año 2013 en el auditorio de la Corte de Apelaciones de Concepción, se refiere a la deficiente aplicación del Convenio N° 169. Al relacionarlo con el comunicado de Wallmapuwen, le preguntamos: **¿Cree usted que los jueces se encuentran lo suficientemente preparados para conocer temáticas indígenas?**

El señor ministro nos señala: *“yo creo que hay una falta preparación efectivamente, no hay una profundización respecto de las implicancias y efectos que debe tener la consideración de la cultura indígena en todo tipo juzgamiento, especialmente en el juzgamiento penal como en este caso, en que efectivamente hay una falta de conocimiento, pero en este caso se hace más complejo porque no solo hay una falta de conocimiento sino que se usa temerariamente la regla, o sea, sostener hechos público y notorios me parece que es un poco un exceso.*

Pero más que un problema de conocimiento hacia la cultura indígena yo creo que es una falta de análisis constitucional del problema, una mayor claridad de interpretación constitucional, que es la interpretación de la norma conforme a la Constitución, y entendiendo por Constitución no solo las normas de la Carta del 80, sino también en los tratados internacionales de derechos fundamentales, hace que la solución tendría que haber sido otra”.

Por nuestra parte, consideramos que se trata de una errada interpretación de las normas, más que de una falta de conocimiento de las costumbres de los pueblos originarios, puesto que tal conocimiento debe ser aportado y acreditado mediante las pruebas pertinentes en cada caso en concreto.

Por otro lado, tampoco podemos afirmar que se trata de una aplicación de mala fe del instrumento internacional, sino que solamente se trata a nuestro parecer de un mal proceder por parte de los Tribunales, al no considerar los demás instrumentos internacionales de protección de la mujer, que al igual que el Convenio, tienen el mismo rango por la vía del artículo 5° inciso 2° de la Constitución Política de la República.

Por consiguiente, siendo un problema de interpretación, buscaremos aquella solución que más conforme parezca a la protección de los derechos de la mujer, que estimamos no pueden ser bienes jurídicos susceptibles de ser negociados en un acuerdo reparatorio.

En relación a esto, se han propuesto una serie de soluciones para el conflicto, por una parte el fiscal en la audiencia de procedimiento simplificado alega que debe primar la especialidad de la ley N° 20.066, el juez y la Corte fallan basándose en la jerarquía superior del Convenio N° 169. Por su parte el Instituto Nacional de Derechos Humanos, en un escrito de *amicus curiae* que presenta a la Corte de Apelaciones de Temuco, plantea que debe resolverse mediante la ponderación, resolviéndose una solución caso a caso y con especial valoración de la dignidad de la mujer en consideración a la gravedad que reviste la violencia contra las mujeres.¹⁰⁴

¿Cuál es entonces el mejor mecanismo para solucionar este conflicto, que efectivamente conduzca a una solución de justicia para Carolina? Es lo que trataremos de determinar en el segmento siguiente.

¹⁰⁴ *Amicus curiae del Instituto Nacional de Derechos Humanos, ante la Causa Rol 388-2012 de la Corte de Apelaciones de Temuco.*

5. EN BÚSQUEDA DEL MECANISMO ADECUADO DE SOLUCIÓN DEL CONFLICTO ¿ESPECIALIDAD, JERARQUÍA O PONDERACIÓN?

Para comenzar cabe señalar que existen varias posibilidades para la solución del conflicto, por lo que iremos analizando una a una viendo su posible aplicación al caso concreto. Pero con anterioridad a la presentación de dichas posibilidades, estimamos que cabe aclarar que en el proceso de determinar dicha solución se deben tener siempre en cuenta las limitaciones del artículo 9° del Convenio N° 169. Estimamos que ese debe ser el eje de todo razonamiento, teniendo en especial consideración, la conformidad de la solución con el derecho internacional de los derechos humanos, recordando lo que hemos señalado en el capítulo anterior en relación a las interpretaciones auténticas de los tratados que consagran protección para el caso concreto.

5.1. La especialidad de la Ley de Violencia Intrafamiliar ¿le otorga primacía por sobre el Convenio N° 169?

El criterio de especialidad *“es aquel que opera cuando se produce un conflicto normativo entre una norma general y otra especial respecto de aquélla, que se resuelve mediante la aplicación preferente de la norma especial: lex specialis derogat generali”*.¹⁰⁵

Es esta la primera postura invocada en el juicio por el fiscal en la audiencia de procedimiento simplificado, manifestando su oposición a la aprobación del acuerdo reparatorio por aplicación del Convenio N° 169. El fiscal señala que *“basado en el principio de la especialidad que implica la ley N° 20.066, y creemos que está relacionada en forma específica con otras convenciones que ha suscrito el país y convenciones relacionadas principalmente con el maltrato a la mujer, es por ello que en esta oportunidad el Ministerio Público se va a oponer”*.¹⁰⁶

Expuesto lo anterior, a primera vista parece que la postura sostenida por la fiscalía no fue elaborada de manera adecuada en el momento de la audiencia, o probablemente no se esperaba que el juez fallara en base a la jerarquía superior del Convenio, esto pues, tratándose de normas

¹⁰⁵ HENRIQUEZ VIÑAS, Miriam, “Los jueces y la resolución de antinomias desde la perspectiva de las fuentes del Derecho Constitucional Chileno”, *Estudios Constitucionales*, año 11 N° 1, 2013, p.451.

En: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002013000100012&script=sci_arttext[visitado el 19/12/2013].

¹⁰⁶ Audio de la Audiencia de Procedimiento Simplificado, causa RIT 1091-2011, Juzgado de Letras y Garantía de Collipulli, 11 de enero de 2012.

de diferente rango y existiendo conflicto entre el principio jerárquico y el de especialidad se da entre una norma superior-general incompatible con una norma inferior-especial. De este modo, si se aplica el criterio jerárquico prevalece la primera y si se aplica el criterio de especialidad prevalece la segunda. Norberto Bobbio nos señala respecto a lo anterior, que no existe una regla general consolidada.¹⁰⁷

Otros autores por su parte sostienen que es habitual, aunque no uniforme, considerar prevaleciente el criterio jerárquico, puesto que no cede ante el cronológico, pero su supremacía no se impone necesariamente ante el de especialidad.¹⁰⁸

Respecto al tema, consultamos al magistrado del Tribunal Oral en lo Penal de Concepción señor Cristián Gutiérrez Lecaros, que nos agregó un matiz distinto a la consideración del principio de especialidad. El magistrado nos señaló que para él *“se trata más bien de un tema de especificidad, y lo que ocurre es que el Convenio tiene una aplicación genérica y bastante amplia, entonces lo que ocurre con la CEDAW y la Convención de Belem do Pará es que son tremendamente específicas, entonces esto es casi como lo que ocurre en la interpretación de normas especiales, pero no es un conflicto de leyes internas, no se trata del conflicto de una ley interna con un tratado, es un conflicto de tratados.*

La ley de violencia intrafamiliar tiene todo un trasfondo de normativa nacional a que Chile se obliga a nivel internacional, que es la CEDAW y la Convención de Belem do Pará, entonces a raíz de este conflicto de dos tratados, tenemos que optar por un criterio de interpretación mucho más específico, en que toda la normativa de no violencia de género es mucho más específica, entonces debe tener aplicación por sobre toda esta normativa general y etérea del Convenio 169.

Luego también, tenemos lo siguiente, bueno si podría asumirse que dentro de esta costumbre ancestral es juez reemplaza al anciano ¿es eso tan aplicable en nuestra cultura mapuche? yo creo que no, y esto en relación al documento de la UNIFEM “Mujeres Indígenas y Justicia Ancestral”, donde se tratan una serie de casos que se acercan bastante, pero obviamente no hay ningún caso de Chile, el conflicto en Chile es artificial.

Pasa lo siguiente, es que ni siquiera del punto de vista sociológico, uno podría decir lo que dicen estas resoluciones en orden a que se está validando aquella costumbre, y eso no es así,

¹⁰⁷ BOBBIO, Norberto, *Teoría General del Derecho*, Editorial Temis, Bogotá, 1987, p. 269.

¹⁰⁸ MENDOCA, Daniel; GUIBOURG, Ricardo, *La odisea constitucional. Constitución, teoría y método*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 220.

entonces ni siquiera desde el punto de vista sociológico uno podría haberlo aplicado, y en mi opinión personal tampoco desde el punto de vista jurídico, ni siquiera tiene sustento, porque para poder decir que voy a tener que validar una costumbre, en base a lo que señale un consejo de ancianos que tome determinaciones, ahí podría recién haber cierta complejidad entre lo que es justicia indígena, que en algunas partes se encuentra validada, como en Colombia, Ecuador, Bolivia, donde se acepta la justicia indígena.

Así todo, estas justicias indígenas tienen ciertos puntos, en los cuales no puede ser superada incluso la normativa internacional, y donde se ha entendido que existen estos puntos de conflicto, fíjate que son estos, los referidos a la violencia de género.

Yo personalmente creo que se trata de un invento de la defensoría, que fue acogido por los jueces. Pero en este momento, yo te puedo garantizar que esta práctica no va a durar mucho, porque hay todo un tema de las responsabilidades internacionales de Estado por las obligaciones relacionadas a los tratados internacionales.”

