



FACULTAD DE DERECHO

INSTITUTO DE INVESTIGACIÓN EN DERECHO

PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO

Tesis para optar al grado de Doctora en Derecho

TITULO

**UNA VISION DE LA VIOLENCIA MACHISTA EN CHILE DESDE EL
DERECHO PENAL Y LA JUSTICIA MAPUCHE**

Análisis desde la teoría decolonial feminista para la construcción de un marco de
interlegalidad donde se reconozca el *Az Mapu*.

Autora:

Sheila Fernández Míguez

Profesorado tutor de tesis:

Dra. Luz María Puente Aba, Universidade da Coruña.

Dr. Iván Navas Moncada, Universidad San Sebastián

Programa de Doctorado en Derecho en convenio de co-tutela

Universidad Autónoma de Chile y Universidade da Coruña

Fdo. Autora

Fdo. Directora

Fdo. Director

Sheila Fernández Míguez

Luz María Puente Aba

Iván Navas Moncada

RESUMEN [Esp]

Una visión de la violencia machista en Chile desde el Derecho Penal y la Justicia Mapuche.

Análisis desde la teoría decolonial feminista para la construcción de un marco de interlegalidad donde se reconozca el Az Mapu.

En la presente investigación se examinan las tensiones entre género/raza-etnia involucradas en los casos de violencia machista en el *Wall Mapu*, hoy parte de la región de La Araucanía en Chile. Para ello en primer lugar, se realiza una exposición del marco teórico construido sobre la base de la teoría decolonial y los estudios feministas. En segundo lugar, se analiza el Derecho Internacional de los Derechos Humanos centrándonos en los estándares internacionales de los derechos de las mujeres y los Pueblos Indígenas. La tercera parte de la investigación se centra en el estudio crítico de la legislación chilena sobre violencia intrafamiliar, en concreto, la Ley 19.325 y la Ley 20.066, profundizando en la derogada figura de la conciliación y la actual prohibición de los acuerdos reparatorios. En cuarto lugar, se lleva a cabo un estudio de las instituciones del Sistema Sancionador Indígena en general, y de cuáles son las prácticas sancionadoras de la violencia machista en el Az Mapu o cosmovisión mapuche. El objetivo del estudio del Derecho Internacional, estatal, así como del Sistema Sancionador mapuche es sentar las bases para defender el reconocimiento de la autonomía jurisdiccional indígena en el actual marco legal chileno, solución que además presenta ventajas específicas para las mujeres mapuche desde la perspectiva de la erradicación, protección y sanción de la violencia machista, y de la recuperación de su justicia ancestral, lo que a su vez permite que no se pierda su cosmovisión. Finalmente se estudia el abordaje de esta problemática en los Tribunales Aborígenes australianos.

Palabras clave: decolonialidad, feminismo decolonial, interseccionalidad, género, mujeres indígenas, violencia machista, violencia intrafamiliar, Sistema Sancionador Indígena, Az Mapu.

RESUMO [Gal]

Unha visión da violencia machista en Chile dendo o Dereito Penal e a Xustiza Mapuche.

Analise dende a teoría decolonial feminista para a construción de un marco de interlegalidade onde se recoñeza o *Az Mapu*.

Na presente investigación examínanse as tensións entre xénero/raza-etnia involucradas nos casos de violencia machista en *Wall Mapu*, hoxe parte da rexión de La Araucanía en Chile. Para isto, en primeiro lugar, realízase unha exposición do marco teórico construído sobre a base da teoría decolonial e os estudos feministas. En segundo lugar, analízase o Dereito Internacional dos Dereitos Humanos centrándonos nos estándares internacionais dos dereitos das mulleres e do Pobo Indíxena. A terceira parte da investigación centrase no estudo crítico da lexislación chilena sobre violencia intrafamiliar, en concreto, a Ley 19.325 e a Ley 20.066, profundizando na derogada figura da conciliación e a actual prohibición dos acordos reparatorios. No cuarto lugar, levase a cabo un estudo das institucións do Sistema Sancionador Indíxena en xeral, e de cais son as prácticas sancionadoras da violencia machista no Az Mapu ou cosmovisión mapuche. O obxectivo do estudo do Dereito Internacional, estatal así como do Sistema Sancionador Mapuche é sentar as bases para a defensa do recoñecemento da autonomía xurisdiccional indíxena no actual marco legal chileno, solución que ademais presenta vantaxes específicas para as mulleres mapuches dende a perspectiva da erradicación, protección e sanción da violencia machista, e da recuperación da súa xustiza ancestral, o que perite a súa vez que non se perda a súa cosmovisión. Finalmente estudase a abordaxe de esta problemática nos Tribunais Aborixes australianos.

Palabras chave: decolonialidade, feminismo decolonial, interseccionalidade, xénero, mulleres indíxenas, violencia machista, violencia intrafamiliar, Sistema Sancionador Indíxena, Az Mapu.

Los agradecimientos son pequeños y grandes privilegios en forma de personas del Norte y del Sur que me han enseñado, ayudado, cuidado y acompañado durante la realización de este sueño, a todas ellas, gracias.

Especialmente quiero agradecer a mi familia, Pilar Míguez Rozados (mamá), José Luis Fernández Grandal (papá) y Gabriel Fernández Míguez (hermano). Y a mis amistades de uno y otro lado del océano y la cordillera.

A la Dra. Patricia Tapia Ballesteros quien me guió en los inicios de este trabajo de investigación. Y a mi directora en la Universidad de A Coruña la Dra. Luz María Puente Aba, y Luciano Amaro González Gronemann, quienes han iluminado este camino.

Quiero mostrar mi gratitud de forma expresa también hacia aquellas personas que se reunieron conmigo para conversar y me acogieron en sus respectivas Universidades o instituciones. En la Universidad Católica de Temuco al Dr. Juan Jorge Faundes Peñafiel y al Dr. Fabien Le Bonniec. En la Universidad de la Frontera la Dra. Alba Zambrano Constanzo; en la Fiscalía de Temuco a la psicóloga Oriana Ercoli Altamirano y la facilitadora intercultural Lidia Antilef Maliqueo; en el Centro de Estudios de Derecho Penal de la Universidad de Talca, a su director el Dr. Francisco Maldonado Fuentes, al Dr. Raúl Carnevali Rodríguez y al Dr. Sebastián Salinero Echeverría. Y también muy especialmente a la Dra. Kerry Carrington, el Dr. Russell Hog, la Dra. Bridget Harris, el Dr. Michael Flodd, y la Dra. Helen Barents del *Crime and Justice Research Centre* de la *Queensland University of Technology* en Australia. En la Universidad Autónoma de Chile mi tutor el Dr. Francisco Javier Bedecarratz Scholz y a mi director el Dr. Iván Navas Moncada. Y en mi casa de estudios, la Universidad de A Coruña al Dr. José Ángel Brandaríz García, la Dra. Patricia Faraldo Cabana, a la Dra. Ana Neira Neira Pena y en general al Departamento de Derecho Penal y mis compañeras y compañeros de doctorado de uno y otro lado del charco.

La humanidad es todavía algo que hay que humanizar

Gabriela Mistral

ÍNDICE

ABREVIATURAS	31
GLOSARIO	35
PRESENTACIÓN.....	41
INTRODUCCIÓN	43

PARTE PRIMERA

MARCOS TEORICO PARA EL ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN EN PREVENCIÓN Y SANCIÓN DE LA VIOLENCIA MACHISTA EN CHILE Y EN EL *WALL MAPU*

I. INTRODUCCIÓN	49
II. APORTES DE LA DECOLONIALIDAD PARA LA COMPRENSIÓN DEL SISTEMA JURÍDICO OCCIDENTAL MONOCULTURAL EN CHILE	53
1. Diferencia entre la teoría post-colonial y los estudios decoloniales	53
2. Conceptos clave de los estudios decoloniales.....	57
2.1. El concepto de raza	58
2.2. El racismo y el anti-racismo	60
2.3. El nacimiento de la modernidad	65
2.4. Colonialismo	66
2.5. Colonialidad.....	66
2.6. La colonialidad del poder.....	67
2.7. Colonización cultural o colonialidad cultural.....	69
2.8. Colonialidad del saber y decolonialidad a través del desprendimiento ..	71
2.9. Colonialidad del ser	73
2.10. El sistema moderno-colonial de género y la colonialidad de género.....	74
2.11. Colonialidad cosmogónica o de la madre naturaleza.....	75
3. Criminología decolonial y decolonialismo jurídico.....	76
III. LA PLURALIDAD CULTURAL. UN PROBLEMA DE GESTIÓN DE PERSONAS HISTÓRICO Y ACTUAL: DE LA GUERRA DE CONQUISTA A LA INTERCULTURALIDAD CRITICA	78

1. Introducción.....	78
2. Guerra de conquista, deshumanización y bestialización.....	80
3. La re-colonialidad y el neoliberalismo étnico.....	83
4. La multiculturalidad y el multiculturalismo	85
5. La interculturalidad.....	89
6. La interlegalidad y las Comisarias de la mujer. Una mirada comparada al caso ecuatoriano.....	90
7. Evolución en el reconocimiento de los Pueblos Originarios en Chile: de etnias a Pueblos Indígenas.....	95
8. Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo trato con los Pueblos Indígenas.....	96
IV. APORTES DE LOS ESTUDIOS FEMINISTAS E INDÍGENAS AL DERECHO PENAL EN MATERIA DE VIOLENCIA MACHISTA	102
1. Principales Teorías feministas desde los años 60 a la actualidad	102
2. La epistemología feminista y la relevancia de la experiencia personal dentro de la investigación.....	113
3. Investigación, epistemología y metodología indígenas. Teorías del Norte del continente americano	120
4. El feminismo jurídico en el análisis del Derecho y el Derecho Penal	121
5. La dificultad de conceptualizar la violencia machista	125
5.1. Violencia doméstica.....	126
5.2. Violencia intrafamiliar.....	126
5.3. Violencia de género.....	127
5.4. Violencia patriarcal.....	129
5.5. Violencia machista y terrorismo machista.....	130
5.6. Violencia sobre la mujer	131
5.7. Femicidio	134
5.8. Feminicidio	138
6. La violencia machista y los factores que la determinan. Aportes desde la criminología crítica	140
7. Estereotipos que victimizan: de mujer maltratada a mujer que ha sufrido maltrato	143

SEGUNDA PARTE

MARCO JURÍDICO DE PROTECCIÓN DE LAS MUJERES DE PUEBLOS ORIGINARIOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y REGIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

I. INTRODUCCIÓN	147
II. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE VIOLENCIA O DISCRIMINACIÓN CONTRA LAS MUJERES	151
1. Sistema de Derechos Humanos de Naciones Unidas.....	151
1.1. Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer	151
1.2. Declaración y Programa Acción Viena.....	154
1.3. Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer.	157
1.4. IV Conferencia Mundial de la Mujer.....	158
2. Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer	160
III. SISTEMA INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS	163
1. Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.....	164
2. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas	171
IV. REGLAS DE BRASILIA SOBRE ACCESO A LA JUSTICIA DE LOS GRUPOS EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD	173
V. CRÍTICA FEMINISTA AL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS	177
VI. RECAPITULACIÓN.....	180

TERCERA PARTE

VIOLENCIA MACHISTA CONTRA LAS MUJERES MAPUCHE. ANÁLISIS DE LAS LEYES DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR Y SU APLICACIÓN EN LOS TRIBUNALES PENALES Y DE FAMILIA EN LA ARAUCANÍA

I. INTRODUCCIÓN	185
II. LEY 19.325, DE 27 DE AGOSTO DE 1994, ESTABLECE NORMAS SOBRE PROCEDIMIENTOS Y SANCIONES RELATIVOS A LOS ACTOS DE VIOLENCIA INTERFAMILIAR	189
1. Proyecto de Ley sobre Violencia Doméstica de 1991	189
1.1. Objetivos e innovaciones del Proyecto de Ley sobre Violencia Doméstica.	190
1.2. Tramitación del Proyecto de Ley de Ley 19.325, Establece Normas sobre Procedimientos y Sanciones relativos a los Actos de Violencia Intrafamiliar.	192
2. La definición de violencia intrafamiliar y bien jurídico protegido en la Ley N° 19.325.....	193
2.1. Discusión legislativa sobre la definición y alcance del concepto de violencia intrafamiliar.	193
2.2. El bien jurídico protegido en la violencia intrafamiliar y objeto de la ley 194	
2.3. La competencia jurisdiccional para causas de violencia intrafamiliar..	198
2.4. El procedimiento en causas de violencia intrafamiliar.	205
2.5. Sanciones y medidas de seguridad y corrección.....	210
2.6. El Registro especial de personas condenadas por actos de violencia intrafamiliar.....	210
3. La conciliación en la Ley N° 19.325.....	211
3.1. La conciliación en el contexto de la recepción de los mecanismos alternativos a la resolución de conflictos en Chile.....	211
3.2. La introducción de la conciliación en los debates legislativos de la Historia de la Ley 19.325.....	215
3.3. Regulación de las materias que pueden ser objeto de conciliación	222
3.4. La conciliación como una instancia obligatoria o voluntaria para las partes y la obligación de instar a las partes a la conciliación.....	223

3.5.	La presencia de las partes en el acto de conciliación.....	224
3.6.	El plazo y la audiencia de conciliación.....	225
3.7.	La adopción de medidas precautorias.....	226
3.8.	La naturaleza de la conciliación que establece la Ley 19.325	226
3.9.	Críticas a la regulación de la conciliación.	229
4.	Críticas desde una perspectiva decolonial feminista a la Ley 19.325.....	232
III. LEY 20.066, DE 7 DE OCTUBRE DE 2005, QUE ESTABLECE LA LEY DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR		236
1.	Historia de la Ley N° 20.066 de violencia intrafamiliar	238
2.	El bien jurídico protegido en la Ley de Violencia Intrafamiliar	241
2.1.	La violencia intrafamiliar y su irrupción en la sistemática del Código Penal	241
2.1.	El bien jurídico protegido en el artículo 5 y el artículo 14 de la Ley de Violencia intrafamiliar.....	243
2.2.	La experiencia española: Una visión comparada del bien jurídico protegido en los delitos de violencia doméstica y de género:.....	248
3.	Análisis crítico del concepto de violencia intrafamiliar del artículo 5° de la Ley 20.066	256
3.1.	El concepto de violencia intrafamiliar	257
3.2.	El concepto de violencia intrafamiliar como consagración del modelo occidental heterosexual de relaciones familiares y afectivas.....	259
3.3.	La familia mapuche: convivientes y familia extensa.....	260
3.4.	La inclusión de la violencia en parejas del mismo género como un tipo de violencia intrafamiliar	262
3.5.	Críticas y problemáticas derivadas de la conceptualización como violencia intrafamiliar	264
4.	El sujeto activo y pasivo en contexto de violencia intrafamiliar	269
4.1.	El sujeto activo en violencia intrafamiliar en contexto de relación de pareja	269
4.2.	Sujeto pasivo de la violencia machista en relaciones de pareja en contexto de violencia intrafamiliar	273
5.	La condición de vulnerabilidad.....	274
6.	La violencia intrafamiliar constitutiva de delito	276
6.1.	Introducción	276

6.2. Análisis del delito de maltrato habitual	278
El artículo 14 crea un tipo penal nuevo denominado maltrato habitual — siguiendo el modelo del Código Penal español—, el cual modifica la sistemática de los delitos de lesiones, y reconoce la violencia en todas sus dimensiones:	
física, psicológica y sexual.	278
6.2.1. La conducta típica	280
6.2.2. La habitualidad en el delito de maltrato habitual.....	283
6.2.3. El deber de garante en el delito de maltrato habitual.....	287
6.2.4. La procesabilidad del delito de maltrato habitual.....	289
7. Medidas cautelares y accesorias en procedimientos de delitos constitutivos de violencia intrafamiliar.....	290
IV. OTRAS DISPOSICIONES PENALES QUE PUEDEN SANCIONAR LA VIOLENCIA MACHISTA	297
1. Lesiones	297
2. Agravantes tradicionales y agravante antidiscriminación.....	298
3. Femicidio	301
V. LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR EN LOS JUZGADOS DE FAMILIA 303	
1. La decisión del Tribunal de Familia de considerar el maltrato intrafamiliar como maltrato habitual o constitutivo de delito en contexto de violencia intrafamiliar.....	304
2. Medidas cautelares y de protección. Valoración del Factor riesgo	307
3. Contenido de la sentencia por maltrato constitutivo de violencia intrafamiliar: sanción, medidas accesorias y fijación de materias relativas a la filiación y otras cuestiones de orden familiar	313
4. El Registro especial de sanciones y medidas accesorias por violencia intrafamiliar. Inscripción y omisión de anotaciones.....	314
VI. EL IMPACTO EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DE LA LEY DE INTRAFAMILIAR	317
VII. INTERCULTURALIDAD E INTERLEGALIDAD EN LA APLICACIÓN DE LA LEY 20.066: NUEVAS INSTITUCIONES JUDICIALES Y ESTRATEGIAS DE DEFENSA.....	323
1. La ruta intercultural para la resolución de la violencia intrafamiliar.....	323

2.	La nueva institucionalidad penal como factores de evolución en la aplicación de la Ley 20.066 en causas de violencia intrafamiliar en personas mapuche.....	327
2.1.	Introducción.....	327
2.2.	La Defensoría Penal Pública Mapuche.....	330
2.3.	Peritajes Antropológicos.....	332
2.4.	El oficio de facilitadora o facilitador intercultural.....	339
2.5.	Centro de la Mujer Móvil de La Araucanía.....	343
2.6.	Módulo de atención e información del SERNAM.....	343
3.	Las diferencias culturales como elemento en las estrategias jurídico penales en causas de violencia intrafamiliar entre personas mapuche.....	344
3.1.	Defensas culturalmente motivadas.....	344
3.2.	Los delitos culturalmente motivados.....	346
3.3.	El error de prohibición culturalmente motivado.....	349
3.4.	Reconocimiento del proceso de justicia mapuche: non bis in ídem y acuerdos reparatorios.....	352
VIII. LOS ACUERDOS REPARATORIOS EN CHILE. UNA VISIÓN CRÍTICA DE SU RECEPCIÓN, SU PROHIBICIÓN EN CONTEXTO DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR Y SU APLICACIÓN A PERSONAS DE IDENTIDAD MAPUCHE.....		
354		
1.	Introducción.....	354
1.	Los acuerdos reparatorios y la mediación como formas de Justicia Restaurativa que se introduce con la Reforma Procesal Penal.....	355
1.1.	El origen de los modelos de Justicia Restaurativa.....	355
1.1.	Definición y regulación de los acuerdos reparatorios en el Código Procesal Penal.....	358
1.2.	Concepto y fundamento de la mediación en la Ley 19.968 que Crea los Tribunales de Familia.....	363
2.	La discusión sobre la prohibición de celebrar mediación o acuerdos reparatorios en la Historia de la Ley 20.066.....	367
3.	Intersecciones entre la prohibición de los acuerdos reparatorios, la suspensión condicional de la dictación de la sentencia y la salida alternativa de suspensión condicional del procedimiento.....	374
4.	El cumplimiento relativo de la prohibición de los acuerdos reparatorios en causas penales de violencia intrafamiliar.....	380

IX. RECONOCIMIENTO DE LA JUSTICIA MAPUCHE Y SU ENCAJE	
DENTRO DE LA INSTITUCIÓN DE LOS ACUERDOS REPARATORIOS	384
1. Introducción	384
2. Argumentos de la Defensoría Penal Mapuche para fundamentar los acuerdos reparatorios en causas de violencia intrafamiliar en los Juzgados de Garantía	385
3. Desarrollo y resultado de una audiencia de acuerdo reparatorio entre personas mapuche	389
4. Contenido de un acta de audiencia de acuerdo reparatorio.....	391
5. Delitos susceptibles de acuerdos reparatorio en los Juzgados de Garantía de La Araucanía.....	396
6. Fundamentos de oposición del Ministerio Público y del Instituto Nacional de Derechos Humanos a los acuerdos reparatorios	397
7. La fundamentación de la Corte de Apelaciones de Temuco.....	401
8. Los procesos restaurativos en contexto de violencia machista.....	404
8.1. Críticas al uso exclusivo del Derecho Penal en violencia intrafamiliar	405
8.2. Críticas a las modalidades de procesos restaurativos aplicadas en contexto de violencia intrafamiliar	408
9. La mediación basada en la Justicia Restaurativa aplicada en causas de violencia intrafamiliar	411
10. Conclusiones y propuestas para el Estado, sobre la regulación de los acuerdos reparatorios en contexto de violencia intrafamiliar entre personas de identidad cultural mapuche	419
X. PROYECTO DE LEY SOBRE EL DERECHO DE LAS MUJERES A UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA	422

CUARTA PARTE

LA JUSTICIA INDÍGENA. RECONOCIMIENTO DEL SISTEMA SANCIONADOR DEL AZ MAPU, Y SU APLICACIÓN EN CONTEXTO DE VIOLENCIA MACHISTA E INTRAFAMILIAR

I. UNA VISIÓN COMPARADA ENTRE LA FORMA DE RESOLVER CONFLICTOS EN EL SENO DE COMUNIDADES ÍNDIGENAS EN AMÉRICA LATINA	431
1. Diferentes propuestas terminológicas para conceptualizar el sistema de resolución de conflictos de los pueblos indígenas	432
2. Fundamentos o principios generales que rigen la forma de resolver conflictos en el seno de comunidades indígenas de América Latina.....	435
2.1. Principio de legalidad	436
2.2. Bien jurídico protegido en el Sistema Sancionador Indígena.....	440
2.3. Fines de la pena en el Derecho Sancionador Indígena	441
3. El reconocimiento de los sistemas sancionadores indígenas como derechos colectivos en Chile.....	442
II. EL SISTEMA SANCIONADOR DEL <i>AZ MAPU</i>	443
1. La cosmovisión mapuche o <i>Az Mapu</i>	444
2. Las normas de conducta en el <i>Az Mapu</i>	447
3. El <i>Az Mapu</i> en su función sancionadora en conflictos de violencia contra las mujeres en relaciones de pareja	452
3.1. El origen colonial de la violencia machista	452
3.2. La sanción de la violencia machista en el <i>Az Mapu</i>	457
III. LOS ACUERDOS REPARATORIOS COMO FORMA DE APLICACIÓN DEL <i>AZ MAPU</i>, Y SU RECONOCIMIENTO EN UNA JUSTICIA INTERCULTURAL. UNA PROPUESTA PARA AVANZAR EN LA INTERLEGALIDAD.....	459

QUINTA PARTE

AUSTRALIA, UNA EXPERIENCIA COMPARADA: CRIMINOLOGÍA DEL SUR Y *ABORIGINAL COURT*

I. INTRODUCCIÓN	465
II. ACLARACIONES TERMINOLÓGICAS	466
III. MARCO TEÓRICO. LA CRIMINOLOGÍA DEL SUR.	467
IV. APROXIMACIÓN HISTÓRICA A LA CONQUISTA Y CONSTRUCCIÓN DE AUSTRALIA	471
1. Primeras expediciones y asentamientos europeos en territorio australiano..	471
2. Desarrollo de la colonización británica de Australia	474
3. Políticas gubernamentales de aniquilación, desarraigo, asimilación y discriminación de género	477
3.1. Generación del sentimiento de desprecio e inferioridad a las personas Aborígenes	478
3.2. Creación de reservas	479
3.3. Generaciones robadas. Política de reducción, desarraigo y asimilación	480
3.4. Discriminación de género en el discurso colonial en Australia.....	487
3.5. El racismo en la legislación australiana.....	491
4. Situación actual de las personas Aborígenes e Isleñas del Estrecho de Torres	491
V. ALCOHOLISMO Y VIOLENCIA MACHISTA E INTRAFAMILIAR. SU ABORDAJE DESDE LOS PROGRAMAS PÚBLICOS	493
VI. LAS <i>ABORIGINAL COURT</i> EN MATERIA PENAL.....	496
1. Origen, objetivos, modelos y composición de las <i>Aborinal Courten</i> Australia	496
2. Requisitos procesales en las <i>Aboriginal Court</i> en materia penal.....	504
3. Idoneidad de los tribunales indígenas en lo penal para resolver sobre delitos de violencia intrafamiliar	506
VII. CONCLUSIONES. TRIBUNALES INDÍGENAS EN LO PENAL EN AUSTRALIA, UNA EXPERIENCIA COMPARADA PARA REPENSAR LA INTERLEGALIDAD EN CHILE	510

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS	515
CONCLUSIÓNS E PROPOSTAS [GAL]	545

BIBLIOGRAFÍA

I. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	573
II. LEGISLACIÓN	603
1. Decretos	603
2. Leyes	603
3. Proyectos de Ley	605
4. Historia de la Ley	606
5. Solicitud de transparencia	607
6. Convenios y Tratados Internacionales	607
6.1. Naciones Unidas	607
6.2. Organización Internacional del Trabajo.....	608
7. Organización de Estados Americanos	609
8. Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia.....	609
9. Legislación extranjera.....	610
9.1. Legislación española.....	610
9.2. Legislación australiana.....	610
III. JURISPRUDENCIA	610
1. Jurisprudencia de tribunales chilenos	610
2. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	615
3. Jurisprudencia de otros países.....	615
IV. REFERENCIAS WEB	615
3.1. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile	615
3.2. Cámara de los diputados	617
3.3. Gobierno de Chile	618
3.4. Carabineros de Chile.....	618
3.5. Policía de Investigaciones de Chile	618
3.6. Poder Judicial de Chile	619

3.7.	Otras referencias	619
------	-------------------------	-----

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1	Número de denuncias en los tribunales de familia por violencia intrafamiliar en la región de La Araucanía
Tabla 2	Número de denuncias por violencia intrafamiliar en la región de La Araucanía
Tabla 3	Casos con participación del ministerio público de violencia intrafamiliar en la región de La Araucanía
Tabla 4	Suspensión condicional y otras formas de término
Tabla 5	Acuerdos reparatorios aplicados en violencia intrafamiliar
Tabla 6	Resumen de términos aplicados en acuerdos reparatorios para delitos VIF
Tabla 7	Acuerdos reparatorios aprobados en causas de violencia intrafamiliar celebrados entre personas mapuche en juzgados de garantía
Tabla 8	Clasificación por sujeto activo/ pasivo en los acuerdos reparatorios en contexto de violencia machista en los juzgados de garantía de la región de La Araucanía
Tabla 9	Contenido de los acuerdos reparatorios en contexto de violencia intrafamiliar de los juzgados de garantía de la región de La Araucanía
Tabla 10	Decisiones de la corte de apelaciones de Temuco sobre acuerdos reparatorios entre personas mapuche en causas de violencia intrafamiliar

ABREVIATURAS

AR	Acuerdo Reparatorio
CA	Corte de Apelaciones
AIET	Aborígenes y personas isleñas del Estrecho de Torres
BCN	Biblioteca del Congreso Nacional de Chile
CDHIO	Comisión de Derechos Humanos e Igualdad de Oportunidades
CEDAW	Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer
CESFAM	Centro de Salud Familiar
CONADI	Corporación Nacional de Desarrollo Indígena
CONVENCIÓN BDP	Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la Mujer, de 14 de agosto de 1995 (Convención de Belém do Pará)
CP	Código Penal
CPC	Código Procedimiento Civil
CPP	Código Procesal Penal
CSW	Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer
DC	Partido Por la Democracia Cristiana
DEVM	Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, Resolución de la Asamblea General 48/104 del 20 de diciembre de 1993
DPP	Defensoría Penal Pública

DPPM	Defensoría Penal Pública Mapuche
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos
HREOC	<i>Human Rights and Equal Opportunity Commission</i>
INDH	Instituto Nacional de Derechos Humanos
INE	Instituto Nacional de Estadística
J G	Juzgado de Garantía
MASC	Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos
MCD	Modernidad/Colonialidad/Decolonialidad
MESEVI	Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer
NAILL	Secretario del Servicio Legal para los Aborígenes Nacionales e Isleños
ONU	Organización de Naciones Unidas
PDI	Policía de Investigaciones
PPD	Partido por la Democracia
PS	Partido Socialista
RCIADIC	Real Comisión para la Investigación de las Muertes Aborígenes bajo Custodia
RIT	Rol Interno del Tribunal
RUC	Rol Único de Causa
RPP	Reforma Procesal Penal
SERNAM	Servicio Nacional de la Mujer

SERNAMEG	Servicio Nacional de la Mujer y Equidad de Género
SIDH	Sistema Interamericano de Derechos Humanos
SNAICC	Secretario para el Cuidado Infantil de Aborígenes Nacionales e Isleños
UDI	Partido Nacional Unión Demócrata Independiente
VIF	Violencia Intrafamiliar

GLOSARIO¹

Ailla Rewe/ Rewe	Aylla	Figura territorial mapuche, conformada por hasta nueve Rewen Mapu. También puede denominarse Fütalmapu
Az Mapu		El concepto Az Mapu tiene diversos significados, puede referirse a estar bien, en armonía con el ser interno y con todas las fuerzas que rodean a las personas en su entorno natural y cósmico. Y también puede referirse al sistema de justicia o cosmovisión mapuche
Fütalmapu		Figura territorial mapuche, conformada por hasta nueve Rewen Mapu. También puede denominarse Aillarewe.
Gen		Entidades superiores o divinidades dueñas de todas las cosas. Puede significar también obligación/sanción de respetar.
Gen Kuze		Diosa vieja
Gen Gucha		Dios viejo
Gen Ülcha		Diosa joven
Gen Weche		Dios joven
Kultrung		Instrumento musical
kupalme		Consanguinidad

¹ Debe advertirse que no existe en la actualidad unas reglas ortográficas fijadas en el mapudungun y que para la misma palabra podemos encontrar diversas formas de escritura. El contenido de este glosario se ha elaborado a partir de diferentes artículos donde los conceptos aparecían definidos que se citan a lo largo de la presente tesis de doctorado, y citamos a continuación: PAINEMAL MORALES, Millaray, y Andrea ALVAREZ DÍAZ, *Caminando Juntas hacia la recuperación del Kvme Mogen y el Azmapu*. Santiago de Chile: FACSO Ediciones, 2015; SÁNCHEZ CURIHENTRO, Juan. «El Az Mapu o sistema jurídico mapuche.» *Revista Crea* (Universidad Católica de Temuco), n° 2, 2001.

y también se ocupado el Diccionario biligüe de Mapudungun de Eric MOYA, *Mapudungun Diccionario. Mapudungun-Español*. Santiago de Chile: Ediciones Olimpo, 2010.

Lam	Consejo conformado por un grupo de personas sabias.
Lof	Estructura del territorio donde vive una comunidad
Logko/a o lonko	Líder de un lof
Machi	Es quien se puede comunicar con los gen, es también la médica con especialidad en medicina general.
Mafün,	Ceremonia de casamiento mapuche
Mapuche	En su traducción winka al castellano significa "gente de la tierra", sin embargo, para los mapuche tiene un significado mucho más profundo, hace referencia a un ciclo vital, en que el ser humano nace de la tierra, vive, transita, cuida, se alimenta y protege la tierra de la que nació y al morir vuelve a ésta.
Mapudungu	Idioma del pueblo mapuche, su significado es: el hablar de la gente de la tierra.
melifolikupan	Raíces familiares
Minche Mapu	Tierra de Abajo
Nag Mapu	Tierra de aquí
Nguillatúe(s)	Centro ceremonial
Ngulumapu	También se escribe <i>Wall Mapu</i> , es el territorio histórico mapuche y comprende las actuales regiones del Bio Bio, de la Araucanía, de Los Ríos y de Los Lagos.
Tuwun	Procedencia
Rewe Mapu	Estructura territorial mapuche conformada por hasta un máximo de 9 Lof, al frente de la misma está el Ülmen Logko.
Ñuke Mapu	Madre Tierra.
Ülmen	Hombre importante.

Ülmen Logko	Líder del Rewe Mapu, elegido entre los mejores lonkos.
Ülmen Logko	Fütxa Líder de un Aillarewe o Fütalmapu, este cargo era elegible.
Wall Mapu	Territorio mapuche donde viven todos los estados o Ailla Rewe
Weno Mapo	Tierra de Arriba
Winka o wingka	Persona que no es de origen mapuche, tradicionalmente se ocupaba para referirse a las personas extranjeras, hoy es habitual referirse a las personas chilenas en general como winkas.
Wingka zugo	Idioma español
Yan	Respecto a todo lo que nos rodea también puede ser interpretado como derecho a ser respetado
Zugo	Lengua no mapuche

El Estado entrega aquí con una mano lo que ya retiró con la otra: entrega una ley que protege a las mujeres de la violencia a que están expuestas porque ya rompió las instituciones tradicionales y la trama comunitaria que las protegía.

RITA SEGATO 2011

PRESENTACIÓN

Deseo empezar esta Tesis de doctorado acudiendo a una norma de protocolo poco habitual en los trabajos de investigación en Derecho Penal, pero muy frecuente en investigaciones y textos indígenas y feministas; quiero empezar por presentarme, y lo hago como una forma de mostrar mi respeto a las personas mapuches a quienes en primer lugar se dirige esta investigación. Y también como muestra de coherencia con los principios de la investigación feminista e indígena que señalan que han de escribirse también los textos científicos en primera persona, cosa que no sucede en esta tesis, que acude mayoritariamente a la tercera persona del plural.

Mi nombre es Sheila Fernández Míguez, mi identidad cultural es gallega y mi pasaporte establece que mi nacionalidad es la española. Me crié en un pueblo rural del sur de Galicia, estudié en un colegio católico y posteriormente realicé mis estudios de bachillerato en el instituto público de Salvaterra de Miño y en la Universidad pública, Universidade da Coruña, situada en el norte de mi país, me licencié en Derecho.

En el año 2013 me decido a realizar mi doctorado y como consecuencia de la crisis económica en España que afectó gravemente a los presupuestos en investigación y mi interés en América Latina me animé a postular a una beca de doctorado en Chile. Es así como me decido a estudiar la protección frente a la violencia machista con que cuentan las mujeres mapuche que han sufrido maltrato dentro de sus comunidades, la que ofrece el Estado y el Derecho Internacional.

INTRODUCCIÓN

La presente investigación parte de la necesidad de analizar cómo se han abordado y cómo se abordaban los conflictos de lo que en Chile se denomina «violencia intrafamiliar» cuando las personas tienen identidad mapuche, desde un nuevo enfoque que sitúe en el centro las tensiones de género/raza-etnia, para lo que empleamos la teoría decolonial feminista, con el objetivo de detectar los principales problemas y realizar las propuestas idóneas que mejoren la actual respuesta a la violencia machista en territorio indígena.

La investigación se ubica geográficamente en el *Wall Mapu*, *Ngulumapu*, o territorio mapuche, que en la actualidad se encuentra fragmentado entre Chile y Argentina. Dentro de Chile comprende las regiones actuales del Bío Bío, de La Araucanía, de Los Ríos y de Los Lagos. En el presente estudio nos centramos en la región de La Araucanía, por ser la región donde viven más porcentaje de personas mapuche.

La hipótesis de partida tiene como objetivo verificar la existencia de un sesgo racista y conservador en la redacción de las normas de violencia intrafamiliar y en su aplicación. De esta hipótesis nace nuestro objetivo principal: de existir racismo institucional sobre las personas de origen mapuche en Chile, cómo puede superarse en aras a garantizar el derecho de acceso a la justicia para aquellas personas y especialmente las mujeres, por ser las víctimas mayoritarias de los delitos de violencia machista en contexto de pareja e intrafamiliar, reconociendo y respetando su cosmovisión y en concreto la forma de solucionar los conflictos en su cosmovisión, el *Az Mapu*.

Para verificar nuestra hipótesis de partida y lograr nuestro objetivo principal nos marcamos diferentes objetivos secundarios que se corresponden con las partes en las que se estructuró la investigación.

En la Primera Parte, titulada «La decolonialidad, la epistemología feminista e indígena como marcos teóricos para el análisis de la legislación en prevención y sanción de la violencia intrafamiliar en el *Wall Mapu*», abordamos el primer objetivo

secundario: establecer un marco teórico que permita el análisis legislativo e institucional desde una mirada indígena e interseccional. Este marco teórico se elabora empleando la teoría decolonial², las epistemologías feministas³ y las teorías críticas de la justicia intercultural⁴. Este constructo epistémico permite establecer una relación entre el continuo de violencia desde la colonia hasta la actualidad, analizar el racismo de origen colonial en América Latina y como afecta a la situación actual de los Pueblos Indígenas. En concreto al Pueblo Mapuche y a la producción académica realizada en Chile que responde a un patrón de conocimiento de sesgo eurocéntrico y patriarcal, por lo que se hace necesario, no solo descolonizar la academia, sino también despatriarcalizarla⁵ desde los nuevos feminismos decoloniales e indígenas para analizar la legislación existente, y desvelar qué modelo de mujer y de víctima han tenido de referencia en las leyes de violencia intrafamiliar, para poder criticar y construir nuevas propuestas.

Nuestro segundo objetivo, conocer si la legislación chilena cumple con los estándares internacionales se aborda en la Parte Segunda titulada «Marco jurídico de protección de las Mujeres de Pueblos Originarios desde el Derecho Internacional y Regional de los Derechos Humanos». Al movernos en el plano legal, es necesario conocer qué derechos están internacionalmente reconocidos para las mujeres, en tanto que mujeres y en tanto que indígenas para posteriormente ponerlos en relación con la legislación interna. Estos dos planos de análisis internacional y estatal nos permiten

² Referimos a continuación a las principales autoras y autores que serán nombrados en el transcurso de esta investigación: ANÍBAL QUIJANO, WALTER MIGNOLO, YUDERKYS ESPINOSA-MIÑOSO, MARÍA LUGONES, ENRIQUE DUSSEL, MAX S. HERING TORRES, CATHERINE WALSH, EDGARDO LANDER, RAMON GROSGOUEL, SANTIAGO CASTRO-GOMEZ

³ Vid., CATHERINE MACKINNON, ZULEMA PALERMO, DORIS QUIÑIMIL VASQUEZ, VÉRONICA RENATA LÓPEZ NÉJERA, ELIZABETH SCHNEIDER, RITA LAURA SEGATO, JUDITH SALGADO, SANDRA HARDING, entre otras/os tienen desarrollado las críticas a la ciencia como un orden patriarcal, y desarrollado la epistemología feminista.

⁴ BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, RAQUEL YRGOYEN FAJARDO, MYRNA VILLEGAS DÍAZ, EDUARDO MELLA-SEGUEL, JUDITH SALGADO, AGUSTIN GRIJALVA JIMENEZ, han conceptualizados el derecho indígena y las formas en que se puede recibir o desarrollar dentro de un Estado.

⁵ La teoría de la despatriarcalización que acuña MARÍA GALINDO desde el colectivo “Mujeres Creando” de Bolivia. Como la autora señala, la teoría de la despatriarcalización es una teoría feminista que surge desde los países del Sur con valor universal, para reconectar la génesis de la política y las epistemologías. Desde la teoría de la despatriarcalización se señala al Estado como el espacio donde se reproducen relaciones hegemónicas de poder, y por lo tanto de relaciones patriarcales. Con la invención de la palabra “despatriarcalizar” como matriz se propone un sistema de intervención en todas las esferas, señalando la necesidad de creación epistemológica desde los países del sur, se critica al feminismo europeo y blanco, y se denuncian las estructuras patriarcales de los estados plurinacionales y su utilización de las mujeres indígenas. Ampliamente en GALINDO, María. «Feminismo urgente ¡A despatriarcar! Mujeres creando.» La Paz, Lavaca, 2014.

fundamentar con base en los estándares internacionales los derechos que se deben proteger en la legislación y tribunales estatales⁶.

En la Parte Tercera titulada “Violencia machista contra las mujeres mapuche. Análisis de las leyes de violencia intrafamiliar y su aplicación en los tribunales penales y de familia de La Araucanía”. Nos centramos en el tercer objetivo que está lleno de aristas, pues nuestra intención no era únicamente realizar un análisis jurídico-dogmático de las diferentes leyes⁷, sino conocer también quién era el legislador y qué ideología imperaba en cada momento en la Cámara, para poner la motivación de las leyes en relación con las teorías feministas que han puesto de manifiesto la raíz ideológica que esconde cada conceptualización y tipificación de la violencia. Y analizar como la ausencia de personas mapuche en el legislativo es consecuencia de una sociedad que no ha superado la discriminación a las personas racializadas. En nuestro estudio para identificar donde se produce el racismo –que genera grupos vulnerables y vulnerabilizados cuando se presentan ante la Administración de Justicia– entendíamos que no era suficiente conocer el tenor de la ley, sino que se hacía necesario saber cómo se estaba aplicando, cómo se abordaba en lo concreto el derecho a una vida libre de violencia, la prohibición de los acuerdos reparatorios y el derecho a la cultura y formas tradicionales de resolver los conflictos.

Después de realizar lo que podemos considerar un mapeo de la parte legal e institucional chilena, como cuarto objetivo, se hacía necesario abordar, la cosmovisión mapuche. Así en la Cuarta Parte, titulada «La Justicia Indígena. Reconocimiento del Sistema Sancionador del *Az Mapu*, y su aplicación en contexto de violencia machista e intrafamiliar». Se estudia primero, el sistema de Justicia Indígena de una forma comparada con el Derecho, para después analizar el *Az Mapu* centrándonos en la concepción que establece de la familia, el rol de las mujeres y la violencia intrafamiliar, así como la respuesta a este tipo de violencia que puede articularse desde el Sistema Sancionador que contiene el *Az Mapu*. Con el objetivo de implementar un sistema de justicia que se haga cargo de la pluralidad cultural y acepte

⁶ En el análisis del Derecho Internacional desde una mirada feminista MIQUEL ACOSTA, Nicole LACRAMPETTE POLANCO, Catalina LAGOS TSCHORNE. Y para el abordaje de los derechos humanos desde una perspectiva intercultural, véase Claudio NASH ROJAS, Elina MEREMINSKAYA, Soledad TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO,

⁷ La principal doctrina dogmática penal que ha abordado la legislación en violencia intrafamiliar que referenciamos son:

planos de interlegalidad, dentro de las limitaciones que establece el escaso reconocimiento que existe en Chile de los Pueblos originarios.