En este caso, el magistrado dirige su crítica a señalar básicamente que no nos encontramos frente a una justicia indígena organizada, como en otros países de América Latina. En relación a esta idea expondremos brevemente el caso de Colombia, que ha desarrollado extensamente los temas concernientes a la justicia indígena.

En Colombia los pueblos indígenas tienen consagración constitucional, reconociendo a las autoridades de los pueblos originarios como guardianes y representantes de la diversidad cultural del país y de la singularidad cultural de su pueblo respectivo, un derecho de contenido indeterminado a obrar conforme a sus propios usos y costumbres, derecho propio o ley de origen, así como el deber correlativo, e igualmente indeterminado, de ajustar sus actuaciones a los mandatos de la Constitución y los Derechos Fundamentales.¹⁰⁹

Dado el grado de indeterminación de los derechos emanantes de la autonomía jurídica y política reconocida a las comunidades indígenas, la Corte Constitucional colombiana ha sido la llamada a trazar los límites precisos de tales principios y derechos, encontrando entre ellos a los derechos fundamentales, que constituyen los mínimos jurídicos para la convivencia y bajo ningún supuesto podrán denegarse.

¹⁰⁹ MARTINEZ, Juan Carlos, STEINER, Christian, URIBE, Patricia, *Elementos y técnicas de pluralismo jurídico. Manual para operadores de Justicia. Grupo PRUJULA, Fundación Konrad Adenauer, Guatemala, 2012, p. 51.*

Además, las normas de orden público del derecho nacional priman sobre las normas de las comunidades indígenas, siempre que protejan un valor constitucional de mayor peso que el principio de la diversidad étnica y la integridad del grupo indígena. No por la sola existencia de una ley contraria a las costumbres estas pueden ser desconocidas.¹¹⁰

Respecto a lo anterior, y debido a que a lo largo de nuestra investigación, poco ha sido el material que hemos podido recopilar respecto a estos temas, es que podemos concluir que efectivamente, es un tema muy poco desarrollado en nuestro país. Lo que puede deberse por un lado, al posible atraso en comparación a otros países de América Latina, o bien simplemente a que en Chile la justicia indígena no reviste el nivel de complejidad en relación a otros países.

Lo que nos parece una propuesta acertada por parte del magistrado, es que el principio de especialidad no se debe entender en relación a la Ley N° 20.066, sino que se debe relacionar con las convenciones internacionales como la CEDAW y la Convención de Belem do Pará, que son el fundamento de la propia ley, y que protegen los derechos de la mujer. Por lo que se trataría de un “choque de grandes”, un conflicto entre tratados internacionales en que debiera primar la aplicación de las convenciones de protección de los derechos de la mujer, por tratarse de un regulación más específica que el Convenio N° 169 para el caso de Carolina.

Es así como en relación al tema, se ha señalado por la doctrina que ante la coexistencia y multiplicidad de los instrumentos de protección, el derecho internacional de los derechos humanos afirma y aplica, por ejemplo, el principio de la primacía de la norma más favorable a las supuestas víctimas¹¹¹, que es recogido en el artículo 23 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer.

Asimismo se ha señalado que al reducir o maximizar las posibilidades de conflicto normativo en el plano internacional, se encuentran además en clara consonancia con la tendencia moderna de ampliar y fortalecer, en vez de restringir y debilitar la protección internacional de los derechos humanos.¹¹²

Frente a lo señalado, tenemos entonces concluir que la aplicación de la Ley N° 20.066 por sobre el Convenio en virtud del principio de la especialidad, es un argumento no correctamente

¹¹⁰ MARTINEZ, Juan Carlos, STEINER, Christian, URIBE, Patricia, *Elementos y técnicas de pluralismo jurídico. Manual para operadores de Justicia. Grupo PRUJULA, Fundación Konrad Adenauer, Guatemala, 2012, p. 52.*

¹¹¹ CANÇADO TRINDADE, ANTÓNIO, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos, Vol. 1, Editorial Fabris S.A, Porto Alegre, 1997, p.434.*

¹¹² CANÇADO TRINDADE, ANTÓNIO, *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2001, p. 39.*

elaborado para el caso concreto. Lo que sí podría acogerse es la segunda postura, que señala que se trata de un conflicto entre tratados de derechos humanos, así podríamos invalidar el argumento de que se aplica preferentemente el Convenio por tener una jerarquía superior a la ley N° 20.066.

5.2. La pertenencia del Convenio al bloque de constitucionalidad: el soporte de su jerarquía superior

Sobre este tema, cabe señalar que en la audiencia de procedimiento simplificado, el defensor penal público en ningún momento aduce que el Convenio N° 169 es un instrumento jurídico jerárquicamente superior a la Ley N° 20.066, sino que señala que de acuerdo a la limitación contenida en el artículo 9° inciso 2° del Convenio, *“no nos encontramos frente a un caso de lesión a derechos humanos”*, por lo que es plenamente aplicable el Convenio por sobre la mencionada ley.

Señala además cuál es la costumbre de la etnia frente a este tipo de conflictos, lo que se encuentra reiterado por un informe de la Defensoría Penal Pública¹¹³ que señala que las decisiones del pueblo mapuche se toman de manera colectiva como lo hemos señalado anteriormente en el desarrollo de este trabajo.

Luego de ello, el juez falla y dispone que *“siendo un problema de interpretación, este Tribunal prefiere la interpretación que da primacía a normas que forman parte del bloque constitucional, en razón de lo cual aprueba la salida alternativa, en circunstancias que siendo consultada la víctima por el juez en reiteradas oportunidades durante el transcurso de la audiencia, esta señaló que su decisión era aceptar las disculpas y el compromiso de parte del ofensor, y que los problemas puedan ser solucionados acudiendo a terapia familiar.”*

Por su parte, la Corte de Apelaciones de Temuco confirma la resolución apelada que decretó el sobreseimiento definitivo a consecuencia de haberse producido el acuerdo reparatorio. Se reconoce al Convenio como tratado internacional sobre derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, por lo que tendría rango superior, obligando a respetar los métodos de

¹¹³ MINUTA REGIONAL DE LAS DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA, *El Convenio 169 de la OIT y la defensa penal de indígenas*, 2010. En: <http://www.dpp.cl/resources/upload/093e523d3fa9fe3d8745793ada63a58b.pdf>. [visitado el 16/07/2013].

resolución de conflicto de los pueblos originarios, que en este caso es la negociación, para impedir la desintegración de la familia y fortalecer la integración de los pueblos.¹¹⁴

En lo referente a la jerarquía del Convenio, como hemos desarrollado en el capítulo anterior no se trata de un tema respecto al cual exista uniformidad en la doctrina nacional. Para nosotros se trata de aquellos tratados a que se refiere el artículo 5° inciso 2° de la Constitución, y no es en ningún caso nuestra intención, estructurar argumentos que vayan en contra de dicho instrumento internacional.

Ahora bien, haciendo una relación con lo señalado en el capítulo anterior sobre la jerarquía de los tratados de derechos humanos, respecto al bloque de constitucionalidad postulado por Nogueira, Aldunate señala que si lo que Nogueira propone es solamente su reconocimiento como criterio interpretativo, ello no justifica ni hace necesaria la modificación de la posición normativa de los tratados, por cuanto el deber constitucional de respeto y promoción de los derechos contemplados en ellos ya tiene su fuente autónoma en el artículo 5° inciso 2°, sin necesidad de alterar en nada el rango normativo del objeto de la referencia en dicha disposición.

Como lo hemos señalado, se llega a la misma conclusión en una correcta aplicación del derecho internacional por parte de los jueces.¹¹⁵

Sobre aquello, consultamos al Ministro señor Rodrigo Cerda si **¿Podría relacionarse lo señalado por Aldunate, con el caso de Carolina, en el sentido de que si el juez hubiera reconocido las limitaciones del artículo 9°, dándole correcta aplicación, no hubiera sido necesario recurrir a la jerarquía superior del Convenio por su pertenencia al bloque de constitucionalidad?**

A lo que el señor ministro nos señala lo siguiente: *“yo creo que sí, es necesario reconocer en este caso la supremacía por lo menos respecto de la ley de un tratado internacional, y más que eso a mi ninguna de las dos posiciones me convocan a la solución del conflicto.*

A mi me basta con situar el conflicto donde me parece que corresponde, que es en una antinomia de derechos fundamentales y no de regla versus un tratado internacional, no es el Convenio de la OIT versus la ley de violencia intrafamiliar, es la dignidad y la integridad física y psíquica de una mujer respecto de esa norma específica a favor del imputado, esa es la

¹¹⁴ Sentencia de la Ilma. Corte de Apelaciones de Temuco. Rechaza recurso de Apelación Reforma Procesal Penal N° 388-2012, 4 de junio de 2012. En: <http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/> [visitado el 25/04/2013].

¹¹⁵ ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *Derechos Fundamentales*, Editorial Legal Publishing, Santiago, 2008, p. 342.

contraposición que me parece que existe, entonces yo tengo que ver como la soluciono, si digo que el tratado internacional no es más que una ley de fuente externa, entonces sostendré que es regla versus regla y derogo una o la otra y no puedo hacerlo.