En la Quinta y última parte de la tesis titulada «Australia una experiencia comparada: Criminología del Sur y *Aboriginal court*», se buscó situar el conflicto de raíz colonial, que supone tanto para el Pueblo Mapuche como el desafío para el Estado de Chile en la esfera internacional. Para ello estudiamos el caso australiano que se consideró idóneo en términos de comparación por dos motivos. El primero de ellos hace referencia al reciente desarrollo de la criminología del Sur, que al igual que la teoría decolonial y los feminismos decoloniales e indígenas, parten de la consideración de que tanto el Estado, como la producción académica, son actualmente formas de colonialidad que limitan articular nuevas respuestas legales y académicas para abordar la violencia machista. En segundo lugar, Australia cuenta con la institución de las *Aboriginal court* o tribunales indígenas, compuestos por jueces y/o juezas que, junto a autoridades Aborígenes y diferentes integrantes de la comunidad participan con la persona que ha cometido algún ilícito penal y la víctima para resolver el conflicto donde están involucradas personas Aborígenes, evitando imponer penas privativas de libertad y que la persona pueda reintegrarse a la comunidad. Propuesta que resulta interesante para explorar la posibilidad de una jurisdicción indígena en Chile.

Ahí donde existe un privilegio, un derecho es negado, precisamente porque los privilegios no son universales, como son pensados los derechos (igualmente, ahí donde un derecho es negado, se construye un privilegio). El sistema de privilegios racistas que favorece a las blancas me otorga muchos argumentos para que no los reconozca como tales y pueda seguir gozándolos. Gracias a ellos, puedo esgrimir un discurso, que la academia me ofrece, con que justificar mis éxitos como buena estudiante y esforzada docente, obviando las facilidades que tuve para alcanzarlos.

FRANCISCA GARGALLO CALENTANI⁸

⁸GARGALLO CALENTANI, Francesca. *Feminismos desde Abya Yala. Ideas y proposiciones de las mujeres de 607 pueblos en nuestra América*. Ciudad de México: Corte y confección, 2014, p. 19.

PARTE PRIMERA

MARCOS TEORICO PARA EL ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN EN PREVENCIÓN Y SANCIÓN DE LA VIOLENCIA MACHISTA EN CHILE Y EN EL *WALL MAPU*

I. INTRODUCCIÓN

En el presente capítulo desarrollaremos las teorías que nos servirán de base para analizar las diferentes legislaciones, derogadas y actuales, que en Chile se han implementado para abordar uno de los principales problemas de Derechos Humanos en la actualidad, la «violencia machista», que en el contexto legal chileno principalmente se aborda dentro del concepto de «violencia intrafamiliar», dentro del cual solo se incluye la violencia que se produce entre personas de la misma familia o entre personas que mantienen o han mantenido una relación de pareja o descendencia común.

Para sentar las bases de la discusión avanzamos que consideramos la «violencia machista», una manifestación específica enraizada culturalmente, de discriminación y desigualdad en las diversas sociedades organizadas sobre un sistema binario decolonial/patriarcal/heterosexual, esto es, donde los hombres blancos y heterosexuales tienen el poder, sostenido por una ideología machista y heterosexual; donde se sitúan por encima de las características femeninas las masculinas, lo que permite en última instancia, legitimar el poder de los hombres adultos con características corporales (sexo) nítidamente varoniles y orientación afectivo sexual heterosexual, por sobre todas las personas: mujeres, adolescencia, infancia, diversas orientaciones afectivo sexuales, personas racializadas y trans⁹.

El mantenimiento de esta jerarquización social, se sostiene sobre una compleja estructura de dominios históricos y entrecruzados, donde no se ha renunciado ni se renuncia al uso de la fuerza para mantenerla. Es en este punto donde se producen

⁹ Con el prefijo trans nos referimos de forma conjunta a las personas: transexual, travesti y transgénero.

agresiones xenófobas y violencia homofóbica, discriminación sexista, abuso de infancia y adolescencia, que siguiendo la definición que hemos establecido podrían agruparse en un concepto más amplio de violencias machistas. Todos estos tipos de violencia tienen un denominador común, la idea en el agresor de ostentar una posición de dominio, de privilegio sobre la persona a la que está agrediendo. Y esa agresión se realiza con la intención de mantener el estatus quo que le permite mantener su privilegio. Esta violencia construida sobre la idea de dominio se entrecruza con otros factores como son la clase social, la identidad cultural, la situación de residencia legal o estatus migratorio, el conocimiento del idioma, el respeto del Estado a las culturas indígenas, y el consumo de drogas o alcohol. Todos estos factores deben ser tenidos en cuenta en cada caso de violencia machista, se produzca esta en contexto intrafamiliar, o en otras circunstancias.

La violencia machista en contexto intrafamiliar presentará diferencias entre una familia blanca urbana y una familia indígena y rural, entre otros motivos, porque el machismo se ha fusionado también con las diferentes cosmovisiones indígenas, dando lugar a sistemas de organización patriarcal con diferencias respecto del modelo occidental. Esto significa que pueden existir varios factores determinantes en un conflicto de violencia que están condicionando la experiencia como víctima y las estrategias de resistencia a la violencia que puede ocupar para salir del ciclo de la violencia. De esta forma, no cuentan con y/o no aplican las mismas herramientas una mujer blanca, con independencia económica, que una mujer mapuche, de una zona rural de La Araucanía, (región de Chile con mayor porcentaje de personas mapuche, por ello es donde se centra la presente investigación).

Esta experiencia de haber sufrido maltrato, y como las víctimas se relacionan con la Administración de Justicia dentro del marco legal que se ha ido estableciendo para abordar la violencia machista en contexto intrafamiliar, es el punto de partida que obliga a ampliar las herramientas de análisis más allá de la dogmática penal para buscar las respuestas a las siguientes preguntas: (1) ¿Cuál es el origen de la discriminación racial que existe en Chile respecto de sus Pueblos Originarios?; (2) ¿Quién ha sido el legislador en cada Ley de Violencia Intrafamiliar?; (3) ¿Qué perfil de víctimas inspiró la legislación?; (4) ¿Qué legislaciones comparadas se tienen en cuenta para redactar la legislación chilena?; y (5) ¿Por qué hay una ausencia de referencias a la diversidad cultural indígena y las necesidades de estas mujeres en las leyes de violencia intrafamiliar?

Estas preguntas nos señalan intersecciones que iremos abordando a lo largo de la presente investigación con la aplicación de las herramientas que nos aportan los estudios de la «decolonialidad o descolonialidad¹⁰» y las investigaciones que se realizan desde los feminismos.

La decolonialidad es una corriente teórica crítica de raíz latinoamericana que propone la disolución de las estructuras de dominación y explotación configuradas por la colonialidad y el desmantelamiento de sus principales dispositivos, que se construye desde el estudio y de las consecuencias vivas del pasado colonial, investigando las diversas formas de experimentar la invasión europea en diferentes lugares del mundo, lo que da lugar a una múltiple y plural variedad de trayectorias decoloniales¹¹. La teoría decolonial nos permite introducir un análisis que incluye la raza desde la perspectiva indígena Latinoamérica. Es precisamente el hecho de que el Estado Chileno se funde sobre los territorios de diferentes Pueblos Originarios, sosteniendo parte de los valores del colonialismo, lo que justifica la introducción de las investigaciones sobre decolonialidad aplicadas al ámbito del Derecho penal y al estudio de la legislación que se aprobó en materia de violencia machista, especialmente la derogada Ley 19.325, de 27 de agosto de 1994 que establece Normas sobre Procedimientos y Sanciones relativos a los Actos de Violencia Intrafamiliar de 1994 y la actual Ley 20.066, 7 octubre de 2005, que establece la Ley de violencia Intrafamiliar, en adelante Ley 20.066 o Ley de Violencia Intrafamiliar.

La aplicación de las teorías decoloniales-feministas para el análisis de la legislación para erradicar la violencia machista y la violencia intrafamiliar en Chile, nos permite: en primer lugar, analizar cuáles son los principios implícitos y explícitos en el legislador, esto es, si se han tenido en cuenta las necesidades de los Pueblos Originarios y sus formas de vida a la hora de sancionar leyes que posteriormente se les van a aplicar, y en segundo lugar, analizar si en la fase de implementación y aplicación de estos cuerpos

¹⁰ Dentro de la literatura especializada se utilizan dos voces diferentes para referirse al mismo objeto, estudios descoloniales o decoloniales, como nos indica el GRUPO DE ESTUDIOS SOBRE COLONIALIDAD (en adelante GESCO) “ambas formas morfológicas refieren en general a la disolución de las estructuras de dominación y explotación configuradas por la colonialidad y el desmantelamiento de sus principales dispositivos”. Catherine Walsh, citada por GESCO, indica que la supresión de la letra “s” no significa la adopción de un anglicismo, sino la introducción de una diferencia en el “des” castellano, pues no sólo se pretende desarmar o deshacer lo colonial. La intención es más bien provocar un posicionamiento de trasgresión insurgencia e incidencia en la Colonidad” vid. GRUPO DE ESTUDIOS SOBRE COLONIALIDAD. «Estudios decoloniales... *op.cit.*, p. 10.

¹¹ Ideas de WALTER MIGNOLO, citado en PALERMO, Zulema (coord), Alejandro DE OTO y Karina BIDASECA. «Conocimiento de otro modo...*op. cit.*, p. 368.

normativos, se han creado instituciones que reconozcan y trabajen para garantizar los derechos de acceso a la justicia de las personas pertenecientes a Pueblos Originarios y en concreto al Pueblo Mapuche.

Completando lo anterior ZULEMA PALERMO indica que asumir la perspectiva decolonial obliga a problematizar sobre la construcción del lugar de enunciación, es decir para quién y desde dónde se enuncia¹², por ello es necesario tener presente desde una perspectiva decolonial-feminista la producción teórica elaborada desde la «epistemología feminista», que problematiza el lugar de enunciación de toda la ciencia y dentro de esta también las teorías jurídicas y las teorías feministas para revisar desde dónde fueron escritas y los privilegios que ostentaban las personas que las escribieron. Y ello, porque en su momento, estas teorías que fueron planteadas como universales sin tener en cuenta, que la universalización es una forma de hegemonía que produce automáticamente una invisibilización de las otras culturas. Por ello, es necesario tener presente que las diferentes culturas responden a patrones culturales también diferentes y por tanto las respuestas también deben ser culturalmente adecuadas.

Consideramos que estos marcos teóricos decolonialidad, feminismo y perspectiva indígena, nos permiten abordar la regulación y aplicación de la Ley de Violencia Intrafamiliar, a personas pertenecientes a comunidades mapuche de La Araucanía en coherencia con el ordenamiento jurídico internacional, y sin incurrir en discriminación. Nuestro estudio se ubica dentro de las Teorías Críticas del Derecho, cuyo objetivo desde el feminismo debe ser como indica ALDA FACIO y LORENA FRIES, el esclarecimiento del rol que desempeña el Derecho en el mantenimiento y reproducción de la ideología y estructuras que conforman el patriarcado¹³, a lo que debemos añadir desde la perspectiva decolonial, visibilizar el rol que desempeña el Derecho en el mantenimiento de estructuras de sesgo racista heredadas de la época colonial o de nueva creación.

¹² En este sentido, es necesario plantearse “‘el lugar’ y los ‘lugares’ como espacios dinámicos, que bien implican fronteras, territorios, conexiones selectivas, interacción y posicionamientos, constituyen tramas en las que las personas son en relación con otras y con la llamada naturaleza (...). De allí, la noción de “lugar de enunciación” se entienda como una construcción de subjetividad ligada a la memoria sociocultural, es decir a la historia local, sin dejar de tener en cuenta la incidencia de la historia personal y las experiencias vitales de cada enunciador individual” vid. PALERMO, Zulema (coord), Alejandro DE OTO y Karina BIDASECA. «Conocimiento de otro modo...*op. cit.*, p. 356.

¹³ Cfr. FACIO, Alda; FRIES, Lorena “Feminismo, género y patriarcado”. En FACIO, Alda; FRIES, Lorena. *Género y Derecho*. LOM Ediciones, Santiago de Chile, 1999, p. 9.

El objetivo de este primer capítulo es fijar las categorías conceptuales que se generan desde estos paradigmas epistemológicos, que nos ayudarán a comprender y sostener las críticas a la legislación chilena en materia de prevención y erradicación de la violencia contra las mujeres, en especial la citada Ley 20.066 de Violencia Intrafamiliar. Para ello en el presente capítulo bajo el título «Aportes de la decolonialidad para la comprensión de un sistema jurídico occidental monocultural en Chile», se abordan los principales conceptos elaborados desde los estudios decoloniales. Los elementos ideológicos de políticas públicas se analizan en el epígrafe «La pluralidad cultural. Un problema de gestión de personas histórico y actual: de la guerra de conquista a la interculturalidad crítica». Y por último bajo el título Aportes de los estudios feministas e indígenas al Derecho Penal en materia de violencia machista, se examina desde una perspectiva histórica las diferentes apuestas teóricas feministas y las diversas conceptualizaciones que se emplean para hacer referencia a la violencia que sufren las mujeres en las relaciones de pareja e intrafamiliar. La organización de los contenidos de esta forma, tiene como fin establecer un diálogo entre ambos marcos teóricos, imprescindibles para la comprensión de la actual sociedad y legislación dedicada a garantizar el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, en el *Wall Mapu* y en el Estado chileno.

II. APORTES DE LA DECOLONIALIDAD PARA LA COMPRENSIÓN DEL SISTEMA JURÍDICO OCCIDENTAL MONOCULTURAL EN CHILE

1. Diferencia entre la teoría post-colonial y los estudios decoloniales

Desde mediados del siglo XX, han emergido con fuerza los «estudios postcoloniales»¹⁴ y los «estudios decoloniales», dos corrientes crítico-teóricas que como indican las argentinas LAURA CATELLI y MARÍA ELENA LUCERO, han irrumpido en la academia, cuyo denominador común es la descolonización. Para comprender estas

¹⁴ Interesa tener presente que mientras estas discusiones suceden en América, en Europa se están discutiendo las posiciones posmodernas. En este sentido tanto los estudios de la posmodernidad en Europa como los coloniales/decoloniales en América son dos trayectorias distintas de crítica a la modernidad. Las críticas europeas a la modernidad se recogen en las teorías de la postmodernidad y el postestructuralismo. Y las críticas latinoamericanas se condensan en las propuestas de los estudios decoloniales.

apuestas teóricas y sus diferencias es necesario como anuncia ADRIANNE RICH¹⁵, en su teoría de la política de la localización, tener claridad de cómo y dónde surge cada una de estas líneas de investigación, dado que, al situar el cuerpo, en este caso la teoría, en un sitio del mapa, que es también un lugar en la historia, se visibilizan situaciones de opresión o privilegio, desde las cuales se escribe. Este lugar formará parte del enfoque, la problemática referida y en consecuencia de la propia investigación. En aplicación de dicha teoría, se presenta una breve descripción de los contextos históricos en los que surgen los estudios postcoloniales y decoloniales, así como unas pequeñas referencias biográficas de las personas que las han desarrollado. Estas referencias nos permiten obtener una visión más clara del objeto de estudio, orientación e intereses de cada línea epistemológica; esta información además nos ayuda a comprender la selección de uno u otro marco teórico a la hora de fundamentar el presente trabajo.

Siguiendo la propuesta de genealogía que realiza ALEJANDRA ARAIZA DÍAZ presentamos de forma breve cuál es el entronque teórico al que responde cada línea de investigación. Dentro de los «estudios sobre la postmodernidad», surgen los «estudios subalternos»¹⁶. Dentro de estos destacan los «estudios culturales» y las «investigaciones post-occidentales»¹⁷, donde se ubican los «estudios coloniales» y dentro de ellos las «teorías post-coloniales» con su giro decolonial y las contribuciones del colectivo Modernidad/Colonialidad al que hoy también suman el concepto Decolonialidad¹⁸.

Los «estudios post-coloniales» se fundan sobre las investigaciones de, entre otros: Edward Said, de origen palestino, fue profesor de literatura en la Universidad de Columbia; Gauatri Spivak, nació en Calcuta en el seno de una familia india con buena

¹⁵ ARAIZA DÍAZ, Alejandra. «De la política de la localización a los conocimientos situados. Notas para la creación de una ciencia feminista.» En *Subjetivización femenina: investigación, estrategias y dispositivos críticos*, de Martha LIÉVANO, y María DUQUE, 165-192. Monterrey, Ediciones UANL. Colección tendencias, 2012.

¹⁶ Este concepto según ZULEMA PALERMO deviene de las construcciones de Guha y Spivak, de sus estancias en las grandes universidades del norte. Para algunas personas aceptarse como subalternas implica sostener la diferencia colonial, que la enuncia como afirma su manifiesto desde universidades norteamericanas de élite. Cfr. PALERMO, Zulema (coord), Alejandro DE OTO y Karina BIDASECA. «Conocimiento de otro modo...*op. cit.*, pp. 376-377.

¹⁷ Para ZULEMA PALERMO las investigaciones post-occidentales tiene una doble pertinencia. Por un lado, a la manera de Edward Said se trata de una construcción que se genera por oposición a “orientalismo”, y desde el pensamiento marxista latinoamericano, a la manera del cubano Fernández Retamar. En ambos casos concluye la autora, se trata de una apropiación categorial vaciada de ideología. Cfr. PALERMO, Zulema (coord), Alejandro DE OTO y Karina BIDASECA. «Conocimiento de otro modo...*op. cit.*, p. 376.

¹⁸ Cfr. CATELLI, Laura y María Elena LUCERO. *Términos claves de la teoría postcolonial latinoamericana: despliegues, matices, definiciones* 1ª ed. UNR Editora. Editorial de la Universidad Nacional de Rosario, Rosario, 2012, p. 6.

posición social, actualmente es profesora de crítica literaria del imperialismo desde una perspectiva feminista, en la Universidad de Columbia, autora en 1985 de *¿Puede hablar el sujeto subalterno?*, y de la traducción al inglés de la obra *De la Gramatología* de Derrida; y Hommi Bhabba, también de origen indio, profesor de literatura inglesa y estadounidense, actualmente director del Centro de Humanidades de la Universidad de Harvard.

Para desarrollar sus investigaciones toman como base el pensamiento post-moderno francés representado por Michel Foucault, Jacques Derrida y Jacques Lacan, que influyen en lo que se denominará pensamiento post-colonial, elaborado desde las diversas experiencias de haber vivido y/o sufrido en alguna colonia, bien francesa, inglesa o alemana arraigadas en, África, India y Asia entre los siglos XVIII y XX.

Por su parte, los «estudios decoloniales» toman su impulso a finales de la década de los noventa en torno a las investigaciones que realiza ANÍBAL QUIJANO, sobre la raza y la colonialidad del poder en territorios de América Latina y el Caribe, colonizados desde el siglo XVI por España, Portugal y otros estados europeos, hechos desencadenadores de la modernidad como sostiene la teoría decolonial. Las investigaciones decoloniales parte de la producción teórica elaborada por del peruano Felipe Guamán Poma de Ayala y su obra de 1615 *Nueva Coronica y buen gobierno*; del ghanés Quobna Ottobach Cugoano, quien en 1770 fue secuestrado y vendido como esclavo en las Indias Occidentales, en 1772 llegará a Inglaterra donde fue bautizado como John Stuart. Junto con otros africanos educados en Reino Unido, constituyó *Sons of Africa*, grupo abolicionista de cualquier tipo de esclavitud. La génesis de estos estudios se conforma también desde el activismo decolonial de Mahatma Ghandi, quien nació en Porbandar, parte de la India Británica, de profesión abogado, se convierte en un importante pensador y político hinduista que luchó por conseguir la independencia de la India a través de la vía de la no-violencia. Posterior a él, entre otros, Aimé Césaire, nació en Martinica en 1913, cuando esta isla está bajo dominio francés, se le reconoce como creador del concepto de negritud, y su obra está marcada por la defensa de sus raíces africanas y Franz Fanon, nacido en 1925 también en Martinica, en el seno de una familia negra con una buena situación económica, de profesión psiquiatra, se le reconoce como filósofo y escritor. Su pensamiento recobra vigencia a través de los estudios de Edward Said, en el ámbito político, apoyó la lucha argelina por la independencia y fue miembro del Frente de Liberación Nacional argelino; Rigoberta

Menchú, nació en Uspantán, en Guatemala, líder indígena defensora de los Derechos Humanos e integrante del grupo Quiche-Maya, entre otros importantes reconocimientos ha ganado el Premio Nobel de la Paz, en el plano político se ha postulado desde diferentes organizaciones como defensora de los derechos de los Pueblos Indígenas a presidenta del país en 2007 y 2011¹⁹.

Las raíces de los estudios decoloniales son las autoras y autores mencionados, sin embargo, el grueso de las primeras elaboraciones teóricas desde la academia fueron realizadas por el colectivo Modernidad/Colonialidad/Decolonialidad (en adelante MCD) compuesto entre otras/os por: los sociólogos Aníbal Quijano (Perú), Edgardo Lander (Venezuela), Ramón Grosfoguel (Puerto Rico) y Agustín Lao-Montes (Colombia); representantes de la semiología como Walter Mignolo (Argentina- EEUU) y Zulma Palermo (Argentina), los antropólogos Arturo Escobar (Colombia) y Fernando Coronil (Venezuela); la pedagoga Catherine Walsh (Ecuador), el crítico literario Javier Sanjinés (Bolivia); y desde el ámbito de la filosofía componen este grupo de trabajo Enrique Dussel (Argentina-México), Santiago Castro-Gómez (Colombia), María Lugones y Nelson Maldonado-Torres (Puerto Rico).

Ambas corrientes teóricas post- y decolonialidad confluyen como señala VERA GAJARDO²⁰ en criticar las consecuencias contemporáneas de la sujeción colonial, pero cada teoría parte de un eje conceptual diferente, mientras que en la teoría postcolonial agotan la explicación en la categoría histórica de colonialismo, los estudios de la decolonialidad señalan que el patrón de poder colonial todavía no se ha subvertido²¹. Otra de las diferencias importante es la geolocalización donde se desarrolla cada línea de investigación, los estudios post-coloniales señalan WALTER MIGNOLO y JORGE LAGOS CAAMAÑO²², operan y operaron más bien desde la academia en Europa y Estados Unidos²³. En el caso de las personas que desarrollan los estudios decoloniales estos se realizan principalmente desde América Latina por personas cuyas trayectorias

¹⁹ La propuesta de autores y autoras para cada corriente postcolonialidad y decolonialidad, está extraída de cfr. Cfr. LAGOS CAAMAÑO, Jorge. «Reseña: Walter Mignolo. Desobediencia epistémica. Retórica de la modernidad, lógica de la colonialidad y gramática de la decolonialidad.» Buenos Aires: Ediciones del Signo. 2010, 126 pp.» *Alpha (Osorno)* n° 35, 2012, p. 208.

²⁰ Cfr. VERA GAJARDO, Antonieta. «Un acercamiento interseccional al discurso de la tradición en casos de violencia a mujeres Mapuche.» Editado por Universidad de los Andes. *Revista de Estudios Sociales*, n° 64, abril 2018, p. 4, nota 4.

²¹ Estos conceptos son abordado *infra* en los siguientes subepígrafes: Colonialismo en la página 37 y Colonialidad en la página 38.

²² Cfr. LAGOS CAAMAÑO, Jorge. «Reseña... *op. cit.*, p. 208.

²³ *Ibíd.*, p. 208.

vitales son más diversas y presentan un mayor compromiso desde el activismo. Este activismo influye en la mirada de la persona que investiga, y también convierte a esta corriente teórica en un movimiento social, que es objeto y sujeto de investigación.

El motivo fundamental que nos hace considerar imprescindibles las contribuciones de los estudios decoloniales en la presente investigación, frente a otras teorías de las ciencias sociales y jurídicas, es que estas investigaciones están geográficamente localizadas y parten de analizar la herida colonial que dejó la conquista en América Latina, especialmente en los Pueblos Indígenas, cuyas consecuencias se pueden rastrear como factores de vulnerabilidad que influyen en la violencia intrafamiliar.

Esta decisión de incluir el marco teórico de la decolonialidad obliga a enfrentar un voluminoso número de estudios críticos y de herramientas epistemológicas complejo de abordar, y ello especialmente porque se construye desde un lenguaje técnico nuevo. Por ello cada vez son más frecuentes trabajos que buscan aclarar este campo conceptual²⁴ y establecer un diálogo interdisciplinar entre las diferentes corrientes y líneas de investigación dentro de las humanidades, artes y ciencias sociales que, por su amplitud, nos brinda una apertura múltiple y heterogénea. En las siguientes líneas abordaremos solo la parte de este campo teórico más relevante para la presente investigación.

2. Conceptos clave de los estudios decoloniales

Los estudios decoloniales en apenas algo más de dos décadas han generado una gran riqueza conceptual, que a la vez se erige como una de las barreras para acercarse a esta disciplina. Para poder comprender las contribuciones teóricas de los estudios decoloniales, partamos por establecer las categorías básicas que conforman la estructura de estas investigaciones. En este sentido consideramos relevante explicar los siguientes conceptos, porque tal como se vienen a redefinir, suponen un ajuste o un cambio sobre el significado de las mismas, habitualmente establecidos por la academia

²⁴ Entre otros, GRUPO DE ESTUDIOS SOBRE COLONIALIDAD. «Estudios decoloniales: un panorama general.» KULA. Antropólogos del Atlántico Sur, abril de 2012; CATELLI, Laura y María Elena LUCERO. Términos claves...op.cit.; GROSFUGUEL, Ramón y Santiago CASTRO-GÓMEZ (edits). *El giro decolonial. Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*. Bogotá: Siglo de Hombre Editores, 2007; LANDER, Edgardo. *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*. CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, Buenos Aires, 2000; CATELLI, Laura y María Elena LUCERO. *Términos claves...op.cit*

europea/occidental: raza, racismo, modernidad, colonialismo, colonialidad, colonialidad del poder, patrón de poder mundial, colonialidad del saber, colonización cultural o colonialidad cultural, colonialidad de género y colonialidad cosmogónica o de la madre naturaleza. Abordar las contribuciones de la teoría decolonial a través de algunas de sus categorías básicas nos permitirá desplegar sus principales propuestas teóricas.

2.1. El concepto de raza

El concepto de raza se ha empleado con frecuencia para diferenciar a los grupos humanos en la sociedad. En la actualidad el concepto de raza hace referencia a las relaciones directas o indirectas de poder que estructuran la vida social, la política y la cultura²⁵. A lo largo de la historia se ha usado la ciencia para establecer a través del concepto de raza una clasificación de personas que permitiese justificar la superioridad de unas razas sobre otras y por lo tanto otorgar base científica a la dominación de unas personas sobre otras, por ello sostienen BOTTOMLEY y BRONITT que nos encontramos ante un concepto que es históricamente contingente²⁶.

El trabajo científico sobre las razas se desarrolló primero en la teología y estudios religiosos, posteriormente desde la antropología y la eugenesia. Estas investigaciones sostienen BOTTOMLEY y BRONITT justificaron genocidios en muchas partes del mundo, entre ellas en América y Australia. Dentro de esta dominación racista a nivel mundial los textos legales hacían referencia expresa o implícita a la raza desde la llegada de los ‘pueblos europeos’ a otras partes del mundo. Por tanto, la Ley se ha utilizado para dotar de apariencia de legalidad y por tanto de justicia los discursos disciplinarios que trataban de clasificar, sistematizar y finalmente regular las condiciones humanas²⁷.

Para el estudio del concepto de raza en América Latina seguiremos el trabajo de ANÍBAL QUIJANO²⁸, quien señala que el antecedente que dará lugar al desarrollo de la categoría de raza, es la figura de la «limpieza de sangre», establecida en la Península Ibérica en la lucha contra las poblaciones judía y musulmana, emprendida por los Reyes

²⁵ Cfr. BOTTOMLEY, Stephen and Simon BRONITT. *Law in context*. 4th edition. Sydney: The Federation Press, 2012, p. 116.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ *Ibid.*, p. 116-117.

²⁸ QUIJANO, Aníbal. «"Raza", "Etnia" y "Nación" en Mariátegui. Cuestiones abiertas.» *Estudios latinoamericanos* 2, nº 3, 1995, pp. 8-9.

Católicos. Pero la idea de raza propiamente como tal surge dentro del proceso de conquista de América que llevan a cabo los Pueblos Ibéricos.

Para ANÍBAL QUIJANO la idea de raza inicialmente no se centra tanto en las diferencias fenotípicas entre las gentes, esto es, el color de pelo, ojos, cabello, etc., ni a las facultades humanas relativas a la inteligencia, sino que se refería a una escala en el nivel evolutivo del ser humano, que se iniciaba con su categoría más baja que era la bestia hasta llegar a la perfección que sería el humano europeo.

En el mundo ibero, la discusión en torno a la idea de raza se centró en debatir si los indios pertenecían a la especie humana o no; en este momento la diferencia entre lo humano y lo no humano venía marcada por establecer si en el cuerpo de las personas indígenas había o no había alma, hasta el momento considerada un privilegio europeo²⁹; esto determinaba si tenían o no naturaleza humana³⁰. La determinación del alma es el debate medular que permitirá considerar legítimas o ilegítimas las guerras de conquista³¹.

A pesar de que desde el papado se indicó que eran seres humanos, las relaciones intersubjetivas estuvieron marcadas por la creencia de que los no-europeos tiene una estructura biológica inferior a la de los europeos³². La idea de raza generó la asociación de apariencia, superioridad biológica-estructural y éxito, de forma que los vencedores eran los europeos blancos, y las otras identidades fueron asociadas también ante todo al color de la piel, negros, indios y mestizos que no ganaron y eran desiguales, concretamente inferiores biológica y culturalmente³³. De esta asociación se generó la idea de que la desigualdad era natural, lo que en términos actuales se denomina racismo. Esta idea irá evolucionando hasta identificar las diferencias no como biológicas sino como históricas y culturales.

En conclusión, todas las construcciones sobre la idea de raza tienen algo en común, que es situar a los pueblos europeos en una posición superior en la historia de la humanidad.

²⁹QUIJANO, Aníbal. «"Raza"... *op. cit.* p., 11.

³⁰ *Ibid.*, p.5.

³¹ Sobre la determinación del alma en las guerras de conquista en América Latina véase: OSUNA, Antonio. "La junta de Valladolid de 1550" *Ciencia Tomista*. Vol. 133, nº 430, 2006, pp. 193-243.

³² *Ibid.*, p. 5

³³QUIJANO, Aníbal. «"Raza"... *op. cit.* pp., 5-7.

2.2. El racismo y el anti-racismo

El racismo es definido por TAGUIEFF³⁴ como “un fenómeno histórico que surge en Europa al alba de la modernidad, que se universaliza por un lado desde la ideología y por otro en un conjunto de prácticas sociopolíticas”³⁵. TAGUIEFF no es un autor decolonial, por el contrario, en sus estudios se reproduce un patrón de conocimiento eurocéntrico, a pesar de ello, sus aportes son de gran importancia en los estudios de raza y racismo y nos permiten visualizar las diferencias que existen entre el enfoque eurocéntrico y el decolonial a la hora de abordar el estudio de la raza y el racismo.

Para TAGUIEFF la ideología racista es una teoría pseudocientífica de la desigualdad de las razas humanas, fundada sobre un grosero determinismo biológico del estilo: tal raza, tal cultura o tal raza, tal conjunto de actitudes; y prácticas sociopolíticas discriminatorias que acompañan actitudes de intolerancia y pasiones negativas como el odio y el resentimiento. TAGUIEFF destaca en este sentido el carácter pluridimensional del racismo, estas múltiples dimensiones son: las actitudes, los comportamientos, los funcionamientos institucionales de tipo excluyentes, y los discursos ideológicos ligados o no a programas políticos.

Desde la teoría decolonial se sostiene como indica ANDREA IVANNA GIGENA, que la raza pocas veces tuvo que ver siquiera con el color de la piel y sitúa el nacimiento del racismo no en la modernidad, sino en la experiencia colonial³⁶ para luego extenderse como fundamento de poder también en el contexto europeo, especialmente a partir de la Ilustración y alcanzando un grado exponencial durante el régimen nazi³⁷.

El pensamiento racista supone una de las formas del esencialismo³⁸ pero nunca se muestra en estado puro, sino que funciona como componente de ciertas configuraciones

³⁴ TAGUIEFF, Pierre André. «El racismo...*op.cit.*, p. 6.

³⁵ *Ibíd.*, p. 11.

³⁶ Opinión contraria a la de Foucault, quien defendía que el origen del racismo no fue el colonialismo, sino que las colonias fueron los laboratorios en los que se probó el racismo en tanto que dispositivo biopolítico de guerra. Desde los estudios decoloniales se considera la construcción teórica de Foucault eurocéntrica, en este sentido véase IVANNA GIGENA, Andrea. «Lecturas postcoloniales y decoloniales de la analítica foucaultiana para el análisis en contextos de herencia colonial.» *Confluenze. Revista di studi iberoamericani*, 2011, p. 11.

³⁷ Cfr. IVANNA GIGENA, Andrea. «Lecturas postcoloniales... *op. cit.* p., 11. En este sentido véase ampliamente QUIJANO, Aníbal. «Colonialidad del poder, globalización y democracia...*op.cit.*, p. 97.

³⁸ Cfr. TAGUIEFF, Pierre André. «El racismo...*op.cit.*, p. 8.

ideológicas y se conjuga con otros ismos como algunos nacionalismos, colonialismos, eugenismo, evolucionismo, social-darwinismo, etc.³⁹.

La ciencia a lo largo de la historia se usó también para construir teorías supuestamente científicas que legitimasen de una forma u otra la superioridad racial humana⁴⁰, donde se situaba a las personas blancas por encima de las demás, de forma que el resto de seres humanos fueron bestializados⁴¹ asimilados a la naturaleza y racializados. Esto permitió sobre la base de la racionalidad europea fundamentar la esclavitud o explotación humana conceptualizando a los otros como animales, salvajes, bárbaros, primitivos, menos evolucionados, poco evolucionados, imperfectibles, incivilizados, degenerados, portadores de taras o de defectos hereditarios, indeseables, inasimilables, biológica o genéticamente inferiores, vidas sin valor⁴². Por ello desde los estudios decoloniales, también se refieren a estas teorías que se emplearon desde el siglo XVIII como pseudocientíficas, porque no responden a lo que en la actualidad se entiende como ciencia.

Los argumentos racistas sobre la supremacía blanca fueron evolucionando a lo largo de la historia, distinguiéndose diferentes tipos de racismo y momentos históricos en los que se producen.

Siguiendo a PIERRE ANDRÉ TAGUIEFF⁴³ podemos diferenciar diversos tipos de racismo: El «racismo clásico», está construido sobre la idea de que biológicamente las personas blancas son superiores, por ello es profundamente inequitativo⁴⁴. El «neo-racismo», prioriza la diferencia cultural para justificar la supremacía blanca. El

³⁹ *Ibíd.*, p. 9.

⁴⁰ Sobre el desarrollo de la ciencia como un dispositivo de legitimación racial véase: LALUEZA, Carles. «Dos siglos de ciencia racial.» En *Razas, racismo y diversidad*, de Carles LALUEZA, 7-25. Valencia: Algar Editorial, 2001; ALFREDO GUIMARAES, Antonio Sergio. «El mito del anti-racismo en Brasil.» *Nueva Sociedad*, julio-agosto 1996; LANDER, Edgardo. *La colonialidad del saber...op.cit.*; CASTRO-GÓMEZ, Santiago. «El lado oscuro de la "época clásica" filosofía, ilustración y colonialidad en el siglo XVIII.» En *El color de la razón: racismo epistemológico y razón imperial*, de E. CHUKWUDI, P. EZE, y CASTRO-GÓMEZ, 119-152. Buenos Aires: Editorrial del Signo, Serie Pensamiento crítico y opción decolonial, 2008; TAGUIEFF, Pierre André. «El racismo.» *Debate Feminista* 24, octubre de 2001, p. 3-14.

⁴¹ Sobre el concepto de bestialización, como categoría que despojaba de humanidad a las personas indígenas puede ampliarse en: LUGONES, María. «Rumbo a un feminismo descolonial.» *Revista Estudos Feministas* 22, nº 3 (Setembro-dezembro 2014), pp. 935-952; ESPINOSA-MIÑOSO, Yuderkys. «Una crítica descolonial a la epistemología feminista crítica.» *El cotidiano* 29, nº 187 (2014), pp. 6-12; ESPINOSA-MIÑOSO, Yuderkys. «De por qué es necesario un feminismo descolonial: diferenciación, dominación co-constitutiva de la modernidad occidental y el fin de la política de identidad.» *Solar* 12, nº 1, 2016, pp. 141-171.

⁴² TAGUIEFF, Pierre André. «El racismo...op.cit.», pp. 9-10.

⁴³ *Ibíd.*, pp. 4 y 11.

⁴⁴ *Ibíd.*, p., p.4.

«racismo de tipo universalista», se funda sobre la negación de la identidad del otro. El «racismo de tipo diferencialista» se construye sobre la negación de la idea de humanidad, desde este paradigma no se reconoce la dignidad específica de los diferentes grupos humanos; al negar el valor de la diversidad humana es considerado heterofóbico. El «racismo diferencialista radical», consiste en sacralizar las diferencias fenotípicas o culturales entre los grupos humanos, no reconoce una igual dignidad humana de las personas de todos los grupos y niega la naturaleza común a los seres humanos, podría considerarse heterófilo. El «racismo de explotación», elaborado para justificar la explotación del colonialismo europeo en los sistemas de esclavitud modernos. El «racismo de exterminación», que justifica los proyectos genocidas más o menos explícitos. Por último, el «racismo blanco, antinegrista norteamericano y supremacista blanco», surge en Estados Unidos, y considera que la raza blanca es superior a las personas afrodescendientes.

Ampliando esta lista de racismos, SERGIO ALFREDO GUIMARÃES, acuña el concepto de «racismo heterofóbico» para referirse a un determinado tipo de racismo, aquel que se construye sobre la negación absoluta de las diferencias y presupone una evaluación negativa de toda diferencia bajo el ideal explícito o no de la homogeneidad⁴⁵. YUDERKYS ESPINOSA-MIÑOSO defiende la existencia del «racismo de género», en la conducta que mantienen las teóricas feministas blancas cuando no son conscientes del lugar de privilegio desde el que escriben al no criticar su propio privilegio dentro de la teoría que construyen⁴⁶. MARGARITA CALFÍO MONTALVA habla de «racismo anti-indígena» para referirse al racismo que se desarrolla en aquellos países donde no se comprenden ni reconocen las propias raíces indígenas. Como consecuencia de este racismo anti-indígena los «Pueblos Originarios»⁴⁷ viven en una profunda

⁴⁵ Véase ALFREDO GUIMARAES, Antonio Sergio. «El mito del anti-racismo en Brasil... *op. cit.*

⁴⁶ ESPINOSA-MIÑOSO, Yuderkys. «Una crítica descolonial... *op. cit.* p., 10.

⁴⁷ El concepto de «Pueblos Originarios», para referirse a las diferentes naciones sin estado del continente americano no es pacífico. Silvia Rivera Cusicanqui es contraria al uso de esta categoría, para ella tiene una connotación de pasado primordial que tiende a cancelar su coetaneidad excluyéndolas de la modernidad. Sostiene esta autora que no existe una sola modernidad, sino muchas y todas son coetáneas y en ocasiones divergentes. Silvia Rivera apuesta por el concepto de Pueblos Indígenas, y señala que las modernidades de los Pueblos Indígenas tienen que ver con la historia de la invasión europea y desde la perspectiva de resistencia, la readaptación, la integración, el rechazo, es decir desde perspectivas no-originarias. En Chile las personas mapuche se niegan a ser llamados indios y rechazan el apelativo indígenas, pues son mapuches, y se reivindicar como nación que nunca ha sido colonizada. Sin embargo, también en Chile las personas de origen aymara se afirman a sí mismas como indios que si bien han sido conquistados, también como indios se han de liberar. Sostiene FRANCESCA GARGALLO, que los diversos conceptos que existen para hacer referencia a las diferentes culturas y personas: indígenas, pueblos autóctonos o nativos, califican el lugar de origen de las personas, no la antigüedad y trascendencia

discriminación, que también tiene un impacto diferenciado en las mujeres⁴⁸, afectando especialmente a su autoestima y autovaloración como seres inferiores, lo que propicia la autodestrucción personal y cultural, y modela los procesos de socialización⁴⁹. Este racismo anti-indígena en Chile en relación con la discriminación que supuso y supone para el Pueblo Mapuche, queda constatado en el testimonio de infancia de Millaray Garrido:

“Cuando yo era pequeña, ser mapuche era ser ignorante, cochino, piojento y pobre. Nada era bueno. Ser mapuche no tenía ningún significado para la sociedad chilena, era ser la escoria nada más. Podías ser pobre pero no indio. Era el dicho que había en Chile”⁵⁰.

Los países con modelos racistas anti-indígenas deben analizarse también desde la desigualdad de clase; así en el plano laboral, las mujeres mapuche son las que accedan a los peores trabajos, especialmente el conocido como «nana puertas adentro», que implica para las mujeres un profundo dolor por tener que abandonar su comunidad, su familia, y tener que vivir en la casa de sus empleadores. Al ser un trabajo puertas adentro y estar fuera de su red de protección se enfrentan a las peores condiciones de trabajo y están fuera del control de la sociedad⁵¹, desprotegidas contra cualquier tipo de abuso.

Los modelos anti-racistas surgen para luchar contra el racismo, pero terminan adoptando en su lucha el propio modelo racista que pretende erradicar, TAGUIEFF incluye dos categorías, el «racismo anti-blanco» y el «nacionalismo hindú». El «racismo anti-blanco» surge en Estados Unidos a partir de 1920; elogia a la negritud, en una

histórica de los pueblos. GARGALLO CALENTANI, Francesca. *Feminismos desde Abya Yala ... op. cit.*, pp. 26-27.