Yo lo buscaría por el lado más bien de la ponderación, elevándolo a nivel de derechos fundamentales, usando la prevalencia de uno respecto de otro, y sigue vigente para otros conflictos, y como juez del fondo los solucionaré caso a caso. Si veo o leo la inconstitucionalidad de una norma interna en esto, tendría que elevar esa cuestión al Tribunal Constitucional para que lo resuelva, y ahí ya con otra visión, no para el caso a caso, sino que lo que se promueva después de dos casos iguales de inconstitucionalidad, sea la eliminación de esa norma del derecho interno, cosa que tampoco podría hacerse respecto a un tratado”.

Como podemos evidenciar, el magistrado opta por otra solución del problema, que sería la ponderación, puesto que no se trataría de un conflicto normativo sino que un conflicto de derechos fundamentales propiamente tales como lo pasaremos a exponer a continuación.

5.3. Una tercera vía: la ponderación de derechos en el caso concreto

Es durante el conocimiento y tramitación de dicho recurso, que la directora del Instituto Nacional de Derechos Humanos Lorena Fries Monleon presenta ante la Corte de Apelaciones de Temuco un escrito de *amicus curiae*,¹¹⁶ que básicamente consiste en una forma de manifestar la opinión del Instituto desde el punto de vista de lo jurídico, respecto a la mejor forma de solucionar el conflicto que tuvo lugar en el caso de Carolina.

En relación a los límites del artículo 9°, el escrito señala que de la revisión dicha norma se colige que los métodos de los pueblos indígenas para la resolución de conflictos penales no se aplican a todo evento. En este caso, la posibilidad de colisión con disposiciones internas y de otros tratados internacionales de derechos humanos está prevista en la misma norma. De su redacción, se desprende además que en caso de contradicción, esos métodos deben ceder respecto a otras disposiciones de tratados de derechos humanos internacionalmente reconocidos.

En este orden, continúa el escrito de *amicus curiae* señalando que la justicia indígena requiere ser probada para ser aplicada por parte de los tribunales. En el caso de autos, la posición

¹¹⁶ *Amicus Curiae del Instituto Nacional de Derechos Humanos, ante la Causa Rol 388-2012 de la Corte de Apelaciones de Temuco.*

de la Fiscalía –que se comparte en el *amicus*- es que la defensa del imputado no aportó ningún antecedente –además de la declaración del propio abogado defensor- para probar que las disculpas públicas son el mecanismo a través del cual se resuelven los casos de violencia contra las mujeres en las comunidades indígenas. Se reconoce además que la necesidad de prueba radica principalmente, en que las costumbres de cada pueblo cambian a lo largo de los tiempos.

Podemos sistematizar los argumentos del Instituto, haciendo mención a que primero, existe una colisión de intereses entre la aplicación de las normas del Convenio 169 referentes a la aplicación de la costumbre indígena en los conflictos jurídicos en sede penal, por una parte, y la normativa que sanciona la violencia contra la mujer, por otra; esa colisión de intereses, debiera resolverse con una **ponderación caso a caso**, sin perjuicio que en principio, debiera tener preeminencia la protección de la dignidad de las mujeres objeto de violencia por parte de personas de sexo masculino en el contexto familiar o de relaciones de pareja y; en el caso de autos, los criterios anteriores deben llevar a no aplicar los acuerdos reparatorios en la causa de violencia intrafamiliar y, por tanto, a acoger la apelación presentada por parte del Ministerio Público.¹¹⁷

Cuando le consultamos al ministro señor Rodrigo Cerda, **cuál es la solución que él habría adoptado y por qué**, nos señaló que *“en este caso el instituto en forma bastante sutil, le dice al fiscal que no argumenta bien cuando le dice que debe primar el criterio de especialidad, que es un criterio de solución de antinomias frente a reglas jurídicas que son del mismo rango. Acá en realidad me parece que la solución es la que plantea el Instituto, en el sentido de que no es un conflicto de reglas común y corriente, es un conflicto de principios fundamentales o de derechos fundamentales, entonces la ponderación era lo que correspondía, ninguna de las dos se deroga pero una debe prevalecer respecto de la otra según el análisis del caso concreto.*

Me parece que en la ponderación (si se hubiera usado la ponderación), entendiendo que por un lado están los derechos de la mujer, su integridad física, psíquica, su dignidad, y por otro lado está esta supuesta consideración de costumbres ancestrales en el juzgamiento penal a favor del imputado, hay que hacer una ponderación y ver cuál es el principio o valor fundamental que debe prevalecer. Me parece que en este caso debiera prevalecer el que más costos lleva y menos

¹¹⁷ *Amicus Curiae del Instituto Nacional de Derechos Humanos, ante la Causa Rol 388-2012 de la Corte de Apelaciones de Temuco.*

beneficios lleva el otro, y desde esa perspectiva, debió haberse rechazado el acuerdo reparatorio.

Desde esa perspectiva yo interpretaría la norma de violencia intrafamiliar en este caso, como un mejor desarrollo de la garantía fundamental y no como una mera regla, sino que es un desarrollo de una garantía fundamental, tal como el artículo 63 del Código Penal lo es al principio non bis in ídem o principio de prohibición de doble persecución.”

Como señala López Barquerizo, no debemos olvidar que con bastante frecuencia correlativamente al derecho fundamental lesionado existe otro derecho u otro principio de rango constitucional plenamente oponible, que articula (o debería articular) más complejamente las determinaciones de los jueces. En estos casos complejos, que no se pueden solucionar aplicando los criterios clásicos de especialidad, temporalidad o jerarquía, es necesaria otra solución, esto es ponderar estos derechos en conflicto. De esta ponderación uno de los derechos será limitado en razón del otro, lo importante será determinar si estas limitaciones son justificadas o no.¹¹⁸

De haberse solucionado el conflicto con este criterio, no estimamos que se hubiera justificado la limitación del derecho a la integridad física y síquica de Carolina, ni tampoco la igualdad y su derecho a no ser discriminada de manera arbitraria.

Así por lo demás lo señala el Instituto en su *amicus*, señalando el justo punto de equilibrio entre los valores, no necesariamente sacrificando uno en favor del otro. A través de la técnica de la ponderación se debe; cuando sea posible, optimizar el valor o bien jurídico y darle la mayor efectividad habida cuenta de las circunstancias del caso.

Es entonces, el razonamiento sostenido por el Instituto el siguiente: un adecuado análisis de las normativas que estarían en colisión nos muestra que una de ellas contiene en su texto una regla en virtud de la cual ella cede cuando colisiona con normas de otros tratados internacionales de derechos humanos. En efecto, como ya manifestamos anteriormente, el artículo 9 del Convenio 169 de la OIT contiene una regla que expresamente establece su derrotabilidad en los casos en que los métodos de los pueblos indígenas para la resolución de conflictos penales entren

¹¹⁸ BARQUERIZO, Jorge, “Colisión de derechos fundamentales y juicio de ponderación”, *Revista Jurídica Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas*, 2009, p. 2.
En: http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=549&Itemid=116
[visitado el 17/07/2013].

en colisión con otras disposiciones de tratados de derechos humanos internacionalmente reconocidos.

A juicio del Instituto, dicha regla sin duda facilita la resolución de la colisión. Sin embargo, si ella no existiera, en la ponderación caso a caso se podría igualmente considerar una pauta o criterio general que contribuyera a su resolución. Ella consistiría en que, entre la aplicación de normativas vinculadas al goce una vida libre de violencia por parte de las mujeres y la aplicación de formas propias de la etnia para la resolución de conflictos penales, debiera resolverse una eventual incompatibilidad, con la preeminencia del primer grupo de disposiciones. Ello porque, como se desarrollo latamente en la primera parte del *amicus curiae*, esos preceptos están estrechamente relacionados con el núcleo más duro de la dignidad humana por la existencia de una afectación de la integridad física y síquica de las mujeres y del principio de igualdad y no discriminación.¹¹⁹

El Instituto estima que el Convenio 169 de la OIT no puede ser interpretado de una manera que pueda llegar a dejar sin aplicación normas sancionadoras de la violencia contra las mujeres en el ámbito familiar. Una solución como esa implicaría que derechos más cercanos a la tutela de la dignidad humana de las mujeres cederían a favor de costumbres que no han sido acreditadas por la defensa del imputado.

Ahora, luego de expuesto cada posible mecanismo de solución del conflicto, debemos determinar cuál de ellos nos conduce a la solución óptima de justicia para Carolina, y en base a qué fundamentos estableceremos nuestra preferencia.

¹¹⁹ *Amicus Curiae del Instituto Nacional de Derechos Humanos, ante la Causa Rol 388-2012 de la Corte de Apelaciones de Temuco.*

6. NUESTRA PROPUESTA: LA POSIBLE SOLUCIÓN QUE DE MEJOR MANERA GARANTICE LOS DERECHOS DE CAROLINA

Ya casi en la última etapa de nuestra investigación, estamos en condiciones de emitir un juicio respecto a cuál es al parecer, la solución más favorable para la protección de los derechos de Carolina.

Pero en primer lugar, antes de emitir nuestra decisión, a modo de comentario estimamos que lo primero que debió hacerse en el juicio, fue determinar si efectivamente procedía la aplicación del artículo 9° del Convenio, pues se alega la existencia de una costumbre que es la que permite dar pie a que se apruebe el acuerdo reparatorio.

Es así como creemos que en el caso de Carolina, dicha costumbre al no ser acreditada no puede considerarse como efectiva, y aún siéndolo, no se puede considerar legítimo el actuar del juez, en el sentido de que pasa a ocupar el rol de autoridad o anciano más sabio con capacidad de refrendar el acuerdo entre las partes. Este es a nuestro juicio, el primer obstáculo que debe sortearse para la aplicación de las normas del Convenio, y que por lo demás no consideramos superado para proseguir con un juicio en base a una costumbre inexistente, y a una sustitución ilegítima.