Teniendo esta tensión y diferentes puntos de vista en cuenta, y tomando como base que la presente tesis versa sobre la situación en concreto del Pueblo Mapuche, que a sí mismo se reivindica como Pueblo Originario, se empleará esta categoría junto a otras como indígenas, para hablar del conjunto de nacionalidades americanas no estatales cuya historia se remonta a antes de la llegada de los conquistadores europeos. En el uso de todos estos conceptos se tratará de respetar las identidades y las culturas.

⁴⁸ Margarita Calfío citada en, GARCÍA MINGO, Elisa. «Nuevos aires de resistencia. Mujeres mapuche, lucha política y transformación social.» En *Zomo newen. Relatos de vida de mujeres mapuche en su lucha por los derechos indígenas*, de Elisa GARCÍA MINGO (Coord.). Santiago de Chile, LOM Ediciones, 2017, p. 42.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 42

⁵⁰ *Ibid.*, p. 42

⁵¹ *Ibid.*, p. 43.

visión exclusivista de la identidad racial *black* como una manera de revertir el estigma racial restaurando la autoestima de la persona negra norteamericana⁵². Y, por último, a finales del siglo XIX en la India surge el «nacionalismo hindú», que reacciona contra el comportamiento dominante de los colonizadores, contra su racismo fundado en la convicción de la superioridad absoluta de la pretendida raza anglosajona. En su lucha contra el colonizador británico, tomaron de referencia el modelo ario, y se reivindicaron como raza superior racializando sus identidades sobre la base de ser descendientes de los Aryas⁵³.

Esta diversidad de tipos de racismos, señala PIERRE ANDRÉ TAGUIEFF, debe hacernos ver que el sustantivo racismo no es una única entidad, homogénea e invariable. Esto nos lleva a hablar de «racismos», concepto que permite visualizar de manera realista su próxima erradicación, como consecuencia de la argumentación racional con base en los actuales conocimientos científicos, de todas las falsas tesis que sostienen la diversidad humana sobre prejuicios y estereotipos⁵⁴.

Sostiene FRANCESCA GARGALLO que el racismo en la actualidad continúa inmune y normalizado gracias a que todavía en las sociedades latinoamericanas donde viven multitud de Pueblos Originarios, existe colonialismo y opresión de género. Y esta alianza entre racismo, colonialismo y opresión de género relega a las mujeres en las relaciones de lo privado, la familia, el matrimonio, el trabajo doméstico, la crianza, la maternidad, las emociones, haciéndolas ver como un agregado de los hombres en términos políticos, sociales y familiares. Por ello sostiene GARGALLO es necesario el rescate de la memoria de las mujeres de los Pueblos Originarios, y es precisamente este rescate el que nos permitirá construir un saber no colonizado y deshacer el orden discriminatorio masculino que sirve para borrar los mandatos personales y sociales jerarquizados del racismo⁵⁵.

⁵² TAGUIEFF, Pierre André. «El racismo...*op.cit.*, p. 11.

⁵³ *Ibid.*, pp.11-12.

⁵⁴ *Ibid.*, p.,6.

⁵⁵ Cfr. GARGALLO CALENTANI, Francesca. *Feminismos desde Abya Yala ... op. cit.*, p. 199.

2.3. El nacimiento de la modernidad

Desde los estudios decoloniales se analiza el concepto de «modernidad» y se redefine cuándo surge y qué debe entenderse por modernidad. Siguiendo a ENRIQUE DUSSEL, podemos señalar que existen dos conceptos de modernidad: uno elaborado desde Europa y otro elaborado desde el pensamiento decolonial.

El concepto de modernidad europeo tiene una visión eurocéntrica y se construye teniendo en cuenta únicamente fenómenos intra-europeos que se ven por los ilustrados: Habermas, Galileo, Bacon, Descartes o Hegel como emancipadores, una salida de la inmadurez de la humanidad, gracias al esfuerzo de la razón como un proceso crítico, que abre la humanidad a un nuevo desarrollo. Los acontecimientos históricos que se tuvieron en cuenta en este sentido fueron: el Renacimiento en Italia en el siglo XV; la Reforma y la Ilustración en Alemania durante los siglos XVI a XVIII; la Revolución en Francia, también en el siglo XVIII y en Inglaterra la conformación de su Parlamento en el siglo XVII.

Desde los estudios decoloniales se rompe con la mirada europea que solo analizaba el sistema-mundo moderno desde su propio imaginario, pero no desde el imaginario conflictivo que surge con y desde la diferencia colonial. Desde esta crítica surge un nuevo concepto de modernidad, cuyo nacimiento se sitúa en el año 1492 (siglo XVI) cuando arriban los primeros barcos a Abya Yala⁵⁶, nombre ancestral del continente hoy conocido como América. Será este hecho el que origina un mundo global organizado en torno a un centro situado en Europa y una periferia, las colonias⁵⁷, en las cuales suceden hechos que ameritan como indica WALTER MIGNOLO estar en el imaginario histórico del mundo moderno/colonial, como son las rebeliones indígenas, la producción intelectual amerindia, la Revolución Haitiana o el circuito comercial del

⁵⁶ FRANCESCA GARGALLO CALENTANI explica que Abya Yala es el nombre que el pueblo Kuna, que vive en los archipiélagos de Panamá y en el Darién y cuyo idioma pertenece al grupo de lenguas chibchense, utiliza para definir al sur y norte del continente. América es un nombre colonial con el que no quieren identificar su territorio común. Este pueblo gracias a su ubicación geográfica, están en la cintura del continente, puede ver tanto el sur como el norte del continente, siendo quizás por ello, indica la autora que le han dado un nombre común. Cfr. GARGALLO CALENTANI, Francesca. *Feminismos desde Abya Yala. Ideas y proposiciones de las mujeres de 607 pueblos en nuestra América*. Editorial Corte y Confección. Primera edición digital. Ciudad de México. 2014, p. 23.

⁵⁷ Cfr. DUSSEL, Enrique. «Europa, modernidad y eurocentrismo.». En LANDER, Edgardo. *La colonialidad del saber...op.cit.*, p. 27.

Atlántico, hito fundamental en la historia del capitalismo⁵⁸, incluyéndose también los hechos que suceden en el continente americano como parte de la historia. Este giro teórico es imprescindible para romper con la idea del capitalismo y la modernidad como fenómenos planetarios y no solamente europeos⁵⁹.

2.4. Colonialismo

El primer escenario donde se pone en marcha el «colonialismo» fue América y posteriormente África y Asia⁶⁰. Recalca BOAVENTURADE SOUSA SANTOS, que el colonialismo implica la negación de la diversidad intercultural, y la naturalización de las relaciones de dominación y subordinación basadas en diferencias étnicas o raciales⁶¹. En su aspecto formal y explícito, la dominación colonial ha sido prácticamente derrotada. Matizando lo expuesto, MALDONADO-TORRES indica que el concepto de colonialismo denota una relación política y económica, en la cual la soberanía de un pueblo reside en el poder de otro, lo que constituye a este en un imperio⁶².

2.5. Colonialidad

La «colonialidad», es la dominación que todavía pervive en los antiguos territorios colonizados, una vez que el colonialismo como orden político explícito fue destruido⁶³. Esta dominación forma parte del ADN de la configuración social que se forja durante la época colonial, y que tras los procesos de independencia evoluciona para instalarse en las formas intersubjetivas de los modernos Estados-nación construidos sobre la

⁵⁸ En este sentido vid. MIGNOLO, Walter. «La colonialidad a lo largo y a lo ancho: el hemisferio occidental en el horizonte colonial de la modernidad.». En LANDER, Edgardo (Ed.). *La colonialidad del saber...op.cit.*, p. 35.

⁵⁹ Cfr. MIGNOLO, Walter. «La colonialidad a lo largo...op. cit.», p. 35.

⁶⁰ Cfr. QUIJANO, Aníbal «Colonialidad y modernidad/racionalidad.» *Perú Indígena*, Vol. 13 N° 29, 1992, p. 11.

⁶¹ Cfr. DE SOUSA SANTOS, Boaventura «Cuando los excluidos tienen derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad.» En *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, editado por Boaventura De Sousa Santos, y Agustín Grijalda Jiménez, 13-50. La Paz: Ediciones Abyala Yala y Fundación Rosa Luxemburgo, 2012, p. 22.

⁶² La cita de MALDONADO-TORRES puede encontrar en PALERMO, Zulema (coord), Alejandro DE OTO y Karina BIDAISECA. «Conocimiento de otro modo...op. cit.», pp. 357-358.

⁶³ Ídem. p. 14.

diferenciación social, raza, etnia, género, nación y el capitalismo proveniente de la colonia.

El concepto de colonialidad para ZULEMA PALERMO⁶⁴ tiene un doble significado. Por un lado, hace referencia a los mecanismos de funcionamiento para asegurar el proyecto de colonización actual que es la globalización económica, la cual genera otras modalidades de diferencia. Y por otro, hace referencia a un proyecto epistémico generado desde el Sur global, que escribe desde el proyecto de desoccidentalización, poniendo de manifiesto que la colonialidad no es una teoría para ser aplicada, sino de una construcción operativa para favorecer la comprensión de culturas pluriversas, distintas a la tendencia naturalizadora y homogeneizadora de la academia occidental tendente a atribuir universalidad a teorías y modelos explicativos que responden a su localización eurocentrada. Para luchar contra esta pérdida cultural ZULEMA PALERMO señala la necesidad de aplicar el principio de pluriversalidad⁶⁵ que implica la coexistencia de múltiples formas de vivir y, por lo tanto, de conocer de las muy diversas culturas que existen en el planeta.

MALDONADO-TORRES considera que la colonialidad hace alusión a un patrón de poder⁶⁶ que emergió como resultado del colonialismo moderno, pero que, en lugar de estar limitado a una relación formal de poder, se refiere a la forma en que el trabajo, el conocimiento, la autoridad y las relaciones intersubjetivas se articulan entre sí a través del mercado capitalista mundial y de la idea de raza, de forma que, aunque el colonialismo precede a la colonialidad la colonialidad sobrevive al colonialismo⁶⁷.

2.6. La colonialidad del poder

La «colonialidad del poder», es la llave analítica que permite visualizar el espacio de confluencia entre modernidad, capitalismo, y el caos formado por dicha asociación

⁶⁴ Cfr. PALERMO, Zulema (coord.), Alejandro DE OTO y Karina BIDASECA. «Conocimiento de otro modo...*op. cit.*, p. 367-368.

⁶⁵ Cfr. *Ibíd.*, p. 367-368.

⁶⁶ CATHERINE WALSH, para hablar de patrón de poder prefiere el uso del concepto de matriz de la colonialidad, e indica que lo que viene a poner de relieve es el lugar central de la raza, racismo y racialización como elementos constitutivos y fundantes de las relaciones de poder, cfr. WALSH, Catherine. «Interculturalidad crítica y pedagogía de-colonial: apuestas (des) de el in-surgir, re-sistir y re-vivir.» *Revista educação intercultural hoje en América Latina*, 2009, p. 4.

⁶⁷ La cita de MALDONADO-TORRES puede encontrar en, PALERMO, Zulema (coord), DE OTO, Alejandro. y BIDASECA, Karina. «Conocimiento de otro modo...*op. cit.*, p. 358.

estructural⁶⁸. Es uno de los conceptos fundacionales de los estudios decoloniales, acuñado por ANÍBAL QUIJANO⁶⁹, y se construye a través de dos conceptos, el de «poder» y el «patrón de poder colonial» que desarrolla el mismo autor.

Para ANÍBAL QUIJANO el «poder» es considerado un fenómeno que se caracteriza por:

“Una relación social constituida por la co-presencia permanente de tres elementos: dominación, explotación y conflicto, que afecta a las cuatro áreas básicas de la existencia social y que es resultado y expresión de la disputa por el control de ellas: 1) el trabajo, sus recursos y sus productos; 2) el sexo, sus recursos y sus productos; 3) la autoridad colectiva (o pública), sus recursos y sus productos; 4) la subjetividad/intersubjetividad sus recursos y sus productos”⁷⁰.

Para el autor, las formas de existencia social en cada una de dichas áreas no nacen las unas de las otras, pero no existen, ni operan, separadas o independientes entre sí. Este es el motivo de que las relaciones de poder sean una disputa por el control de tales áreas. Estas áreas forman un complejo estructural cuyo carácter es siempre histórico y específico, se trata siempre de un determinado patrón histórico de poder.

Por «patrón de poder mundial» (refiriéndose al actual), QUIJANO dirá que consiste en una articulación entre 1) la colonialidad del poder, esto es la idea de raza como fundamento del patrón universal de clasificación social básica y de dominación social; 2) el capitalismo, como patrón universal de explotación social; 3) el Estado como forma central universal de control de la autoridad colectiva y el moderno estado-nación como su variante hegemónica; 4) el eurocentrismo como una forma hegemónica de control de la subjetividad/intersubjetividad, en particular en el modo de producir el conocimiento.

Una vez aclarados estos conceptos, QUIJANO nos indica que la «colonialidad del poder» es un concepto que hace referencia a uno de los componentes que fundamentan el actual patrón de poder, la clasificación social básica y universal del planeta en torno a la idea de raza. Este concepto tiene una triple dimensión. En primer lugar, sostiene el autor que el racismo surgirá en el proceso histórico de la conquista de América, que

⁶⁸ Cfr. GRUPO DE ESTUDIOS SOBRE COLONIALIDAD. «Estudios decoloniales...*op. cit.*, p. 10-12.

⁶⁹ Sobre la definición que el propio Aníbal Quijano construye véase entre otros: QUIJANO, Aníbal «Colonialidad y modernidad/racionalidad...*op. cit.*; QUIJANO, Aníbal. «Colonialidad del poder, globalización y democracia.» *Utopías*, nº 188, vol. II, 2001.

⁷⁰ Cfr. QUIJANO, Aníbal. «Colonialidad del poder, globalización y democracia...*op. cit.*, p. 97.

genera la interconexión mundial globalidad⁷¹, que dará lugar a un modelo de producción capitalista. En segundo lugar, este sistema se asegura a través de la dominación cultural que controlará la producción y reproducción de subjetividades bajo la guía del eurocentrismo y la racionalidad moderna, basada en la clasificación jerárquica de la población del planeta en torno a la idea de raza. Y, en tercer lugar, es esta estructura colonial del poder “la que ha generado las discriminaciones sociales que hoy han sido codificadas como ‘raciales’, ‘étnicas’ o ‘nacionales’, que fruto de la dominación colonial por los europeos fueron inclusive asumidas como categorías objetivas⁷² de significación ahistórica”⁷³. Estas relaciones sociales son el marco dentro del cual operan la clase o las relaciones estamentales y que a día de hoy se pueden comprobar, dado que la matriz de poder mundial coloca como explotadas y oprimidas mayoritariamente a las personas integrantes de las razas, etnias o naciones que fueron categorizadas como poblaciones colonizadas en el proceso de formación de ese poder mundial desde la conquista de América en adelante⁷⁴.

2.7. Colonización cultural o colonialidad cultural

La «colonización cultural o colonialidad cultural», es definida por ANÍBAL QUIJANO⁷⁵ como una colonización del imaginario de los dominados. Es decir, actúa en la interioridad de ese imaginario.

La colonización cultural es el fruto de una sistemática represión no sólo de específicas creencias, ideas, imágenes, símbolos o conocimientos. La represión recayó, ante todo, sobre los modos de conocer, de reproducir conocimiento, de producir

⁷¹ En esta misma línea, ENRIQUE DUSSEL, indica que es con el mal llamado descubrimiento de América, hoy denominado acertadamente conquista en 1492, cuando se podrá empezar a hablar de empíricamente de una Historia Mundial, y del inicio del Sistema-Mundo, que tendrá a Europa como centro (que se traslada del mediterráneo al atlántico con la constitución de España como la primera nación moderna) y a todas las otras culturas como su periferia Cfr. DUSSEL, Enrique. «Europa, modernidad y eurocentrismo.» En LANDER, Edgardo (Ed.). *La colonialidad del saber...op.cit.*, pp. 27- 28.

⁷² En este sentido se ha cuestionado también el principio de autoridad, al plantear que no existe solo una forma válida de conocer. Es necesario instaurar una voz común en la que todos podamos sentirnos partícipes igualitarios sin construir un nuevo lugar de poder, vid. PALERMO, Zulema (coord), Alejandro DE OTO y Karina BIDASECA. «Conocimiento de otro modo...*op. cit.*, p. 355.

⁷³ Cfr. QUIJANO, Anibal «Colonialidad y modernidad/racionalidad...*op. cit.* p. 12.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 12.

⁷⁵ *Ibid.*, pp. 11-20.

perspectivas, imágenes y sistemas de imágenes, símbolos, modos de significación; sobre los recursos, patrones e instrumentos de expresión formalizada y objetivada, intelectual o visual. Fue seguida por la imposición del uso de los propios patrones de expresión de los dominantes, así como de sus creencias e imágenes referidas a lo sobrenatural, las cuales sirvieron no solamente para impedir la producción cultural de los dominados, sino también como medios muy eficaces de control social y cultural, cuando la represión inmediata dejó de ser constante y sistemática.

Los colonizadores impusieron también una imagen mistificada de sus propios patrones de producción de conocimiento y significaciones. Los colocaron, primero, lejos del acceso de los dominados. Más tarde, los enseñaron de modo parcial y selectivo, para cooptar algunos dominados en algunas instancias de poder de los dominadores. Entonces, la cultura europea se convirtió, además en una seducción: daba acceso al poder. Después de todo, más allá de la represión el instrumento principal de todo poder es su seducción. La europeización cultural se convirtió en una aspiración. Era un modo de participar en el poder colonial pero también podía servir para destruirlo y, después, para alcanzar los mismos beneficios materiales y el mismo poder que los europeos; para conquistar la naturaleza y conseguir el desarrollo. La cultura europea paso a ser un modelo cultural universal. El imaginario en las culturas no-europeas, hoy difícilmente podría existir y, sobre todo, reproducirse, fuera de esas relaciones.

Las formas y los efectos de esa colonialidad cultural, han sido diferentes según los momentos y los casos. En América Latina, la represión cultural y la colonización del imaginario, fueron acompañadas de un masivo y gigantesco exterminio de los indígenas, principalmente por su uso como mano de obra desechable, además de la violencia de la conquista y de las enfermedades. La escala de ese exterminio (si se considera que entre el área azteca-maya-caribe y el área tawantisuyana fueron exterminados alrededor de 35 millones de habitantes, en un periodo menor de 50 años) fue tan vasta que implicó no solamente una gran catástrofe demográfica, sino la destrucción de estas sociedades y de sus culturas. Entre la represión cultural y el genocidio masivo, llevaron a que los Pueblos Indígenas de América se convirtieran en subculturas campesinas iletradas, condenadas a la oralidad. Esto es, despojadas de patrones propios de expresión formalizada y objetivada, intelectual y plástica o visual. En adelante, las poblaciones sobrevivientes no tendrán otros modos de expresión intelectual o plástica formalizada y objetivada sino a través de los patrones culturales de

los dominantes, que irán subvirtiendo en ciertos casos, para transmitir otras necesidades de expresión. América Latina es, sin duda un caso extremo de la colonización cultural por Europa⁷⁶.

2.8. Colonialidad del saber y decolonialidad a través del desprendimiento

EDGARDO LANDER aborda la problemática de la colonialidad en la epistemología, y acuña el concepto «colonialidad del saber», a través del cual se ponen en relación varios planos superpuestos de la colonialidad en la producción del conocimiento. En primer lugar, esta categoría conceptual se refiere específicamente a las formas de control del conocimiento asociadas a la geopolítica global, donde el conocimiento moderno y su articulación en las formas de dominio colonia/imperio se generan en Europa o en los países del Norte global occidentalizado bajo el estándar europeo. En segundo lugar, esta situación favorece el hecho de que el eurocentrismo se convierta en un modelo de conocimiento que por un lado universaliza la experiencia local europea como un modelo normativo a seguir y, por otra parte, designa como únicamente válidos sus dispositivos de conocimiento. En tercer lugar, el vínculo específico entre conocimiento y poder genera saberes sociales legitimadores de las relaciones asimétricas de poder, construidos a través de la negación de las relaciones entre los componentes del mundo (atomismo), el conocimiento se construye a través de modelos binarios (hombre/ mujer, heterosexual/ homosexual, civilización/ barbarie, modernidad/ tradición, desarrollo/ pobreza, ciencia/ mito...) y de naturalizar las jerarquías. En cuarto lugar, justifican la evolución y la producción científica bajo criterios meritocrático-cuantificables, es decir, objetivo-universales y justifican lugares de enunciación privilegiados, así como el carácter monolítico de las instituciones universitarias⁷⁷. Y por último esta forma de hacer ciencia ha consistido en tomar al ‘otro’ solo como objeto, nunca como sujeto del conocimiento⁷⁸.

⁷⁶ *Ibíd.*, p. 11-20.

⁷⁷ La clasificación en planos es de autoría propia, pero las ideas que se atribuyen a cada uno de ellos están extraídas del trabajo del Grupo de Estudios sobre Colonialidad, concretamente en la definición de colonialidad del saber, que GECCO construye sobre la base del trabajo de los autores Edgar Lander, Coril, Quintero y Petz. Para más información vid., GRUPO DE ESTUDIOS SOBRE COLONIALIDAD. «Estudios decoloniales... *op. cit.*

⁷⁸ Cfr. PALERMO, Zulema (coord), Alejandro DE OTO y Karina BIDASECA. «Conocimiento de otro modo... *op. cit.*, p. 373.

La colonialidad del saber interpela especialmente a la academia. LAURA CATELLE y MARÍA ELENA LUCERO, respecto del rol de las personas que realizan investigación plantean las siguientes interrogantes:

“¿Importamos teorías, pensamiento crítico, disciplinas, o las construimos desde aquí? ¿Cuál es nuestro rol y que responsabilidades nos caben, como personas dedicadas a la investigación, docencia, en los procesos y las circulaciones de conocimiento? ¿Qué posición adoptamos como agentes epistémicos ante el entramado de las relaciones de poder de la modernidad/colonialidad? ¿Somos agentes subalternos de la colonialidad del poder y del saber? ¿Cómo hacer para no continuar reproduciendo las estructuras de la colonialidad?”⁷⁹.

Las autoras concluyen advirtiendo que estas son preguntas ásperas, que transforman la tradicional posición de la persona que investiga para colocarla también en el punto de mira, que cuestiona la neutralidad de la ciencia, estableciendo sus relaciones directas en la cadena de dominaciones, coloniales y patriarcales hasta el momento de globalización actual.

En esta línea ZULEMA PALERMO plantea la teoría de la «decolonialidad a través del desprendimiento»⁸⁰, esto es, “interdisciplinar las ciencias sociales, desarticular sus métodos, sus prejuicios, participar por dentro con los distintos grupos de indígenas, de movimientos sociales, o Derechos Humanos, etc.”⁸¹. Es decir, dejar de absorber a los otros, de apropiarse de sus saberes, “y comenzar a pensar con esos otros, en sus lugares, con sus lógicas que, por serles propias, dan mejores respuestas que las elaboradas por el aparato institucional dentro de sus muros”⁸². El trabajo de investigación para responder a los principios de la decolonialidad ha de partir por situarse desde un lugar de acompañamiento a las personas, a las comunidades, los movimientos sociales, sin controlarlos. Solo así se produce un auténtico diálogo de saberes generador de un conocimiento complejo y pluriverso⁸³, y se logra el objetivo de descolonizar los saberes

⁷⁹ Vid. *Ibíd.*, pp. 6-7

⁸⁰ El desprendimiento se concreta en prácticas diferenciales antihegemónicas, que tienen como objetivo reivindicar las memorias locales y los fenómenos particulares para contraponerlos a los imperios globales. De forma crítica Zulema Palermo indica, que se ha convertido en una moda discursiva dentro de la academia, que puede dar lugar a un relativismo extremo, vid. PALERMO, Zulema (coord), Alejandro DE OTO y Karina BIDASECA. «Conocimiento de otro modo...*op. cit.*, p. 378.

⁸¹ PALERMO, Zulema (coord), Alejandro DE OTO y Karina BIDASECA. «Conocimiento de otro modo...*op. cit.*, p. 373.

⁸² *Ibíd.*, p. 373.

⁸³ *Ibíd.*, p. 373.

y principalmente la Universidad⁸⁴. Sin embargo, adoptar una postura coherente entre la forma de pensar y la forma de realizar el trabajo académico no está exenta de miedos y riesgos. Miedos para los propios colectivos, que, al visibilizar información, está sea usada por el poder para desarticular sus proyectos emancipatorios. Y miedo también en las propias personas que realizan investigación a ser descalificado su trabajo por sus pares académicos, y convertirse en “el otro”⁸⁵ a formar parte de la exclusión en el mundo de la ciencia por no incorporar el lenguaje técnico disciplinar⁸⁶.

2.9. Colonialidad del ser

La «colonialidad del ser» como categoría analítica es una propuesta de NELSON MALDONADO-TORRES y vendría a develar el *ego conquiro* que antecede y pervive al *ego cogito* cartesiano. Para este autor, la colonialidad del ser y del saber se relacionan, porque es precisamente en el dominio del conocimiento donde se produce la descalificación, epistémica del otro, que es un intento de negación ontológica.⁸⁷ Esta negación señala DUSSEL, va más allá de negar el conocimiento del otro, sino que niega la propia existencia del pensamiento del otro, y esta negación se convierte en una negación del ser; si los otros no piensan adecuadamente, entonces no existen o su existencia es prescindible. De esta forma para DUSSEL, no pensar en términos

⁸⁴ El concepto de descolonizar la universidad hace referencia a como la universidad por un lado se ha convertido en una fábrica productora de conocimiento hegemónico desarraigada de los conflictos, sometida a la presión de la sociedad, pero también de los estados al imponer exigencias productivas de financiación. Para más información véase: PALERMO, Zulema (coord), Alejandro DE OTO y Karina BIDASECA. «Conocimiento de otro modo...*op. cit.*»; CASTRO-GÓMEZ, Santiago. «Descolonizar la Universidad. La hybris del punto cero y el diálogo de saberes.». En *El giro decolonial. Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global.*, editado por GROFOGUEL, Ramón y CASTRO-GÓMEZ. Bogotá: Siglo del Hombre Editores. Universidad Central de Venezuela, Instituto de Estudios Sociales Contemporáneos y Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, Instituto Pensar., 2007, pp. 79-91.

⁸⁵ ZULEMA PALERMO (*op. cit.*, p. 374) emplea la categoría “el otro” la cual merece una breve explicación, la misma fue desarrollada ampliamente por Judit Butler, en una adaptación de esta categoría desde el sur, SARAY GUEVARA OSORIO, nos indica que el concepto surge dentro del estudio de las categorías sexuales, de forma que esos “otros” son seres humanos no categoriales, puesto que no se adscriben a una categoría fija, o que no cumplen con los requisitos, expectativas, atributos y cualidades, de forma que serán visibilizados y tratados como irreales, en este sentido cfr. GUEVARA OSORIO, Saray. “¿Por qué la violencia de género? Una respuesta conceptual a la persecución contra quienes no caben en las categorías “hombre” o “mujer” *La manzana de la discordia*, n° 1, vol. 8, enero-junio 2013, p. 56 y ss.

⁸⁶ PALERMO, Zulema (coord), Alejandro DE OTO y Karina BIDASECA. «Conocimiento de otro modo...*op. cit.*, p. 374.

⁸⁷ DUSSEL, Enrique. «Europa, modernidad y eurocentrismo...*op. cit.*, p. 250.

modernos, se traducirá en el no-ser, en una justificación para la dominación y la explotación⁸⁸.

2.10. El sistema moderno-colonial de género y la colonialidad de género

El feminismo decolonial surge para aportar respuestas al por qué en la actualidad se continúa analizando de forma categorial el análisis del poder también en el ámbito decolonial y feminista.

Una de las principales autoras que ha contribuido al análisis feminista decolonial es MARÍA LUGONES. Esta autora rechaza el análisis categorial, porque supone la separación de categorías que son inseparables, y al hacerlo se esconde la relación de intersección que se da entre ellas, generándose como consecuencia un borrado de situaciones de violencia sobre las mujeres. MARÍALUGONES defiende que es imprescindible realizar investigaciones desde la interseccionalidad y analizar cómo se relaciona la categoría de género con otras categorías como el colonialismo⁸⁹. En esta línea de investigación denominada por la autora como «teoría moderno-colonial de género»⁹⁰ se pone en práctica la fusión de la teoría decolonial con la teoría interseccional. Coincidimos con LUGONES cuando afirma que este marco de análisis permite ver la profundidad histórica y el alcance destructivo de la imposición cultural que se introdujo mediante proceso heterogéneos, discontinuos, lento, totalmente permeados por la colonialidad del poder, a la par que permite visibilizar como dentro de este sistema violento las mujeres colonizadas se fueron interiorizando, de forma que se rompió el eje de comprensión de las relaciones comunales e igualitarias, el proceso colectivo de la toma de decisiones. Al analizar el sistema de género que se introduce con la lógica colonial se evidencia que “la imposición del sistema de género fue tan constitutiva de la colonialidad del poder como la colonialidad del poder fue constitutiva de un sistema de género”⁹¹. De lo expuesto queda claro que como consecuencia de la colonización se producen dos fenómenos que están relacionados, la subordinación de la mujer dentro de su

⁸⁸ *Ibid.*, p. 250.

⁸⁹ LUGONES, María. «Colonialidad y género.» *Tabula Rasa*, Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, n° 9, julio-diciembre 2008, p. 76, nota 4.

⁹⁰ Ampliamente la autora aborda esta cuestión en: LUGONES, María. «Colonialidad y género.» *Tabula Rasa*, Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, n° 9, julio-diciembre 2008, pp. 73-11.

⁹¹ Cfr. *Ibid.* pp. 92-93

comunidad, y la modificación de las relaciones comunales, precisamente porque se subordina a la mujer al estilo occidental. Afirma LUGONES que los análisis contemporáneos del poder se reproduce esta complicidad forzada cuando se analizan por separado el colonialismo y el género. Es en este punto donde surge el feminismo decolonial para aportar respuestas⁹².

Dentro de su contribución teórica LUGONES acuña el concepto de «colonialidad de género», a través del cual la autora analiza la opresión de género racializada y capitalista como una forma específica de dominación colonial⁹³.

Dentro de la construcción teórica feminista que se realiza desde el feminismo decolonial, se afirma que la noción de dominación de género es una imposición colonial que invisibiliza, condena, usa como medida negativa (cuando no criminaliza) otras formas de organización y relaciones de género.

En conclusión y en línea con CAMILLA DEMAGALHÃES GOMES el género y la raza constituyen lenguajes que dan significado a lo humano, y lenguajes que dan significados a los cuerpos, que hablan de saberes localizados y permiten dar cuenta de los lenguajes que se producen en un contexto determinado⁹⁴. Por ello es necesario como se afirma desde el feminismo decolonial, establecer como hechos constitutivos de la colonización el racismo y el patriarcado, y trabajar en los estudios de género abandonando el sesgo eurocéntrico que porta esta categoría.

2.11. Colonialidad cosmogónica o de la madre naturaleza

Existe una tercera colonialidad, poco considerada en relación con las otras tres, que es la colonialidad cosmogónica o de la madre naturaleza, que como indica CATHERINE WALSH “tiene que ver con la fuerza vita-mágico-espiritual de la existencia de las comunidades indígenas o afrodescendientes”. Este concepto nos permite analizar la “distinción binaria cartesiana que se establece entre hombre/naturaleza, categorizando como no-modernas, ‘primitivas’ y ‘paganas’ las relaciones espirituales y sagradas que

⁹² Idem.

⁹³ Véase, LUGONES, María. «Rumbo a... *op. cit.*, pp. 935-952.

⁹⁴ Cfr. de MAGALHÃES GOMES, Camilla. «Gênero como categoria de análise decolonial.» *Civitas* 18, nº 1, jan-abr. 2018, p. 74.

conectan los mundos de arriba y abajo, con la tierra y con los ancestros como seres vivos. Es esta dimensión la que nos permite visualizar la intención de destruir las cosmovisiones, filosofías, religiosidades, principios y sistemas de vida, es decir la comunidad civilizatoria de las comunidades indígenas y las de la diáspora africana⁹⁵.

3. Criminología decolonial y decolonialismo jurídico

Tomando como base los estudios sobre decolonialidad desde la criminología empieza a tomarse consciencia de la falta de perspectiva local y como la literatura que tenía influencia en esta área de conocimiento se producía mayoritariamente en occidente, por lo que está en general se basa en inquietudes, perspectivas y literatura occidental⁹⁶. Por ello cada vez son más las autoras y autores especialmente desde Brasil que apelan en sus recientes trabajos una «criminología decolonial»⁹⁷ o a la necesidad del «descolonialismo jurídico»⁹⁸. En este sentido señalan BRUNA STÉFANNI SOARES DE ARAUJO Y MARÍA LUIZA CAXIAS ALBANO que las teorías decoloniales vienen ejerciendo una gran influencia en la producción del conocimiento que también debe ser incorporada la Teoría de los Derechos Humanos. En este sentido en América Latina la nueva producción de conocimiento debe realizarse desde una reformulación epistemológica que incorpore los elementos de la realidad local y debe producirse el análisis de la relación entre género y política criminal a través de los conceptos de colonización, capitalismo, clase, raza y etnia que están llamados a convertirse en

⁹⁵ Cfr. WALSH, Catherine. «Interculturalidad crítica y pedagogía de-colonial...*op.cit.*, p. 3.

⁹⁶ Cfr. MOOSAVI, Leon. «Decolonising Criminology: Syed Hossein Alatas on Crimes of the Powerful.» *Critical Criminology* (Springer), junio 2018, p. 1.

⁹⁷ En este sentido sobre el uso de la teoría decolonial y la criminología o el uso directamente de la categoría criminología decolonial véase: SOARES DE ARAUJO, Bruna Stéfanni, y María Luiza CAXIAS ALBANO. «Sobre as rupturas de um discurso universal de direitos humanos diante de uma criminologia decolonial feminista nos crimes relacionados a drogas.» *Revista de Criminologías e Políticas Criminais* 2, n° 1, janeiro 2016, pp. 57-74; de MAGALHÃES GOMES, Camilla. «Gênero como categoria... *op. cit.*»; SILVA VILELA, Ana Laura. «Violência Colonial e Criminologia: Un confronto a partir do documentário Concernig Violence.» *Revista Direito & Páxis* 20, n° 20, fevereiro 2018, pp.1-20; MOOSAVI, Leon. «Decolonising Criminology: Syed Hossein Alatas on Crimes of the Powerful.» *Critical Criminology* (Springer), junio 2018.

⁹⁸ Véase: CORREA HENNING, Ana Clara. *Relações jurídicas de uso e apropriação territorial em comunidades quilombolas brasileiras: embates de poder e decolonialismo jurídico sob lentes etnográficas e etnodocumentárias. Tese de Doutramento.* Universidad Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas., 2016.

categorías fundamentales de estudio⁹⁹. Esta visión interdisciplinar y que articula diversas relaciones de poder en palabras de MANUEL E. GÁNDARA CARBALLIDO, presenta una complejización del análisis que se convierte en uno de los aportes fundamentales que se hace desde el giro deconial al poner en evidencia cómo la acumulación de capital se articuló de manera compleja con prácticas y discursos homofóbicos, eurocéntricos, sexistas y racistas¹⁰⁰.

Dentro de este nuevo planteamiento sostiene ANA LAURA SILVA VILELA es necesario que la Criminología como disciplina que se ocupa de la violencia como uno de sus fundamentos de análisis, aborde la violencia incorporada en la noción de raza inaugurada y perpetuada en el colonialismo¹⁰¹.

Desde Shanghái LEON MOOSAVI emplea el concepto «*decolonising criminology*» que, si bien su traducción literal sería «criminología descolonizadora», pensamos que es más útil homogeneizar las categorías y traducirla como «criminología decolonial». Señala MOOSAVI que mediante la *decolonising criminology* pueden generarse nuevas agendas, análisis y propuestas y centrar temas que hasta el momento no han examinado suficientemente desde la Criminología, pero que son prioritarios en los países no occidentales, como son el colonialismo, el imperialismo y la esclavitud, así como introducir esta perspectiva en las investigaciones sobre delincuencia, justicia y castigo. Concluye el autor señalando la necesidad de incluir mayor investigación no occidental en las discusiones sobre criminología y la búsqueda de la descolonización en la criminología¹⁰².

Los trabajos respecto de la criminología decolonial son todavía incipientes al igual que las investigaciones sobre el «decolonialismo jurídico». Concepto que hemos encontrado en la tesis de doctorado de ANA CLARA CORREA HENNING y cuya autora define como las formas específicas de apropiación y de resistencia frente a las normas jurídicas estatales que asumen las comunidades indígenas¹⁰³.

⁹⁹ Cfr. SOARES DE ARAUJO, Bruna Stéfanni, y María Luiza CAXIAS ALBANO. «Sobre as rupturas de um discurso universal de direitos humanos diante de uma criminologia decolonial feminista nos crimes relacionados a drogas.» *Revista de Criminologias e Políticas Criminais* 2, nº 1, janeiro 2016, p. 74.

¹⁰⁰ Cfr. GÁNDARA CARBALLIDO, Manuel E. «El pensamiento crítico en derechos humanos y la necesaria articulación de luchas sociales.» *Panóptica* 11, nº 2, jul/dez 2016, p. 361.

¹⁰¹ Cfr. SILVA VILELA, Ana Laura. «Violência Colonial... *op. cit.*, p. 3.

¹⁰² Cfr. MOOSAVI, Leon. «Decolonising Criminology... *op. cit.*, p. 2.

¹⁰³ Cfr. CORREA HENNING, Ana Clara. *Relações jurídicas...op. cit.*, p. 238.

En conclusión, en el presente trabajo hemos tratado de ajustarnos a los principios que debe seguir una investigación feminista-decolonial, tomando como marco de referencia la colonia y sus consecuencias para el presente, y buscando especialmente en las fuentes que se producen desde los países no occidentales, y especialmente en América Latina. Donde hemos tenido en cuenta tanto el conocimiento emanado desde la Academia como voces o textos realizados desde los propios movimientos de mujeres indígenas y/o mapuches.

III. LA PLURALIDAD CULTURAL. UN PROBLEMA DE GESTIÓN DE PERSONAS HISTÓRICO Y ACTUAL: DE LA GUERRA DE CONQUISTA A LA INTERCULTURALIDAD CRÍTICA

1. Introducción

Los debates a los que asistimos en la actualidad, respecto del tratamiento ‘del otro’ en términos de diferencia cultural y por tanto de derechos, se pueden observar a lo largo de la historia. Interesa destacar aquí los que surgen con la conquista de América Latina, pues un problema que los reyes de las distintas coronas y territorios que formaron posteriormente España enfrentaron fue la necesidad de generar un ordenamiento jurídico internacional de la época, destinado como indica ANTONIO OSUNA¹⁰⁴ a legitimar el dominio que se había obtenido, ejercido y conservado principalmente por las guerras de conquista y expansión. Debate, el de qué hacer con “el otro”, que llega hasta la actualidad con otras características como son el reconocimiento de los Pueblos Originarios o las migraciones, que suponen un reto para los Estados concebidos erróneamente en el caso América Latina como estructuras monoculturales. Y que hoy, como es el caso de Chile, no solo se enfrenta al reconocimiento de la pluriculturalidad interna sino también a gestionar la pluralidad cultural que llega como consecuencia de exilios económicos de países vecinos¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Cfr. OSUNA, Antonio «La junta de Valladolid de 1550” *La Ciencia Tomista*. Vol. 133, nº 430, 2006, pp. 193-243.

¹⁰⁵ Si bien es cierto que siempre existió migración, especialmente en interior de los países, del campo a la ciudad, ejemplo de ello en el contexto chileno, son las numerosas migraciones de comunidades mapuche especialmente a Santiago, a consecuencia de la falta de acceso a la tierra. O migración sobre todo europea

Este nuevo contexto social obliga a utilizar de forma estratégica la actual legislación para adaptarla a las exigencias de Derechos Humanos y a pensar en cambios constitucionales, la reforma y construcción de herramientas jurídicas que garanticen una sociedad sin discriminación. Retos sociales y jurídicos que obligan a seleccionar adecuadamente la terminología y por tanto el modelo de reconocimiento jurídico que vamos a establecer de la pluralidad cultural.

La diversidad de estrategias jurídicas de reconocimiento de las diferencias culturales que se han desplegado a lo largo de la historia la vamos a estudiar a través de los conceptos: guerra de conquista, guerra legítima, deshumanización, bestialización, pluralismo, multiculturalidad, multiculturalismo, interculturalidad e interculturalidad crítica. Con el estudio de estas categorías, podremos observar la evolución sociológica y jurídica de los marcos de convivencias entre distintas culturas, dado que cada concepto responde a momentos históricos, a veces no superados en el ámbito jurídico, o a ideologías que fundamentan el Derecho Internacional y las políticas públicas.

Este marco teórico nos permitirá posteriormente comprobar si la Ley 20.066 de Violencia Intrafamiliar o su implementación contienen elementos que nos indiquen de qué forma el Estado chileno ha tenido en cuenta las diferencias culturales a la hora de aprobar o aplicar esta norma. Y en el ámbito penal nos obligará a someter a discusión el modelo tradicional de relación entre el delito y la pena y a plantearnos nuevas formas de abordar los conflictos que incluyan un enfoque cultural, lo que da lugar al nacimiento de nuevas estrategias de defensa penal culturalmente motivadas¹⁰⁶.

a países de América Latina del siglo XIX y XX. Sin embargo, en la actualidad vivimos un fenómeno de movimiento global de personas, que responde a factores de supervivencia, bien por motivos económicos o bélicos. Situación que para Chile no es ajena. Según datos del Informe Global sobre Tráfico de Personas del año 2016 de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC por su sigla en inglés), el número de migrantes internacionales en 2015 fue de 244 millones de personas mientras que en el año 2000 fueron 173 millones de personas las desplazadas, esto indica un incremento del 40%. En línea https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2016_Global_Report_on_Trafficking_in_Persons.pdf (consultado el 11 de abril de 2018).