No obstante lo anterior, en el supuesto de que la costumbre fuera efectiva y legítima, debemos estudiar si procede la aplicación del artículo 9° en razón a las limitaciones que el mismo precepto contempla. De este modo, realizando tal ejercicio, no podremos seguir avanzando con nuestra aspiración de aplicar dicha disposición puesto que no podemos superar la limitación del derecho nacional, debido a que la aprobación de acuerdos reparatorios en materia de violencia intrafamiliar se encuentra expresamente prohibida por el artículo 19 de la Ley N° 20.066, que como hemos señalado tiene todo un trasfondo que encontramos en la propia Constitución Política de la República al consagrar el derecho a la integridad física y psíquica y la igualdad ante la ley.

Como podemos observar, mediante este razonamiento no es necesario siquiera iniciar una controversia respecto a los criterios de solución de antinomias que revisamos con anterioridad, pues como lo señaló en magistrado señor Cristián Gutiérrez, se trata de un *conflicto artificial*. Concordamos con su postura en este sentido, puesto que no puede haber conflicto si el propio artículo 9° contiene el mecanismo para que ello no ocurra, por lo que estimamos que el juez

debió haber hecho uso de las limitaciones que el mencionado precepto contiene, con lo que se habría evitado toda la discusión que ha surgido en torno a dichos fallos.

Estimamos que esta es la manera en que mejor se protegen los derechos de Carolina, ya que el acuerdo no se habría aprobado, y el agresor habría sido sancionado como corresponde, no obteniendo el beneficio de ser declarado sobreseído absolutamente sólo con haber pedido disculpas públicas, a costa de la vulneración de los derechos de Carolina.

Creemos además, que la interpretación que hemos escogido como óptima, se condice plenamente con el derecho internacional de los derechos humanos que otorgan protección a las mujeres en general y en particular a aquellas que pertenecen a una minoría étnica y que son además víctimas de violencia intrafamiliar.

Estimamos de la misma manera, que es la interpretación más inofensiva en lo que a instrumentos internacionales se refiere, ya que no hay necesidad de cuestionar la aplicación del Convenio, puesto a que él cede frente a situaciones en que no exista la compatibilidad requerida para ello. Por otro lado, se procede conforme a los instrumentos jurídicos internacionales de protección de la mujer.

Del mismo modo, se guarda conformidad al *principio de la progresividad de los derechos fundamentales*, puesto que se aplica la solución más favorable a los derechos de las personas y aquella que de mejor forma protege los derechos de Carolina, no importando si la mayor garantía se encuentra en la norma interna del Estado o en la norma de derecho internacional de los derechos humanos incorporada al derecho interno.¹²⁰

Como lo señala Antônio Cançado Trindade, corresponde a los tribunales internos, u otros órganos de los Estados, asegurar la implementación a nivel nacional de las normas internacionales de protección, lo que realza la importancia de su rol en un sistema integrado como el de la protección de los derechos humanos, en el cual las obligaciones convencionales abrigan un interés común superior de todos los Estados partes, el de la protección del ser humano.¹²¹

No obstante lo anterior, no consideramos adecuado de todos modos que se rechacen de manera categórica aquellos mecanismos de solución de antinomias que nos puedan conducir al

¹²⁰ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales*, Editorial Librotecnia, Santiago, Chile, p. 245.

¹²¹ CANÇADO TRINDADE, ANTÔNIO, *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2001, p. 278.

mismo resultado, puesto que consideramos que en orden a obtener la solución que mejor resguarde los derechos de la mujer, se deben agotar todos los argumentos que pueda tener el juez, para tal finalidad de protección.

En este orden de cosas, como pudimos constatar, la única interpretación que nos conducía a la aprobación del acuerdo reparatorio, era la de considerar la jerarquía superior del Convenio por sobre la Ley N° 20.066, pero contra ello, existe la posibilidad de considerar que se trata de un conflicto de tratados internacionales, por lo que deben primar aquellos que protegen los derechos de la mujer; o considerar que se trata de un conflicto de derechos fundamentales, y por tanto realizar una ponderación en que por lo demás, el resultado pareciera ser el favorable para la mujer.

Lo relevante a nuestro juicio, es no olvidar la importancia de la protección de la dignidad de la víctima, en este caso Carolina, pero nada impide que puedan darse los mismos presupuestos en que las víctimas sean niños por ejemplo, por tanto, los jueces no deben olvidar lo delicadas que son estas causas, por los derechos vulnerados y la condición de inferioridad en que se encuentran las víctimas. Además tampoco deben olvidar, que el Estado de Chile al ratificar los tratados internacionales como la CEDAW o la Convención de Belem do Pará, asumió una serie de obligaciones, que no deben ser desatendidas en atención a los bienes jurídicos a cuya protección van dirigidos.

Corresponde para terminar, reforzar nuestra propuesta en base a lo señalado por la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto a las causas de violencia intrafamiliar en términos generales, y en específico respecto a mujeres indígenas que han sido víctima de agresiones, cuyos casos han sido de conocimiento de dicha Corte.

6.1. El Control de Convencionalidad como herramienta de aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Hemos decidido situar esta sección al final de nuestro trabajo a modo de cierre para resaltar la importancia para la protección de los derechos fundamentales, de que sea considerado al momento de elaborar una decisión judicial, las convenciones de derechos humanos, como asimismo las interpretaciones auténticas de dichas convenciones.

A lo largo de nuestro trabajo, hemos hecho referencia a las convenciones internacionales que otorgan su protección para el caso concreto: la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención de Belem do Pará, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, del mismo modo que hicimos referencia a la Convención de los Derechos del Niño, puesto que como lo hemos recalado, es perfectamente posible que lo que le ocurrió a Carolina le pueda acontecer a un niño, niña o adolescente.

Pero ahora, en la presente sección nos referiremos de lleno a lo que ha señalado la Corte Interamericana respecto a la obligación de los Estados que han ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos, de velar porque sus disposiciones no sean mermadas al momento de que los jueces y tribunales internos emitan su decisiones en las causas sometidas a su conocimiento.

De este modo lo ha dispuesto la propia Corte Interamericana, el en fallo de la causa contra el Estado de Chile caratulada “*Almonacid Arellano y otros versus Chile*”, precisando lo siguiente: “*la Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana*”¹²²

De este modo, el control de convencionalidad ha sido entendido como una herramienta jurídica de aplicación obligatoria ex officio por los órganos del Poder Judicial, complementaria al

¹²² Sentencia de la Corte Interamericana de Justicia, caratulada “*Almonacid Arellano y otros versus Chile*”, 26 de septiembre de 2006. En: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf [visitado el 30/12/2013].

control de constitucionalidad, que permite garantizar que la actuación de dichos órganos resulte conforme a las obligaciones contraídas por el Estado respecto del tratado del cual es parte.¹²³

Como lo señala Nogueira, constituye una obligación de las jurisdicciones nacionales, a la luz del artículo 2° de la Convención Americana de Derechos Humanos, de aplicar preferentemente las normas convencionales sobre el derecho interno cuando este último no alcanza los estándares mínimos exigidos por el derecho internacional vinculante en materia de derechos humanos, estando dicha obligación fundada en el cumplimiento de buena fe de las obligaciones internacionales.¹²⁴

Expuesto lo siguiente, nos corresponde señalar cuáles son a nuestro juicio las obligaciones contraídas por el Estado, en relación a la Convención Americana de Derechos Humanos que han sido desatendidas en el caso de Carolina: en primer lugar, tenemos los artículos 1.1 y 2 de la Convención en relación a las obligaciones generales contraídas por el Estado.

Además de aquello, apreciamos que en específico se desatiende lo señalado en los artículos 5.1 respecto a la integridad física y psíquica de Carolina. Además de estimar que el artículo 8 de la Convención ha sido del mismo modo desatendido, en relación al derecho a ser oído con las debidas garantías, puesto que la costumbre invocada en el juicio, en circunstancias que requería ser probada, nunca se acreditó como efectiva.

Del mismo modo, evaluamos que se ha vulnerado el artículo 11 de la Convención, puesto que consideramos que la dignidad de Carolina no ha sido resguardada del modo óptimo para la protección y goce efectivo de sus derechos. Así también, nos parece que el artículo 24 de la Convención también podría ser considerado desatendido, puesto que hemos identificado en nuestra investigación, cierto grado de discriminación respecto a la igualdad de la protección que otorga la ley a todas las personas, debido a que los derechos de Carolina al ser ella perteneciente a una comunidad indígena, no han sido resguardados del mismo modo que lo serían para una chilena o persona no perteneciente a un pueblo originario.

En este sentido, estimamos que la solución propuesta como óptima para resguardar los derechos de Carolina, guarda conformidad con la Convención Americana de Derechos Humanos, y con las demás convenciones de derechos humanos a que nos hemos referido en el capítulo I.

¹²³ IBAÑEZ RIVAS, Juana, “El control de convencionalidad. Precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario de Derechos Humanos*, N° 8, 2012, p.108. En: <http://www.anuariodh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/20555/21725> [visitado el 30/12/2013].

¹²⁴ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales*, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2010, p. 78, 79.

6.2. Directrices de la Corte y la Comisión Interamericana respecto a la violencia contra la mujer

Ahora bien, reiteradas han sido las ocasiones en que la Corte Interamericana se ha pronunciado respecto a causas que involucran violencia contra las mujeres, y haremos una breve referencia a algunas de esas causas, con la finalidad de reforzar la compatibilidad de nuestra solución propuesta.

En relación al fenómeno de la impunidad de las agresiones a los derechos de las víctimas, la Corte ha señalado que "(...) *el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y sus familiares*"¹²⁵

Por su parte la Relatoría de Derechos de la Mujer, se ha referido de manera clara sobre el tema del acceso a la justicia para aquellas mujeres que son víctimas de violencia en América, y de manera específica sobre los obstáculos que deben enfrentar las mujeres para acceder correctamente a la justicia.

Cabe señalar, que el informe de la Relatoría parte de la premisa de que el poder judicial constituye la primera línea de defensa a nivel nacional para la protección de los derechos y las libertades individuales de las mujeres, y por ello la importancia de su respuesta efectiva ante violaciones de derechos humanos. Una respuesta judicial idónea resulta indispensable para que las mujeres víctimas de violencia cuenten con un recurso ante los hechos sufridos y que éstos no queden impunes.¹²⁶

En relación al caso que analizamos, cabe señalar que la Comisión Internacional de Derechos Humanos ha manifestado reiteradamente su preocupación sobre el problema de la impunidad y la ineficacia de los sistemas de la administración de justicia para prevenirla.¹²⁷

La Comisión ha constatado la existencia y la persistencia de patrones y comportamientos socioculturales discriminatorios que obran en detrimento de las mujeres, que impiden y

¹²⁵ Sentencia de la Corte Interamericana de Justicia, caratulada "Caso Loayza Tamayo. Reparaciones" (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 27 de noviembre de 1998. En: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_42_esp.pdf [visitado el 08/91/2014].

¹²⁶ ACCESO A LA JUSTICIA PARA MUJERES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA EN LAS AMÉRICAS, Informe de la Relatoría de Derechos de las Mujeres, documento N° 68, 20 de enero de 2007. En: <https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/Informe%20Acceso%20a%20la%20Justicia%20Español%20020507.pdf> [visitado el 31/12/2013].

¹²⁷ Se menciona a modo de ejemplo el informe de la CIDH, Justicia e Inclusión Social: Los Desafíos de la Democracia en Guatemala, OEA/Ser.L/V/II.118, Doc. 5 rev. 1, 29 diciembre 2003, capítulo I.

obstaculizan la implementación del marco jurídico existente y la sanción efectiva de los actos de violencia, a pesar que este desafío ha sido identificado como prioritario por los Estados americanos.

En este sentido, en relación a la impunidad y a la necesidad de sanciones efectivas, la Comisión se ha pronunciado en el *caso de Maria da Penha Maia Fernández*¹²⁸, analizando en su informe los principios de la Convención de Belem do Pará, presentado por una víctima de violencia doméstica en Brasil al convertirse en parapléjica como consecuencia del abuso físico y los atentados de homicidio perpetrados por su esposo, a pesar de haber presentado varias denuncias ante el Estado. En la resolución de este caso, la Comisión aplicó por primera vez la Convención de Belém do Pará y decidió que el Estado había menoscabado su obligación de ejercer la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia doméstica, al no condenar y sancionar al victimario durante 15 años.

En dicho caso, al encontrar violaciones de los artículos 8° y 25° de la Convención Americana, así como del artículo 7° de la Convención de Belém do Pará, la Comisión estableció entre los principios más importantes, que la obligación de los Estados frente a casos de violencia contra las mujeres, incluye los deberes de procesar y condenar a los responsables, así como el deber de "prevenir estas prácticas degradantes". En la presencia de "procesos claros y determinantes elementos de prueba" para completar un juzgamiento, no deben existir retardos injustificados en la toma de decisiones y se debe completar rápida y efectivamente el proceso penal.

En lo concerniente a las conciliaciones, la Comisión reconoce como deficiencia y ha declarado su preocupación ante el hecho de que una diversidad de órganos judiciales promueven principalmente el uso de la conciliación durante el proceso de investigación como método para resolver delitos de violencia contra las mujeres, sobre todo la intrafamiliar. Además de aquello, han manifestado que al hacer este delito conciliable, el delito se vuelve sujeto de negociación y transacción entre la víctima y el victimario. La conciliación asume que las partes involucradas se encuentran en igualdad de condiciones de negociación, lo cual generalmente no es el caso en el ámbito de la violencia intrafamiliar.

¹²⁸ INFORME DE FONDO DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso de Maria Da Penha Fernández*, 2001. En: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/capituloiii/fondo/brasil12.051.htm> [visitado el 08/01/2014].

A modo de ejemplo, la Relatoría menciona el caso de El Salvador, en donde la conciliación, aunque es prohibida es igualmente utilizada en la práctica como mecanismo de desjudicialización de procesos. De esta forma, en dicho país no es prioridad velar por el respeto y protección de los derechos de la mujer, sino que las actuaciones de sus órganos judiciales, en materia de violencia intrafamiliar se orientan hacia la protección y preservación del núcleo familiar como supuesto espacio de beneficio común.¹²⁹

Ahora bien, en relación a la diligencia en los procesos judiciales, la Relatoría señala que en cuanto a las evidencias que deben examinarse en casos de violencia, los principios internacionales afirman que como mínimo se deben recopilar y analizar todas las pruebas materiales y documentales y las declaraciones de los testigos.¹³⁰ En este sentido entonces, el caso de Carolina, siendo lesiones en contexto de violencia intrafamiliar, ameritaba que se debieran recopilar todas las pruebas que fueran pertinentes para la correcta resolución del su caso, teniendo en consideración la situación de discriminación cruzada susceptible de afectar a Carolina.

En este sentido, en relación a la situación de doble discriminación, el informe de la Relatoría señala que es necesario que los Estados recopilen información y realicen estudios que reflejen sus necesidades específicas de las mujeres indígenas y afrodescendientes para garantizar sus derechos particularmente en el área de justicia.

Del mismo modo, se debe tener en consideración que el acceso a la justicia de las mujeres indígenas implica por un lado, el acceso a la justicia del Estado y por otro, el reconocimiento y respeto del derecho indígena; ambos sistemas deben ser compatibles con los derechos humanos internacionalmente reconocidos¹³¹.

Sobre esto, la Comisión ha expresado la necesidad de que los Estados instauraren y apliquen un sistema judicial acorde con la diversidad cultural existente en los países, así como mecanismos que permitan reconocer y promover efectivamente el derecho indígena, conforme a

¹²⁹ ACCESO A LA JUSTICIA PARA MUJERES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA SEXUAL EN MESOAMÉRICA, Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, documento N° 63, 09/12/2011. En : <http://www.cidh.oas.org/pdf%20files/MESOAMERICA%202011%20ESP%20FINAL.pdf> [visitado el 02/01/2014]

¹³⁰ ACCESO A LA JUSTICIA PARA MUJERES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA EN LAS AMÉRICAS, Informe de la Relatoría de Derechos de las Mujeres, documento N° 68, 20 de enero de 2007. En: <https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/Informe%20Acceso%20a%20la%20Justicia%20Español%20020507.pdf> [visitado el 31/12/2013].

¹³¹ ACCESO A LA JUSTICIA PARA MUJERES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA EN LAS AMÉRICAS, Informe de la Relatoría de Derechos de las Mujeres, documento N° 68, 20 de enero de 2007. En: <https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/Informe%20Acceso%20a%20la%20Justicia%20Español%20020507.pdf> [visitado el 31/12/2013].

sus normas tradicionales, tomando como parámetro las normas internacionales sobre derechos humanos.¹³²

Estimamos que lo anterior, refleja ampliamente lo que hemos querido demostrar con nuestra investigación, en el sentido de que deben respetarse los límites contenidos en el artículo 9° del Convenio N° 169, lo que en otras palabras significa que el reconocimiento del derecho indígena debe tener como primera consideración, el respeto por los derechos fundamentales de las personas.

Asimismo, la Comisión refuerza nuestra idea de que la solución óptima no es crear una situación de impunidad de la agresión, sino que aquellas personas o el Estado mismo, sean condenados en los casos de violencia contra la mujer.

Por otra parte, lo propuesto en el presente trabajo respecto a la negociación realizada en el juicio, y la desigualdad entre las partes que fundamenta su prohibición, son puntos también concordantes con lo señalado por la Comisión Interamericana, en el sentido de reconocer que no son convenientes estas prácticas judiciales, puesto que se reconoce que las víctimas de violencia no se encuentran en igualdad de condiciones para tomar una decisión en relación a las agresiones que han sufrido.

¹³² *JUSTICIA EN INCLUSIÓN SOCIAL EN GUATEMALA, CIDH, Los Desafíos de la Democracias en Guatemala, 2003. En: http://www.acnur.org/t3/uploads/media/COI_752.pdf?view=1 [visitado el 08/01/2014].*

CONCLUSIONES

Luego de realizar el análisis de esta sentencia dictada en la región de la Araucanía, de haber estudiado el contenido normativo y doctrinario aplicable al caso, y analizar las consideraciones de los operadores de justicia, estamos en condiciones de emitir las conclusiones de clausura de nuestra investigación.