¹⁰⁶ Sobre error culturalmente motivado y así como otras categorías para la defensa culturalmente motivada véase en la página 315 y ss.

2. Guerra de conquista, deshumanización y bestialización

La idea de raza que se funda desde los conquistadores ibéricos como señala ANÍBAL QUIJANO¹⁰⁷, y los diferentes tipos de racismo que promueven se aprecia con claridad en la discusión sobre la legitimidad de las guerras de conquista y expansión. Esta problemática desencadena discusiones que duraran décadas y promueven cambios legislativos y tratados *De iure belli*¹⁰⁸.

En especial me referiré a la polémica que se escenificó durante los años 1550 y 1551 en sesiones celebradas en el Colegio San Gregorio de Valladolid conocidas como la Junta de Teólogos y Juristas de Valladolid¹⁰⁹, cuyo objetivo según indicaba su convocatoria era “ofrecer al rey un criterio seguro para cumplir su misión en las Indias con plena tranquilidad de su conciencia y conforme a la recta razón jurídica”¹¹⁰. Esta Junta es convocada el 7 de julio de 1550 para celebrarse el 15 de agosto del mismo año¹¹¹. En ella, se enfrentarán dos posturas bien definidas y contrapuestas. Representada la primera el 16 de agosto por Ginés de Sepúlveda de 61 años, quién nunca viajó a las Indias. Defiende el derecho de dominio de la Corona y la legitimidad de la guerra contra los indios, que son concebidos como naturalmente inferiores¹¹² —una postura que siguiendo a TAGUIEFF se sitúa dentro del racismo clásico¹¹³—. Por ello, aunque sea a través de la guerra, hay que reducirlos e incorporarlos a una sociedad organizada en la que pueda cumplirse el precepto de la evangelización. Esta postura, obvia decir, es la más favorable a los intereses de la corona y de los conquistadores y se sustenta

¹⁰⁷ Sobre el origen y concepto de raza véase la página 31.

¹⁰⁸ Cfr. OSUNA, Antonio «La junta de Valladolid de 1550...*op. cit.*, p. 193.

¹⁰⁹ ANTONIO OSUNA, indica a este respecto que el desconocimiento que en términos generales en España existe de la historia de la conquista de América Latina, tanto lo que allí sucedía, como los debates que este hecho generó. Antonio Osuna, reflexionando sobre este último e indica que si bien, la conquista se convirtió en un tema central de derecho público y de la nueva teología, sin embargo, los documentos que se debatieron en la Junta de Valladolid (siglo XVI) no han estado accesibles al público casi hasta nuestros días. Los textos de Juan Ginés de Sepúlveda, no se conoció hasta 1892, cuando fue editado por Menéndez Pelayo, y posterior será aun la edición de Ángel Losada de la Apología de Bartolomé de las Casas, que saldrá a la luz en 1975. Cfr. OSUNA, Antonio «La junta de Valladolid de 1550...*op. cit.*, pp. 194-195.

¹¹⁰ Cfr. OSUNA, Antonio «La junta de Valladolid de 1550...*op. cit.*, p. 217.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 211.

¹¹² ANTONIO OSUNA, indica a este respecto que el desconocimiento que en términos generales en España existe de la historia de la conquista de América Latina, tanto lo que allí sucedía, como los debates que este hecho generó. Antonio Osuna, reflexionando sobre este último e indica que si bien, la conquista se convirtió en un tema central de derecho público y de la nueva teología, sin embargo, los documentos que se debatieron en la Junta de Valladolid (siglo XVI) no han estado accesibles al público casi hasta nuestros días. Los textos de Juan Ginés de Sepúlveda, no se conoció hasta 1892, cuando fue editado por Menéndez Pelayo, y posterior será aun la edición de Ángel Losada de la Apología de Bartolomé de las Casas, que saldrá a la luz en 1975. Cfr. OSUNA, Antonio «La junta de Valladolid de 1550...*op. cit.*, pp. 194-195.

¹¹³ En este sentido véase *supra* el subepígrafe 2.2. El racismo y el anti-racismo y cfr. TAGUIEFF, Pierre André. «El racismo... *op. cit.*, p. 4

principalmente en cuatro argumentos, “primero, la gravedad de los delitos de aquellas gentes que son pecados contra natura que deben ser erradicados; segundo, la rudeza de sus ingenios que exige que otras gentes, los españoles en este caso, les ayuden a salir de su estado bárbaro y sin civilidad; tercero, que la sujeción de aquellas gentes es el único medio para que escuchen la predicación y puedan ser persuadidos de la verdad; y por último, los comportamientos que usan entre sí estos pueblos, que son tan crueles como los sacrificios humanos y la antropofagia”¹¹⁴. Ginés de Sepúlveda defiende la idea de superioridad de raza, ejemplificada en una superioridad moral, civilizatoria y paternalista, que se justifica a través de las misiones evangelizadoras, en este sentido es un exponente de los «discursos de la deshumanización de ser», cuyo objetivo es invalidar las características humanas en las personas de otras razas con el objetivo de esclavizarlos. Esta forma de referirse a las personas indígenas se ha conceptualizado desde los estudios decoloniales como bestialización¹¹⁵. En concreto MARÍA LUGONES y YUDERKYS ESPINOSA MIÑOSO emplean este concepto para hacer referencia a que dentro de la dicotomía cultura-naturaleza, humano-no humano, civilización-barbarie, las personas que poblaban los territorios del continente americano que los europeos recién empezaban a conocer, fueron asimiladas a bestias y no categorizadas como humanas. Matiza ESPINOSA MIÑOSO, que, al ser estas personas consideradas bestias, no se aplicaron sobre ellas categorías de género, por ello las mujeres indígenas nunca fueron consideradas bellas o frágiles. Indica LUGONES que, como bestias, la lectura de estas personas se realizaba desde el dimorfismo, donde solo importa la capacidad reproductiva y la sexualidad del animal¹¹⁶.

¹¹⁴ Cfr. OSUNA, Antonio «La junta de Valladolid de 1550...*op. cit.*, p. 215.

¹¹⁵ En este sentido entre véase: OCHOA MUÑOZ, Karina. «El debate sobre las y los amerindios: entre el discurso de la bestialización, la feminización y la racialización.» *El Cotidiano*, Universidad Autónoma Metropolitana Unidad Azcapotzalco, n° 184, marzo-abril 2014, pp. 13-22. Sobre las consecuencias de la bestialización en las mujeres María Lugones señala que solo fueron vistas como hembras que podían reproducirse, ver LUGONES, María. «Hacia un feminismo descolonial.» *La manzana de la discordia* 6, n° 2, julio-diciembre 2011, pp. 107-108

¹¹⁶ María Lugones en ESPINOSA-MIÑOSO, Yuderkys. «De por qué es necesario un feminismo descolonial: diferenciación, dominación co-constitutiva de la modernidad occidental y el fin de la política de identidad.» *Solar* 12, n° 1 2016, p. 153.

Postura similar sostiene ANGELA DAVIS, que analizando el contexto del trabajo esclavo en Estados Unidos señala que no existía una distinción o consideración en relación al género a la hora de exigir productividad bajo la amenaza del látigo, en este sentido la opresión de las mujeres era igual a la de los hombres. Pero las mujeres sufrían también abusos sexuales sobre todo violación como forma de castigo además de latigazos y mutilaciones y otras formas brutales de maltrato que sólo podrían infligirse a ellas. Las mujeres esclavas serán consideradas por tanto como hombres o como mujeres cuando les interesa a sus propietarios. Llegando incluso a ser revalorizadas las mujeres por su capacidad reproductiva como forma de asegurarse mano de obra esclava cuando la abolición de la esclavitud amenazaba la industria del cultivo de algodón. Vemos como aquí el análisis de DAVIS coincide con la

En contra de la postura de Sepúlveda el fraile Bartolomé Las Casas de 63 años y quién si había residido en diferentes colonias, expuso su doctrina entre los días 18 y 22 de agosto sobre la injusticia de las guerras a los indios para evangelizarlos. Sostiene que existe un tratamiento injusto sobre las personas indígenas, defiende la ilegitimidad de la guerra por sobre la excusa de la evangelización señalando que la evangelización solo es cristiana cuando es pacífica, y justifica la guerra que pudiesen hacer los indios contra los cristianos. De Las Casas mantiene una condena absoluta y sin matices a la presencia española en las Indias¹¹⁷.

La Junta se volvió a convocar para escuchar las contestaciones a las posturas expuestas al siguiente año, y sus integrantes debieron realizar un dictamen con sus propuestas. Sin embargo, no todos los integrantes cumplieron con dicha obligación, por lo que el presidente no pudo elaborar un fallo oficial, ni un dictamen conjunto de la Junta¹¹⁸.

A través del estudio de esta Junta y el contexto político del que se rodeó la misma, observamos cómo ni las prácticas políticas ni los debates sobre igualdad de derechos distan tanto de las actuales. Hoy estos debates se siguen versando, sobre el derecho que las personas indígenas tienen de acceso y reconocimiento de su territorio ancestral, al uso y oficialidad de su lengua y cultura, el acceso a la justicia chilena, o el reconocimiento de las formas de Justicia Indígena. Los conceptos de igualdad y

teoría de la bestialización de Lugones y Espinosa-Miñoso, al verse las mujeres no como madres sino como animales que podían parir cuyo valor monetario podía ser calculado. Por ello al no ser consideradas madres sino paridoras sus hijas e hijos podían venderse al igual que los terneros de las vacas. La falta de derechos de las mujeres esclava sobre sus hijas e hijos fue dictaminada por el Tribunal de Carolina del Sur señalando la sentencia que los niños podían ser vendidos y apartados de sus madres a cualquier edad y sin contemplaciones pro que las crías de los esclavos tenían la misma consideración que el resto de animales. Al ser consideradas animales para parir sus propietarios trataban de que tuviesen niñas y niños tantas veces como biológicamente fuera posible. Sin embargo, estar embarazada o amamantando nunca fue un motivo para no acudir a los campos de trabajo. Cfr. DAVIS, Angela. *Mujeres, raza y clase*. 2ª edición. Tralkawenu, Cimarrón Ediciones, 2016, pp. 15-17.

La lógica de la deshumanización que se inicia con el desembarco de las primeras caravelas europeas sostienen entre otras autoras y autores BRUNA STÉFANNI SOARES y MARÍA LUIZA CAXIAS que sigue presente en las sociedades actuales y especialmente desde la década de los 80 se ha convertido en uno de los puntos cruciales que permiten comprender en los países periféricos, la exclusión social. La exclusión social significa que las personas que están en el margen son consideradas desnecesarias para el sistema productivo tradicional, y en segundo lugar, la deshumanización se ve también en el estigma que existe sobre las personas excluidas de la órbita de la humanidad, y por ello es posible configurar su eliminación. Cfr. SOARES DE ARAUJO, Bruna Stéfanni, y María Luiza CAXIAS ALBANO. «Sobre as rupturas... op. cit., p. 62.

¹¹⁷ Cfr. OSUNA, Antonio «La junta de Valladolid de 1550...op. cit., pp. 211, 217, 233 y 234

¹¹⁸ *Ibid.*, pp. 211,

diferencia marcarán la postura de gobiernos y políticas públicas respecto de la gestión de las pluralidades culturales, que iremos desgranando en las siguientes líneas.

Otro ejemplo de guerra de conquista más reciente es la denominada Pacificación de La Araucanía en la segunda mitad del Siglo XIX. Este conflicto es una estrategia de expansión del control del territorio por parte del gobierno de Chile para hacerse con las tierras del Pueblo Mapuche y aumentar el número de tierras fértiles con la intención de mejorar sus relaciones comerciales¹¹⁹.

En conclusión, la deshumanización que tienen en la guerra de conquista su origen extiende sus consecuencias hasta nuestros días. Como señalan MARÍA LUGONES, YUDESKY ESPINOSA MIÑOSO y CAMILLA DE MAGALLÃES es necesario analizar la deshumanización desde la decolonialidad de género, este análisis permite ver como a las mujeres y hombres negros y/o indígenas se les configuro como cuerpo sin subjetividad, lo que ha permitido y permite en última instancia un genocidio con toda la violencia que esto impone, y que no sea como computado como tal, lo que supone en la actualidad que se pueden eliminar a las víctimas porque estas no van a ser computadas como humanas¹²⁰.

3. La re-colonialidad y el neoliberalismo étnico

Cuando se crea Naciones Unidas en 1948, la mayoría de los países latinoamericanos, salvo excepciones, declararon como indica BOAVENTURADE SOUSA SANTOS que no tenían minorías étnicas, inclusive aquellos países donde estas eran en realidad mayorías étnicas¹²¹. Será a partir de finales de la década de los ochenta y especialmente en la década de los noventa del siglo pasado, cuando los movimientos indígenas, los estudios académicos y sobre todo la estrategia económica neoliberal, empiecen a influenciar en las políticas públicas que tomarán en cuenta a las diferentes

¹¹⁹ Sobre el proceso de reducción de tierras mapuche o pacificación véase: NAVARRETE JARA, Manuel José. *Constitucionalización indígena: Variaciones jurídicas y metajurídicas*. Santiago de Chile: Librotecnia, 2013; BENGUA, José. *Historia del pueblo mapuche. Siglos XIX y XX*. Séptima. Santiago de Chile: LOM Ediciones, 2014; AYLWIN Oyarzú, José, Matías MEZA-LOPEHANDÍA, y Nancy YÁÑEZ FUENZALIDA. *Los pueblos indígenas y el derecho... op. cit.*

¹²⁰ Cfr. de MAGALHÃES GOMES, Camilla. «Gênero como categoria... op. cit., p. 76.

¹²¹ A este fenómeno de invisibilizar al otro, al que se considera inferior, este autor lo denomina sociología de las ausencias, cfr., DE SOUSA SANTOS, Boaventura «Cuando los excluidos tienen derecho...op. cit., p. 23.

culturas que habitan en los Estados latinoamericanos¹²². Como indica CATHERINE WALSH, esta visibilización tiene dos caras, por un lado se produce gracias a las luchas de los movimientos sociales-ancestrales y sus demandas por el reconocimiento de derechos, pero desde otra perspectiva, lo que se ve es que este reconocimiento e inclusión en las políticas públicas y educativas forma parte de la captación que se ha hecho del movimiento indígena en la esfera nacional-institucional e inter/trasnacional, que liga los pueblos indígenas a los diseños globales de poder, capital y mercado¹²³. Estas políticas están sustentadas en un discurso (neo)liberal multiculturalista, que detona un proceso de re-acomodación dentro de los designios globales ligados a los proyectos de neoliberalización y las necesidades del mercado, lo que ha llevado a categorizar este fenómeno como «re-colonialidad»¹²⁴.

Este proceso viene marcado por la agenda del Banco Mundial y su denominada política indígena, establecida a través de la Directiva Operacional 4.20: Pueblos Indígenas, la cual incluía elementos relacionados con la educación, el desarrollo y los derechos legales —particularmente los derechos de identidad y a la tierra— cuyo objetivo estratégico, fue neutralizar la oposición política indígena, e influir para que las reformas estructurales de los Estados adopten un carácter neoliberal¹²⁵. Esta geopolítica estratégica recibe el nombre de «neoliberalismo étnico o multicultural», o «lógica multicultural del capitalismo multinacional», que se “abre hacia la diversidad al mismo tiempo que asegura el control y continuo dominio del poder hegemónico nacional y los intereses del capitalismo global”¹²⁶. CATHERINE WALSH señala los peligros de la razón

¹²² El principal ejemplo de ello será a aprobación por parte de la Organización Internacional del Trabajo del Convenio 169 de 7 de junio de 1989, celebrado en Ginebra, por el que se aprueba el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales. Catherine Walsh sitúa también en esta época, en concreto en la década de los 90, el momento a partir del cual, la diversidad cultural en América Latina se pone de moda, y pasa a tener presencia en las políticas públicas, reformas educativas y constitucionales. La autora entiende que esta atención es efecto de las luchas de los movimientos sociales-ancestrales y sus demandas por el reconocimiento de derechos, también es posible hacer una lectura desde otra perspectiva, la que liga los diseños globales del poder, capital y mercado, cfr. WALSH, Catherine. «Interculturalidad crítica y pedagogía de-colonial...*op.cit.*, p. 2.

¹²³ Cfr. WALSH, Catherine. «Interculturalidad crítica y pedagogía de-colonial...*op.cit.*, p. 2.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 4.

¹²⁵ CATHERINE WALSH aplica la teoría decolonial, y realiza el análisis concreto del estado ecuatoriano, pero las políticas del Banco Mundial se han replicado en diversos países de América Latina, dentro de la misma estrategia, por lo que las afirmaciones que recoge la autora se pueden en este sentido generalizar y contextualizar en la estrategia global neoliberal que trata de sumar a su causa, también a los pueblos indígenas, y que se ha denominado «neoliberalismo étnico o multicultural». Cfr. WALSH, Catherine. «Interculturalidad crítica y pedagogía de-colonial...*op.cit.*, p. 2.

¹²⁶ Esta segunda acepción está acuñada por Žižek, y se recogen en el artículo de Catherine Walsh, cfr. WALSH, Catherine. «Interculturalidad crítica y pedagogía de-colonial...*op.cit.*, p. 7. En el citado artículo, la autora también hace referencia a los organismos internacionales vinculados a esta lógica multicultural

neoliberal étnica, porque se introduce como proyecto pensado para el conjunto de la sociedad y el buen vivir, por ello es capaz de penetrar sin ser cuestionada, pero que en realidad responde a las características de las exigencias de los intereses económicos marcados por occidente y un proceso de (re) colonialidad¹²⁷.

4. La multiculturalidad y el multiculturalismo

A bordamos a continuación los conceptos de «multiculturalidad» y «multiculturalismo», con el objetivo de situar su nacimiento geográficamente, conocer cuál es el modelo económico que los inspira en América Latina y abordar las críticas que la doctrina ha realizado a estos modelos de gestión de la pluralidad cultural. No es sencillo definir el multiculturalismo al igual que sucede con la multiculturalidad en la literatura especializada encontramos diferentes abordajes y matizaciones que ligan esta categoría a modelos económicos y sociales neoliberales.

Los conceptos de multiculturalidad y multiculturalismo surgen en la academia del Norte (Alemania, Francia, Inglaterra, Canadá y Estados Unidos), y en torno a diferentes temáticas (etnicidad, migraciones, religiones, identidades regionales)¹²⁸ por lo tanto, en un contexto social occidental donde existe una gran presencia de comunidades afrodescendientes, fuerte migración y conflictos étnicos y religiosos internos, generando un espacio de representación del “otro”. Estos conceptos se construyen para hacer referencia a las formas relacionales que se dan entre grupos culturalmente distintos que convergen simultáneamente en un mismo espacio físico.

Advierte ZULEMA PALERMO, que la conceptualización a través del término «multiculturalidad» puede en gran medida neutralizar los conflictos históricos interétnicos, particularmente en los espacios metropolitanos con características poblacionales complejas. Y que el término, por sí solo, instala y hace visible una geopolítica del conocimiento que tiende a hacer desaparecer las historias locales y

del capitalismo multinacional, donde menciona, al Banco Nacional del Desarrollo-BID, Programa de Desarrollo de Naciones Unidas-PNUD, UNESCO, Comisión Europea, CEPAL, Banco Mundial y Fondo Monetario Internacional (pp. 7-8).

¹²⁷ WALSH, Catherine. «Interculturalidad crítica y pedagogía de-colonial...*op. cit.*, p. 8.

¹²⁸ VERA GAJARDO, Antonieta. «Un acercamiento interseccional al discurso de la tradición en casos de violencia a mujeres Mapuche.» Editado por Universidad de los Andes. *Revista de Estudios Sociales*, n° 64, abril 2018, p. 3

autoriza en un sentido universal a las sociedades multiculturales¹²⁹. Siguiendo la crítica de ZULEMA PALERMO, cabe señalar que este concepto no es el idóneo para describir las sociedades latinoamericanas, por su conformación histórica diferente a la de los países del Norte, y porque en el reconocimiento de los Pueblos Originarios es imprescindible reconocer sus historias locales.

Para CATHERINE WALSH, la «multiculturalidad» es un término descriptivo, que hace referencia a la existencia de varias culturas en una unidad territorial y que muchas veces conviven involuntariamente, como las personas migrantes. La noción de multiculturalidad es indiferente al tratamiento político de los grupos diversos y hasta permite y mantiene la colonialidad. Caben en un estado multicultural la promoción de una cultura hegemónica o la segregación de una cultura subordinada. Además, el término señala la autora, obvia la noción relacional: “oculta la permanencia de las desigualdades e inequidades sociales que no permiten a todos los grupos relacionarse equitativamente y participar activamente en la sociedad, dejando así intactas las estructuras e instituciones que privilegian a unos en relación a otros”¹³⁰. Sostiene la autora que este concepto de multiculturalidad en el contexto latinoamericano, especialmente en Bolivia y Ecuador ha dado lugar a una política funcional colonial, regida por los intereses de mercado, cuyo objetivo es administrar la diversidad, antes de que esta radicalice los imaginarios y agenciamientos étnicos.