En primer lugar, estimamos que el proceder que de mejor manera resguardara los derechos de Carolina no fue precisamente el que se siguió en los hechos. Como lo hemos señalado, consideramos que lo primero que debió considerar el juez en su fallo, fue la procedencia de aplicación del artículo 9° del Convenio N° 169, esto es a lo que llamamos “primer obstáculo”, que consiste en determinar la efectividad de la costumbre invocada para la aplicación del Convenio en este caso.

Sobre esta costumbre, la Corte de Apelaciones de Temuco estimó que se trata de un hecho público y notorio que las personas del pueblo mapuche resuelven sus conflictos mediante la negociación, lo que como sabemos, releva al hecho de la prueba. No obstante de acuerdo a lo investigado, no tenemos certeza de que se trate de un hecho público y notorio, puesto que las costumbres en general no permanecen estáticas en el tiempo, y además en el caso del pueblo mapuche pareciera ocurrir que la influencia de la cultura chilena ha generado una especie de aculturación, que ha ido mermando las costumbres de cada comunidad.

Por otro lado, se invocó como costumbre el asesoramiento de los ancianos o familiares más sabios para efectuar a la negociación, y que en este caso es el juez de garantía el que pasa a desempeñar ese rol, efectuando una especie de sustitución cuya legitimidad es susceptible de ser controvertida. Por una parte, si esta es una costumbre en el conocimiento de causas mapuches, no se comprende la razón por la cual sólo el defensor de la causa conocía de ella, más no el juez ni ningún otro interviniente, al parecer se trataba de una supuesta costumbre con muy poco tiempo de existencia; por otro lado, las instituciones indígenas para ser efectivas requieren estar revestidas de legitimidad, y sobre esto estimamos que es bastante discutible que un juez pase a sustituir a un consejero o anciano más sabio de una comunidad indígena de manera legítima.

Ahora bien, consideramos que lo más apropiado en estas causas es acreditar la existencia de las costumbres invocadas mediante pruebas o autoridades legítimas de una comunidad, por ejemplo en caso en análisis, pudo haberse presentado prueba testimonial de un verdadero anciano

o familiar más sabio de la comunidad. En términos generales, lo más adecuado pareciera ser un informe antropológico para cada caso, dependiendo del contexto familiar y de la comunidad a la que pertenezcan las personas involucradas.

Consideramos que este “primer obstáculo” para la aplicación del Convenio no fue superado, por lo que no podría haberse fallado la causa en base a costumbres inexistentes y por medio de la sustitución ilegítima de una autoridad indígena.

Estimamos que este punto en particular, reviste de vital importancia puesto que la ausencia de la prueba podría configurar una vulneración a la garantía del debido proceso, entendido este como *“el que se inicia, se desarrolla y concluye respetando y haciendo efectivos los presupuestos, los principios y las normas constitucionales, legales e internacionales aprobados previamente, así como los principios generales que informan el Derecho Procesal Penal, con la finalidad de alcanzar una justa administración de Justicia, provocando como efecto inmediato la protección integral de la seguridad jurídica del ciudadano, reconocido constitucionalmente como un derecho.”*¹³³

No obstante lo anterior, para continuar con el análisis de nuestro caso debemos suponer que la costumbre es efectiva y la institución es legítima, como resultado por ejemplo de un peritaje antropológico o por el hecho de haberse presentado como testigo un anciano o sabio de la comunidad que legítimamente refrendara el acuerdo reparatorio.

Sobre este supuesto, para continuar se debe sortear el “segundo obstáculo” para la aplicación del Convenio, que encontraríamos en el propio precepto que pretende ser aplicado. Es así como el artículo 9° del Convenio N° 169 establece que deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros, *en la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.*

En relación a lo anterior, no concordamos con lo señalado por el defensor en la audiencia respecto a que no habría ninguna lesión de derechos humanos, por lo que el Convenio emerge como instrumento enteramente aplicable al caso concreto. Estamos íntegramente convencidos de que se trata de materias en que se han vulnerado derechos fundamentales de Carolina, y así lo hemos demostrado con nuestra investigación.

¹³³ ZAVALA BARQUERIZO, Jorge, “El Debido Proceso Penal”, Editorial Edino, Guayaquil, 2002, p. 45.

Estimamos que el “examen de compatibilidad” para la aplicación del Convenio implicó que se desconozcan derechos consagrados tanto en nivel interno, como a nivel de tratados internacionales, por lo que el Estado desatendió obligaciones internacionales contraídas en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, en la Convención de Belem do Pará, y en la Convención Americana de Derechos Humanos.

Por su parte, desde el punto de vista del sistema jurídico nacional, la primera limitación para la aplicación del artículo 9° del Convenio es la propia Ley N° 20.066 que prohíbe en su artículo 19 la aprobación de acuerdos reparatorios en materias de violencia intrafamiliar. Como hemos señalado anteriormente, dicha ley que tiene como trasfondo normativo o a los tratados internacionales que se refieren a la protección de los derechos humanos, y que protegen a cada integrante de la familia cuando es víctima de violencia dentro del núcleo al que pertenece, vulnerándose el derecho a la integridad física de toda persona y la no discriminación que se consagra en el artículo 19 N° 1 y 3 de la Constitución Política de la República de Chile

Es por lo anterior que el Convenio no debió haber sido aplicado, puesto que el artículo 9° establece una aplicabilidad no absoluta, que cede ante los derechos humanos y el sistema jurídico nacional cuando se presentare alguna incompatibilidad.

Lo señalado, es completamente concordante a lo dispuesto en las interpretaciones auténticas del Comité sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer. Dicho órgano ha señalado que los Estados partes, al ratificar la Convención contraen la obligación de proteger, que requiere que los Estados adopten medidas orientadas a eliminar las prácticas consuetudinarias que alimenten los prejuicios y perpetúen la noción de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos y de los roles estereotipados de los hombres y las mujeres.

Por su parte el Comité CEVI de Convención de Belem do Pará, ha señalado que se debe crear conciencia entre los y las operadores de justicia, a fin de que haya una *adecuada aplicación de la ley y para que las sentencias tomen en consideración el derecho internacional en materia de derechos humanos y violencia contra las mujeres.*

Pero es el Comité de los Derechos del Niño el que con mayor claridad se refiere a este tema, señalando que las prácticas culturales, *han de ejercerse de conformidad con otras disposiciones de la Convención y no pueden justificarse en ningún caso si se considera que son perjudiciales para la dignidad, la salud o el desarrollo del niño*

Por último, el Comité sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, estima que los Estados deben velar por el respeto y el reconocimiento de los sistemas tradicionales de justicia de los pueblos autóctonos, de conformidad con la normativa internacional de derechos humanos, teniendo en consideración los derechos de las víctimas, pudiendo incluir para la resolución *mecanismos consuetudinarios compatibles con los derechos humanos*.

Como podemos apreciar, las recomendaciones de los principales órganos de protección de los derechos para el caso concreto, estiman que el Estado tiene la obligación de proteger a las víctimas, y además que deben ser considerados siempre los derechos humanos que podrían verse desatendidos al aplicar el derecho consuetudinario de los pueblos originarios.

En este sentido, estimamos que posiblemente lo que ocurrió fue un desconocimiento por parte de los tribunales de estas interpretaciones, puesto que si las hubieran considerado, eventualmente la decisión pudo haber sido la de considerar lo señalado en los tratados internacionales que otorgan protección para el caso concreto. No consideramos que sea adecuado por nuestra parte, afirmar la mala fe por parte de los magistrados en la aplicación del Convenio.

Ahora bien, en relación al fundamento de la prohibición de aprobar acuerdos reparatorios en estos casos, relativo a la desigualdad en la negociación puesto a que la víctima no se encuentra en condiciones de prestar válidamente su consentimiento, consideramos que no es suficiente que el juez pregunte a la víctima si está de acuerdo prestando ella conformidad y señalando que nadie la ha presionado.

Consideramos además, que no se devuelve la horizontalidad por el hecho de participar en la negociación una autoridad indígena que reestablezca el equilibrio del Ad mapu. También estimamos que el consentimiento que pudiere prestar la mujer se encuentra viciado por el temor o por consideraciones económicas respecto del agresor.

Estimamos que en este sentido la situación de Carolina fue doblemente vulneratoria a sus derechos, puesto que por un lado, ella se encuentra en una situación de mujer agredida por el varón, y además porque no se le da un trato igualitario en relación a la protección de los derechos de las mujeres no indígenas, ya que en el caso de Carolina no se sanciona la agresión de la cual fue víctima, sino que se le concede completa impunidad a cambio hecho de pedir disculpas públicas y someterse a un tratamiento.

En relación al argumento de la Corte referido a que el acuerdo tiene como finalidad fortalecer la unión de los pueblos y las familias, consideramos que la prioridad del Estado en estos casos debe ser velar por el respeto y protección de los derechos de las personas. Dificilmente se puede fortalecer a una familia a costa de la impunidad de una agresión dentro del mismo núcleo familiar.

Ahora bien, luego de analizar los principios rectores del Convenio N° 169 de la OIT, estimamos que si bien se reconoce el respeto por las costumbres de los pueblos indígenas, también existen otros principios que deben ser siempre considerados. Como el principio de la no discriminación, en virtud del cual las personas pertenecientes a estos pueblos deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación.

Para una adecuada protección de los derechos de Carolina, hemos propuesto la que es a nuestro juicio la óptima solución para tal fin. Estimamos que se trata de un “*conflicto artificial*” entre el Convenio N° 169 y la Ley N° 20.066, ya que no puede haber conflicto si el propio artículo 9° contiene el mecanismo para que ello no ocurra, por lo que estimamos que el juez debió haber hecho uso de las limitaciones que el mencionado precepto contiene.

Consideramos que se trata de la interpretación más inofensiva en lo que a instrumentos internacionales se refiere, puesto que se procede conforme a los instrumentos jurídicos internacionales de protección de la mujer y no hay necesidad de cuestionar la aplicación del Convenio, puesto a que él cede frente a situaciones en que no exista la compatibilidad requerida para ello.

No obstante, estimamos que orden a obtener la solución que mejor resguarde los derechos de la mujer, se deben agotar todos los argumentos que pueda tener el juez, para tal finalidad de protección. Consideramos que no se deben rechazar los mecanismos propuestos para solucionar la antinomia: por un lado existe la posibilidad de considerar que se trata de un conflicto de tratados internacionales, por lo que deben primar aquellos que protegen los derechos de la mujer; o considerar que se trata de un conflicto de derechos fundamentales, y por tanto realizar una ponderación en que por lo demás, el resultado pareciera ser el favorable para la mujer.

Lo más importante, es no olvidar la obligación de proteger los derechos y la dignidad de la mujer contraída por el Estado al ratificar los instrumentos internacionales a que hemos hecho

referencia, y consagrados algunos de ellos en la propia Constitución Política de la República, como la integridad física y psíquica y la igualdad ante la ley.

Por tanto, en consideración a todo lo expuesto y como respuesta a nuestra pregunta de investigación estimamos que el instrumento normativo que en este caso debió primar es la Ley N° 20.066 sobre Violencia Intrafamiliar y no el Convenio N° 169 de la OIT, por lo que fallar conforme a la jerarquía superior de dicho instrumento, desconociendo la existencia de otros tratados que se refieren a la protección de los derechos de la mujer, no es en ningún caso adecuado para la protección de los derechos de Carolina.

Por ende, estimamos que no la decisión no fue justa para Carolina, puesto que se desprotegeron sus derechos amparándose en una costumbre inexistente, una sustitución ilegítima, y teniendo como finalidad última de protección el fortalecimiento de los pueblos y de las familias. Consideramos que esto no justifica la vulneración de los derechos de ninguna mujer, y menos aún justifica que el agresor obtenga la impunidad por las agresiones cometidas, *ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y sus familiares*¹³⁴

Esperamos que estas prácticas no sean reiteradas, y que el poder judicial en estos casos recuerde lo señalado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el sentido de que *“el poder judicial constituye la primera línea de defensa a nivel nacional para la protección de los derechos y las libertades individuales de las mujeres, y por ello la importancia de su respuesta efectiva ante violaciones de derechos humanos.*¹³⁵

¹³⁴ Sentencia de la Corte Interamericana de Justicia, caratulada “Caso Loayza Tamayo. Reparaciones” (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 27 de noviembre de 1998. En: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_42_esp.pdf [visitado el 08/91/2014].

¹³⁵ ACCESO A LA JUSTICIA PARA MUJERES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA EN LAS AMÉRICAS, Informe de la Relatoría de Derechos de las Mujeres, documento N° 68, 20 de enero de 2007. En: <https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/Informe%20Acceso%20a%20la%20Justicia%20Espanol%20020507.pdf> [visitado el 31/12/2013].

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

ALDUNATE LIZANA, Eduardo, Derechos Fundamentales, Editorial Legal Publishing, Santiago, 2008.

BOBBIO, Norberto, Teoría General del Derecho, Editorial Temis, Bogotá, 1987.

CANÇADO TRINDADE, Antonio, El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2001.

CANÇADO TRINDADE, Antonio, Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos, Vol. 1, Editorial Fabris S.A, Porto Alegre, 1997.

CARRASCO JIMÉNEZ, Edison, Manual de legislación sobre violencia intrafamiliar, Editorial Librotecnia, Santiago, 2008.

COUSO SALAS, Jaime “Mapuches y derecho penal” en Derecho y pueblo mapuche, aportes para la discusión, RODRIGUEZ OLEA, Helena, Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales, 2012.

DE SOUSA SANTOS, Boaventura, Descolonizar el saber, reinventar el poder, Ediciones Trilce, Brasil, 2010.

GOMÉZ, Magdalena, “El convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo”, en Pueblos Indígenas y Derechos Humanos, BERRAONDO, Mikel, Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de Deusto, Madrid, 2006.

HORVITZ LENNON, María Inés, LOPEZ MASLE, Julián, Derecho Procesal Penal Chileno, tomo 1, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002.

JIMÉNEZ ALLENDES, María, MEDINA GONZÁLEZ, Paula, Violencia contra la pareja en la justicia penal, Mayores penas, mayor violencia, Editorial Librotecnia, Santiago, 2012.

LLANOS MANSILLA, Hugo, Teoría y práctica del Derecho Internacional Público, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1977.

MARTINEZ, Juan Carlos, STEINER, Christian, URIBE, Patricia, Elementos y técnicas de pluralismo jurídico. Manual para operadores de Justicia. Grupo PRUJULA, Fundación Konrad Adenauer, Guatemala, 2012.

MATTA AYLWIN, Manuel, “Adecuación de la Legislación Interna a los Estándares impuestos para los Recursos Naturales” en El Convenio 169 de la OIT y el Derecho Chileno, Editado por Jorge Contesse, Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, 2012.

*En: http://libredeterminacion.org/proldi/images/udp_convenio_digital.pdf
[visitado el 31/10/2013].*

MENDOCA, Daniel; GUIBOURG, Ricardo, *La odisea constitucional. Constitución, teoría y método*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales*, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2010.

PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, *La prueba en materia sustantiva civil*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993.

SILVA BASCUÑAN, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000.

SILVA MONTES, Rodrigo, *Manual de procedimiento penal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011.

ZAVALA BARQUERIZO, Jorge, “El Debido Proceso Penal”, Editorial Edino, Guayaquil, 2002.

ARTÍCULOS DE PUBLICACIONES PERIÓDICAS

BARQUERIZO, Jorge, “Colisión de derechos fundamentales y juicio de ponderación”, *Revista Jurídica Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas*, 2009. En: http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=549&Itemid=116 [visitado el 17/07/2013].

CARNEVALI, Raúl, “El multiculturalismo: un desafío para el derecho penal moderno”, *Política Criminal* N° 3, 2007. En: http://www.politicacriminal.cl/n_03/a_6_3.pdf [visitado el 20/10/2013].

GAETE URIBE, Lucía, “Convenio N° 169. Un análisis de sus categorías problemáticas a la luz de su historia normativa”, *Ius et Praxis*, vol. 18, N° 2, 2012. En: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122012000200004&script=sci_arttext [visitado el 28/04/2013].

HENRIQUEZ VIÑAS, Miriam, “Los jueces y la resolución de antinomias desde la perspectiva de las fuentes del Derecho Constitucional Chileno”, *Estudios Constitucionales*, año 11 N° 1, 2013.

IBAÑEZ RIVAS, Juana, “El control de convencionalidad. Precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario de Derechos Humanos*, N° 8, 2012. En: <http://www.anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/20555/21725> [visitado el 30/12/2013].

MONTT OYARZÚN, Santiago, MATTA AYLWIN, Manuel, “Una visión panorámica del Convenio de la OIT 169 y su implementación en Chile”, *Estudios Públicos* 121, 2011.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas” *Anuario Da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, N° 10, 2006. En: <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/2449/1/AD-10-41.pdf> [visitado el 30/03/2013].

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “Los Derechos Esenciales o Humanos contenidos en los Tratados Internacionales y su ubicación en el Ordenamiento Jurídico Nacional: Doctrina y Jurisprudencia”, *Ius et Praxis*, Vol. 9, número 1, 2003. En: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122003000100020&script=sci_arttext [visitado el 31/10/2013].

RIBERA NEUMANN, Teodoro, “Los tratados internacionales y su control a posteriori por el Tribunal Constitucional”, *Estudios Constitucionales*, año 5, número 1, Universidad de Talca, 2007. En: http://www.cecoch.cl/htm/revista/docs/estudiosconst/revistaano_5_1_hm/los_tratados_5_1-2007.pdf [visitado el 31/10/2013].

SAN MARTÍN PONCE, María Angélica, “Convenio 169 de la OIT y su aplicación en delitos en contexto de violencia intrafamiliar”, *Revista Jurídica del Ministerio Público* N° 52, 2012. En: <http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/biblioteca/juridica.do> [visitado el 11/07/2013].

SEELAU, Laura, SEELAU, Ryan, “Tomando en serio la libre determinación indígena en Chile”, *The Project for Indigenous Self-Determination*, 2010. En: <http://www.libredeterminacion.org/investigacion/ProjectISD-Chile01ESP.pdf> [visitado el 10/12/2013].

YAÑEZ FUENZALIDA, Nancy, “Los contenidos del Convenio N° 169 de la OIT”, en *Las implicancias para la ratificación del Convenio N° 169 de la OIT en Chile*, Observatorio Ciudadano, 2° edición, 2010. En: http://www.politicaindigena.org/adjuntos/ima_104.pdf [visitado el 17/10/13].

DOCUMENTOS

ACCESO A LA JUSTICIA PARA MUJERES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA EN LAS AMÉRICAS, *Informe de la Relatoría de Derechos de las Mujeres*, documento N° 68, 20 de enero de 2007. En: <https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/Informe%20Acceso%20a%20la%20Justicia%20Español%20020507.pdf> [visitado el 31/12/2013].

ACCESO A LA JUSTICIA PARA MUJERES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA SEXUAL EN MESOAMÉRICA, *Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, documento N° 63, 09/12/2011. En: <http://www.cidh.oas.org/pdf%20files/MESOAMERICA%202011%20ESP%20FINAL.pdf> [visitado el 02/01/2014]

CRONOLOGÍA Y DOCUMENTOS 1990-2008, *La larga tramitación del Convenio 169 en Chile*. En: <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/pro169/33-documentos-convenio-169-en-chile.html> [visitado el 17/10/13].

DECLARACIÓN PÚBLICA, Partido autonomista Wallmapuwen rechaza la practica de Tribunales respecto a la aprobación de acuerdos reparatorios en VIF por aplicación del Convenio N° 169 de la OIT, Temuco, 18 de marzo de 2013.

En: <http://www.mapuexpress.net/content/news/print.php?id=10024> [visitado el 15/12/2013].

EL CONVENIO DE LA OIT Y LA DEFENSA PENAL DE INDÍGENAS, Defensoría Penal Pública 2010.

En: <http://www.dpp.cl/resources/upload/093e523d3fa9fe3d8745793ada63a58b.pdf>. [visitado el 01/04/2013].

ENCUESTA NACIONAL DE VICTIMIZACIÓN POR VIOLENCIA INTRAFAMILIAR, Ministerio del Desarrollo y Seguridad Pública, 2012.

En: http://portal.sernam.cl/img/upoloads/Presentaci%C3%B3n%20VIF_adimark_final%205-7-2013.pdf [visitado el 04/12/2013].

GUÍA SOBRE EL CONVENIO N° 169 DE LA OIT, Los derechos de los pueblos indígenas en la práctica, 2009. En: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--ed_norm/normes/documents/publication/wcms_113014.pdf [visitado el 11/07/2013].

HISTORIA DE LA LEY N° 20.066, Informe de la Comisión de Familia de la Cámara de Diputados, 2005.

En: https://www.google.cl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCkQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.leychile.cl%2FNavegar%2Fscripts%2Fobtienearchivo%3Fid%3Drecursoslegales%2F10221.3%2F561%2F1%2FHL20066.pdf&ei=hbjkUdXMHJDbigLKMIGoCw&usq=AFQjCNFdZEegkcF6kuTcOnk4lhACP1zt_g [visitado el 15/07/2013].

HISTORIA DE LA LEY N° 20.066, Establece Ley de Violencia Intrafamiliar, 2005. En: http://www.bcn.cl/histley/lfs/POR_ARTICULO/HL20066/HLArt8_Ley20066_VIF1.pdf [visitado el 15/10/2013].

INFORME DE ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA, Comentarios a fallos relevantes en materia de defensa penal de imputados de pueblos originarios, 2012. En: <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataBank/6367.pdf> [visitado el 08/01/2014].

INFORME DE FONDO DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso de Maria Da Penha Fernández, 2001.

En: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/capituloiii/fondo/brasil12.051.htm> [visitado el 08/01/2014].

INFORME DE LA COMISIÓN DE EXPERTOS EN LA APLICACIÓN DE CONVENIOS Y RECOMENDACIONES, Observaciones individuales a Colombia respecto a la aplicación del Convenio N° 169, 2009. En:

<http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/oitinformes/informes169/637-ceacr-colombia-c169.html> [visitado el 07/01/2014].

INFORME DE LA COMISION DE FAMILIA, Sobre el proyecto de ley que introduce modificaciones a la Ley N° 19.325, que establece normas de procedimientos y sanciones relativas a los actos de violencia intrafamiliar, 2003. En:

<https://www.google.cl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&ved=0CDgQFjAC&url=http%3A%2F%2Fwww.camara.cl%2Fpley%2Fpdfpley.aspx%3FprmID%3D5787%26prmTIPO%3DINFORMEPLY&ei=IINdUuOFKoLy9gTmloCwCw&usg=AFQjCNF6rSgNbte1MISJu32vKOJMjNjF-g&bvm=bv.53899372,d.eWU> [visitado el 15/10/2013].

JUSTICIA EN INCLUSIÓN SOCIAL EN GUATEMALA, CIDH, Los Desafíos de la Democracias en Guatemala, 2003.

En: http://www.acnur.org/t3/uploads/media/COI_752.pdf?view=1 [visitado el 08/01/2014].

MINUTA REGIONAL DE LAS DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA, El Convenio 169 de la OIT y la defensa penal de indígenas, 2010.

En: <http://www.dpp.cl/resources/upload/093e523d3fa9fe3d8745793ada63a58b.pdf>. [visitado el 16/07/2013].

MODELO PARA LA DEFENSA PENAL DE INDÍGENAS, Defensoría Penal Pública. En: <http://www.dpp.cl/resources/upload/bbff843724ee902561ab8def3ea5cf37.pdf> [visitado el 21/10/2013].

OBSERVACIONES FINALES SOBRE LOS INFORMES PERIÓDICOS 5° Y 6° DEL ESTADO DE CHILE, adoptadas por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en su 53° período de sesiones”, 1° a 19 de octubre de 2012. En: <http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/325/CEDAW-Chile-2012-ESP.pdf?sequence=1> [visitado el 12/07/2013].

OFICIO DEL FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO, Oficio FN N° 111/2010, 2010. En:

<https://www.google.cl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CDIQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.fiscaliadechile.cl%2FFiscalia%2Farchivo%3Fid%3D587%26pid%3D50%26tid%3D1%26d%3D1&ei=a55dUpa-GYq09gTck4HACg&usg=AFQjCNG0cqPpyFvzVMBOXrd7Jbd1owfyqw&bvm=bv.53899372,d.eWU> [visitado el 15/10/13].

PRIMER INFORME HEMISFÉRICO CEVI, Documento de seguimiento de la implementación de la Convención Interamericana para prevenir, erradicar y sancionar la violencia contra la mujer, 2008. En: <http://www.sre.gob.mx/images/stories/docsdh/igualdad/Infhemvio.pdf> [visitado el 23/10/13].

RECOMENDACIÓN GENERAL N° 19 DEL COMITÉ CEDAW, Violencia contra la Mujer, 1992. En: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm> [visitado el 11/07/2013].

RECOMENDACIÓN GENERAL N° 11 DEL COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, “Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención”, Comité de los Derechos del Niño, 2009.

En: http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/CRC.GC.C.11_sp.pdf [visitado el 13/07/2013].

RECOMENDACIÓN GENERAL N° 25, Comité para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (CERD), 2000. En:

http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=A%2f55%2f18&Lang=en [visitado el 23/10/2013].

RECOMENDACIÓN GENERAL N° 28 DEL COMITE CEDAW, Relativa al artículo 2 de la Convención para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, 2010.

En: <http://daccess-ddsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G10/472/63/PDF/G1047263.pdf?OpenElement> [visitado el 21/10/2013].

RECOMENDACIÓN GENERAL N° 31, Comité para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (CERD), 2005. En:

http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=A%2f55%2f18&Lang=en [visitado el 23/10/13].

RELATOR ESPECIAL DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES DE LOS INDÍGENAS, Principios Internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile, 2009.

En:

http://www.politicaspUBLICAS.net/docs/Relator_especial_InformeConsultaChile24Abril2009.pdf [visitado el 16/07/2013].

JURISPRUDENCIA

Sentencia de la Corte Interamericana de Justicia, caratulada “Almonacid Arellano y otros versus Chile”, 26 de septiembre de 2006.

En: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf [visitado el 30/12/2013].

Sentencia de la Corte Interamericana de Justicia, caratulada “Caso Loayza Tamayo. Reparaciones” (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 27 de noviembre de 1998.

Sentencia de la Excma. Corte Suprema de Justicia, rechaza recurso de Queja rol N° 10635.2011, Santiago, 4 de enero de 2012.

En: <http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do> [visitado el 11/12/2013].

Sentencia de la Ilma. Corte de Apelaciones de Temuco. Rechaza recurso de apelación, reforma procesal penal N° 388-2012, 4 de junio de 2012. En:

<http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/> [visitado el 25/04/2013].

Sentencia del Tribunal Constitucional, requerimiento de inconstitucionalidad del Convenio N° 169 de la OIT, rol N° 309, Santiago, 4 de agosto del 2000. En: <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=310> [visitado el 20/10/13].

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1050. Rechaza inconstitucionalidad del Convenio N° 169 de la OIT, 3 de abril de 2008.

En: http://www.politicaspUBLICAS.net/docs/convenio169/2008_sentencia_1050_tribunal_constitucional_chile.pdf [visitado el 17/10/13].

MEMORIAS

BREVIS OLATE, Yaniseth Marisela, Tesis para optar al grado de Licenciado en Desarrollo Social y Familiar y al título de Asistente Social, Universidad Católica de Temuco.

MEZA-LOPEHANDIA, Matías, Territorio y autonomía de los pueblos originarios en Chile, memoria de prueba para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, 2009.