BOAVENTURADE SOUSA SANTOS se referirá a este concepto como «multiculturalismo liberal»¹³¹, que es el que fundan los estados modernos monoculturales donde se reconoce la presencia en la sociedad de otras culturas no eurocéntricas, en la medida en que operen únicamente en las comunidades que las adopta y no interfieran en la cultura dominante en el resto de la sociedad¹³². En la misma línea se manifiestan AGUSTÍN GRIJAVA JIMÉNEZ y JOSÉ LUIS EXENI RODRIGUEZ,

¹²⁹ Cfr. PALERMO, Zulma, DEOTO, Alejandro y BIDASECA, Karina. “Conocimiento de otro modo... op. cit. pp. 368-369.

¹³⁰ Catherine Walsh, citada en ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro. «¿Debe aprender el derecho penal estatal de la justicia indígena?» En Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador, de Agustín Grijalva Jiménez, y otros, editado por Boaventura de Sousa Santos, & Agustín Grijalva Jiménez, 279-304. Quito: ABYA YALA. Fundación Rosa Luxemburg, 2012, p. 288.

¹³¹ Este concepto ya se ha introducido con anterioridad, así como otras denominaciones similares elaboradas por otros autores, en este sentido, a efectos de clarificar, en el texto se encuentran tres conceptos similares, multiculturalismo liberal (Boaventura De Sousa Santos), neoliberalismo étnico o multicultural (usado por Catherine Walsh) y lógica multicultural del capitalismo multinacional (acuñado por Zizek).

¹³² DE SOUSA SANTOS, Boaventura «Cuando los excluidos tienen derecho...op. cit., p. 22.

quienes indican que el multiculturalismo es el que alimenta el Estado nacional mediante argumentos mayoritarios que excluyen los derechos de los Pueblos Indígenas¹³³.

Desde Chile señala ANTONIETA VERA GAJARDO los «modelos multiculturales» con énfasis en la cuestión indígena se introducen para dar respuesta a una serie de factores en disputa del despacio político: las resistencias indígenas a las políticas asimilacionistas, los procesos de retorno a la democracia desde fines de los ochenta, la implementación masiva de reformas neoliberales y el desarrollo de una jurisprudencia internacional en torno a los derechos indígenas¹³⁴. Se evidencia que los modelos multiculturales se construyen dentro de una lógica neoliberal, donde se representa la tensión entre los derechos culturales y político-económicos¹³⁵.

Desde un enfoque jurídico penal MICHELE CARDUCCI¹³⁶ define «multiculturalismo» como la pluralidad de comportamientos de agentes en un mismo espacio, expresivos de universos de significados diferentes y potencialmente en conflicto, que generan espacio de co-presencia entre multiculturalismo y Derecho penal, que se sitúa dentro de la correspondencia entre el aparato ideológico y axiológico, garantizado por una Constitución, y el aparato represivo producido por las normas penales. El autor, indica que estos espacios de co-presencia pueden involucrar a las personas, por ejemplo en lo relativo a sus creencias religiosas, o bien a identidades colectivas de grupo, en este segundo supuesto tendríamos que diferenciar entre las comunidades de personas desplazadas (flujos migratorios), por ejemplo en el pasado comunidades alemanas o croatas, o en la actualidad comunidades colombianas o venezolanas en Chile, y verdaderos órdenes jurídicos dotados de colectivos particulares, como son un Estado o una Nación culturalmente diferenciada respecto a otras, por ejemplo las naciones indígenas en América Latina.

Profundizando en este aspecto en Chile sostiene JAIME COUSO, se ha desarrollado tímidamente el modelo de multiculturalismo liberal especialmente a través de la Ley

¹³³ GRIJAVA JIMENEZ, Agustín y José Luis EXENI RODRIGUEZ. «Coordinación entre justicia, ese desafío.» En DE SOUSA SANTOS, Boaventura y Agustín GRIJLAVA JIMÉNEZ (edits.). *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*. Ediciones Abyala Yala y Fundación Rosa Luxemburgo, La Paz-Bolivia, 2012, p. 594.

¹³⁴ Cfr. VERA GAJARDO, Antonieta. «Un acercamiento interseccional... *op. cit.*, p. 3.

¹³⁵ *Ibid.*, p.4.

¹³⁶ CARDUCCI, Michele. «El multiculturalismo. Entre círculo hegeliano y constitucionalismo de la alteridad.» En CORNACCHIA, Luigi y Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ (coords.) *Multiculturalismo y Derecho Penal*. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 83-84.

19.253, de 5 de octubre de 1993, que Establece Normas sobre protección, fomento y desarrollo de los Indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (en adelante Ley Indígena), que establece en su artículo 54¹³⁷ un tímido reconocimiento de la justicia indígena lo que significó continuar con un marco normativo dentro del monismo jurídico. Esta tendencia no se va a abandonar, sino todo lo contrario, sostiene el autor que el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, de 7 de junio de 1989¹³⁸, si bien reconoce la costumbre indígena, lo hace desde la perspectiva del monismo jurídico en materia penal. En consecuencia, no se abandona el enfoque de un Estado-Nación unitarios y homogéneos, porque este Convenio mantiene el multiculturalismo liberal donde se protege en primer lugar el sistema jurídico nacional, lo que para COUSO puede leerse como una cierta negación del pluralismo jurídico¹³⁹.

En conclusión, los modelos de gestión de la pluralidad cultural que se desarrollan desde los postulados del multiculturalismo no surgen en América Latina, y cuando en esta parte del continente son adoptados se hace desde el multiculturalismo liberal y con la intención de neutralizar los movimientos indígenas que reclamaban su reconocimiento político y sus derechos colectivos. Por ello este modelo no permite una verdadera articulación de políticas públicas ni modelos jurídicos que reconozcan desde la igualdad las diferentes culturas, en este sentido, consideramos que no deben adoptarse estos parámetros para el reconocimiento de la pluralidad cultural en Chile.

¹³⁷El artículo 54 de la Ley Indígena establece: “*La costumbre hecha valer en juicio entre indígenas pertenecientes a la misma étnica, constituirá siempre que no sea incompatible con la Constitución Política de la República. En lo penal se la considerará cuando ello pudiere servir como antecedente para la aplicación de una eximente o atenuante de responsabilidad.*”

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

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

¹³⁸ Este convenio será abordado de forma exclusiva en el epígrafe Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, 164 en la página 131.

¹³⁹ Cfr. COUSO, Jaime. «Multiculturalismo y derecho penal: el caso chileno.» En *Libro homenaje al profesor Herán Hormazábal Malrée*, de Edison Carrasco Jimenez (coord.). Santiago de Chile: Librotecnia, 2015, pp. 184 y ss.

5. La interculturalidad

Otro modelo de gestión de la pluralidad cultural se construye en torno a la interculturalidad. Para CATHERINE WALSH, deben establecer dos categorías conceptuales, la «interculturalidad funcional» y la «interculturalidad crítica». Empleará el concepto de «interculturalidad funcional», para referirse a los discursos y estrategias de corte multicultural-neoliberal, que no cuestionan las reglas de juego y es compatible con la lógica del modelo neoliberal existente. Para WALSH, esta interculturalidad funcional busca promover el diálogo y la tolerancia sin tocar las causas de la asimetría social y cultural vigentes y responde a los intereses y necesidades de las instituciones sociales. Indica, WALSH que es imposible realizar un diálogo intercultural auténtico, debido a la existencia de asimetría social y discriminación cultural. Para que esto sea posible es necesario empezar por visibilizar las causas del no-diálogo, y esto pasa necesariamente por un discurso de crítica social que explica las condiciones para que este diálogo se produzca¹⁴⁰.

En oposición a la interculturalidad funcional recoge WALSH el concepto de «interculturalidad crítica» que define como:

“Una herramienta pedagógica que cuestiona la racialización, subalternización, inferiorización y sus patrones de poder, visibiliza maneras distintas de ser, vivir y saber y busca el desarrollo y creación de comprensiones y condiciones que no sólo articulan y hacen dialogar las diferencias en un marco de legitimidad, dignidad, igualdad, equidad y respeto –y a la vez– alienta la creación de modos “otros” de pensar, ser, estar, aprender, enseñar, soñar y vivir que cruzan fronteras. La interculturalidad crítica y la decolonialidad son proyectos, procesos y luchas que se entretrejen conceptualmente”¹⁴¹.

Señala WALSH que el concepto de interculturalidad crítica surge de las discusiones políticas puestas en escena por los movimientos sociales, lo que denota su nacimiento contra-hegemónico y su orientación con relación al problema estructural-colonial-capitalista como proyecto político, social-epistémico y ético, que busca suprimir la causas de la asimetría social y cultural vigentes hoy por métodos políticos no violentos. En este sentido la interculturalidad crítica parte del problema del poder, su patrón de racialización y la diferencia (colonial y no simplemente funcional), y apuesta por una

¹⁴⁰ Cfr. WALSH, Catherine. «Interculturalidad crítica y pedagogía de-colonial...*op.cit.*, pp. 7-8.

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 13.

construcción desde abajo. Es un proyecto que apunta a la re-existencia y a la vida misma, hacia un imaginario ‘otro’ y una agencia ‘otra’ de con-vivencia. Por ello debe ser entendida como un proceso y proyecto dirigido a la construcción de modos ‘otros’ del poder, saber, ser y vivir, que en definitiva derribe las estructuras sociales, políticas y epistémicas de la colonialidad, hasta ahora permanentes¹⁴².

6. La interlegalidad y las Comisarias de la mujer. Una mirada comparada al caso ecuatoriano

El concepto de «interlegalidad», es un concepto que surge desde los estudios occidentales realizados en los campos de la antropología y la teoría literaria postmoderna (intertextualidad) para cuestionar el modelo de aproximación hacia sus objetos de estudio en el último cuarto del siglo XX. Posteriormente se incorpora a la Sociología y al Derecho para establecer un diálogo entre las diferentes legalidades presentes en un mismo lugar¹⁴³.

El sociólogo portugués BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS fue pionero en emplear esta categoría en la sociología jurídica y dotarla de una fundamentación postmoderna¹⁴⁴. Para DE SOUSA SANTOS la interlegalidad es la contraparte fenomenológica del pluralismo jurídico, convirtiéndola en un concepto clave para una concepción posmoderna del Derecho. Sostiene el autor que la interlegalidad debe entenderse como un proceso altamente dinámico, debido a que los diferentes espacios jurídicos no son sincrónicos y por esto tienen como resultado una mezcla irregular e inestable de códigos jurídicos¹⁴⁵. Es precisamente esta multiplicidad de los extractos jurídicos y de las combinaciones entre ellos lo que caracteriza al mundo de la vida, y muestra que la persona y grupos sociales tienen como referente diferentes ordenamientos jurídicos, por ejemplo, el estatal, el consuetudinario, el comunitario local, el global, todos ellos porosos, de acuerdo con las situaciones y los contextos específicos¹⁴⁶. Es necesario

¹⁴² Ibid., p. 7 y ss. Las comillas las usa la autora para resaltar cada concepto.

¹⁴³ Cfr. NICKEL, Rainer. «Interlegalidad.» Traducido por Julián Gaviria Mira. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 8, marzo 2015, p. 206

¹⁴⁴ Ibid., p. 206.

¹⁴⁵ Boaventura de Sousa Santos en NICKEL, Rainer. «Interlegalidad... op. cit., p. 206.

¹⁴⁶ SALGADO, Judith. «El reto de la igualdad: género y justicia indígena.» En *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, editado por Boaventura de Sousa Santos, & Austin Grijalva Jiménez. Quito: ABYA YALA. Fundación Rosa Luxemburg, 2012, p. 269.

tener en cuenta como señala GRIJALVA JIMÉNEZ que los sistemas de justicia indígena no existen de forma aislada y autárquica, sino que se relacionan entre sí y también con el sistema de justicia estatal¹⁴⁷.

El reto es cómo construimos un sistema de justicia intercultural, cómo debe desarrollarse este proceso y cuáles son los elementos que deben tenerse en cuenta.

La construcción de la interlegalidad señala RAÚL LLASAG FERNÁNDEZ debe hacerse desde el diálogo entre diferentes sistemas de justicia, y no desde la imposición o subordinación del uno sobre el otro. Esto significa que debe fundamentarse desde el entendimiento y desde los principios de igualdad de condiciones y oportunidades que obligan a plantearse para el ordenamiento jurídico occidental la coordinación y cooperación respetando la autonomía legislativa y jurisdiccional reconocida a favor de los colectivos indígenas¹⁴⁸. Completando lo anterior señala JUDITH SALGADO que desde una perspectiva de género es necesario tener en cuenta el principio de dualidad complementaria como parte de la sabiduría indígena para interpretar el Derecho y reclamar la vigencia y recuperación de la Justicia Indígena¹⁴⁹.

Tomando como ejemplo el caso de Ecuador donde el fenómeno de la interlegalidad está plenamente vigente y estudiado, destaca que son precisamente las mujeres indígenas, las que ante la falta de respuesta en sus comunidades se han convertido en las verdaderas pioneras de la hibridación jurídica, al emplear las dos justicias, generando el desarrollo de la interlegalidad en los hechos de violencia machista¹⁵⁰ e impulsando no solo una transformación en el sistema jurídico occidental, sino también en la propia Justicia Indígena, que se muestra permeable a las transformaciones promovidas por las mujeres¹⁵¹. Las mujeres indígenas de Ecuador están haciendo frente a las agresiones a la

¹⁴⁷ GRIJALVA JIMÉNEZ, Agustín. «Del presente se inventa el futuro: justicias indígenas y Estado en Ecuador.» En *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, editado por Boaventura de Sousa Santos. Quito: Abya Yala. Fundación Rosa Luxemburg, 2012, p. 24.

¹⁴⁸ LLASAG FERNÁNDEZ, Raúl. «Justicia indígena ¿delito o construcción de la plurinacionalidad?: La Cocha.» En *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, editado por Boaventura de Sousa Santos, & Agustín Grijalva Jiménez. Quito: Abya Yala. Fundación Rosa Luxemburg, 2012, p. 343.

¹⁴⁹ SALGADO, Judith. «El reto de la igualdad... op. cit., p. 278.

¹⁵⁰ Cfr. GARCÍA SERRANO, Fernando. «No se aloquen, no vayan a carrera de caballo, vayan a carrera de burro: comunidades Chimborazo y Chibuleo.» En *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, editado por Boaventura de Sousa Santos, & Agustín Grijalva Jiménez. Quito: Abya Yala. Fundación Rosa Luxemburgo, 2012, pp. 524-525.

¹⁵¹ Cfr. Grijalva Jiménez, Agustín. «Conclusiones de todos los estudios: experiencias diversas y convergentes de la justicia en Ecuador.» En *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en*

par que transforman para su interés y defensa, una cultura machista dominante que también en sus comunidades invisibiliza y resta importancia a las agresiones que las mujeres sufren fruto de una cultura comunitaria patriarcal donde son presionadas para que resuelvan los casos de agresión física por medio de la disculpa, la segunda oportunidad o por medios económicos¹⁵².

Gracias a la lucha de las mujeres indígenas ecuatorianas se han puesto en funcionamiento «las promotoras por el buen trato en las comunidades indígenas», son mujeres que se han formado en la Ley contra la Violencia a la Mujer y a la Familia (Ley 103) y en Derechos Humanos, esta formación las ha empoderado dentro de la comunidad y las mujeres que sufren agresiones acuden a ellas en búsqueda de ayuda. Una de las prácticas que llevan a cabo en la comunidad de Sucumbíos, es presentar estos casos ante la Asamblea Indígena de la comunidad, ante esta situación recoge JUDITH SALGADO el caso de un hombre agresor que se presentó ante la promotora solicitando poder arreglar la situación sin tener que ir preso, y en la Asamblea firmaron un acta en la que el agresor se comprometía a no volver a violentar a su esposa, y en caso de incumplimiento se le enviaría a la cárcel directamente con la firma del presidente de la comuna, resultó efectiva para que no se repitiesen los actos de violencia. Esta práctica se ha aplicado en más casos, y cuando el hombre no ha cumplido su palabra se ha solicitado a la administración de justicia que se le sancione y se le aplique el máximo de la pena¹⁵³. Concluye JUDITH SALGADO que cualquier materia es competencia de la comunidad salvo aquella que expresamente la comunidad rechace conocer y las remita al juez estatal y resalta la necesidad de que las mujeres de las comunidades se formen mediante talleres de capacitación en Derechos Humanos y derechos de las mujeres por que esta formación tiene efectos positivos a la hora de defender su integridad y exigir respeto dentro de las comunidades. Así también lo reivindican las mujeres indígenas en la Declaración del Encuentro Internacional de Mujeres Indígenas en Quito-Ecuador que se celebró en 2008, donde exigieron que se fortaleciese el sistema de justicia ancestral

Ecuador, editado por Boaventura de Sousa Santos, & Agustín Grijalva Jiménez. Abya Yala. Fundación Rosa Luxemburg, 2012, p. 571.

¹⁵² En este sentido véase, SALGADO ÁLVAREZ, Judith. «Violencia contra las mujeres indígenas... op. cit., p. 8.

¹⁵³ *Ibid.*, p. 8.

en sus respectivos países y se reconociesen las resoluciones por parte de la administración de justicia estatal que se acuerdan en el seno de las comunidades¹⁵⁴.

En este camino de la interlegalidad, una de las acciones que las mujeres indígenas valoran positivamente son las Comisarias de la Mujer que reconocen como autoridad, y realiza capacitaciones a las promotoras y promotores del buen trato. Critica SALGADO ÁLVAREZ que estas capacitaciones no han sido de doble giro, porque no se ha capacitado al personal de policía en conocimientos y prácticas de la Justicia Indígena que podrían fortalecer la justicia estatal, por ello una de las cosas que se debate al interior de las comunidades es la creación de las Comisarias de la Mujer Interculturales en zonas rurales, con funcionarias y funcionarios indígenas o que conozcan las lenguas indígenas y que permitan esta institución fortalecer la protección de las mujeres contra la violencia al interior de las jurisdicciones indígenas¹⁵⁵.

Tomando en cuenta la experiencia de Ecuador, vemos como la interlegalidad es imprescindible en el análisis de la violencia sobre las mujeres mapuche, porque en el imaginario indígena ya se contempla la existencia también de la justicia estatal para procesar conflictos en los que las mujeres indígenas están involucradas, como se ejemplifica en el siguiente testimonio:

“Le pegó después supimos, se le perdonó, después volvió a hacerlo, ya después fue mayor, la encerró. Estaba muy mal ella, bueno la comunidad conversó, conversaron los más mayores y decidieron que debía denunciarse a tribunales y él tenía que irse de la comunidad, era la única manera de solucionar el problema, la tía podía vivir sola y el resto la podía ayudar sus parientes, sus sobrinos, pero él no podía seguir en la comunidad porque podía cometer algo mayor. Y así se hizo la tía ahora está sola, efectivamente, siempre se le va a ver, todos tenemos la responsabilidad, pero él se fue de la comunidad, se expulsó porque así nosotros resolvimos el problema” (comunera Lof Kurrache)¹⁵⁶.

En nuestra opinión una forma de construir una aplicación de la justicia desde la interlegalidad en Chile, donde la Constitución no recoge el pluralismo jurídico, es a través de agentes especializados en Derecho dentro de la propia administración de justicia, que incorpore siguiendo el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, de 7 de junio

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 9.

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 10.

¹⁵⁶ Testimonio recopilado en, VILLEGAS DÍAZ, Myrna. «Sistemas sancionatorios indígenas y Derecho penal. ¿Subsiste el Az Mapu?» *Política criminal*. 9, n° 17, julio 2014, p. 233.

1989 y la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos indígenas es aprobada por la Asamblea General en la 107ª Sesión plenaria de 13 de septiembre de 2007¹⁵⁷, los procesos de justicia culturalmente motivados, dónde en cada caso concreto se reconozca la existencia de la costumbre y la jurisdicción indígena. Y la segunda modalidad es directamente reconociendo con base también en los citados estándares internacionales las propias decisiones que se adoptan en el seno de las comunidades como acuerdos con el mismo peso legal que si emanaran de una Corte o Tribunal de Justicia. En nuestra opinión ambas modalidades son compatibles y deben coexistir.

En conclusión, la forma de construir relaciones interculturales entre la justicia estatal y la Justicia Indígena, debe hacerse como señala JUDITH SALGADO, partiendo desde la noción de colonialidad del poder de ANÍBAL QUIJANO, propuesta que seguimos en el presente trabajo. Ello implica abandonar la concepción de los Estados-Nación sobre el modelo europeo, de unidad de lengua, de identidad, y de derecho, en los cuales se concibe la Justicia Indígena como una práctica salvaje, premoderna, atrasada y que debe ser superada. Al existir estos estereotipos negativos es difícil establecer un diálogo desde la interculturalidad crítica donde se reconozca al otro/a como un interlocutor diferente pero igualmente valioso¹⁵⁸.

Es necesario alcanzar un sistema de justicia interlegal que permita resolver de forma más idónea los conflictos interétnicos, pero también intraétnicos. El reto de este proceso es como señala KARLA ENCALADA superar el racismo¹⁵⁹ y la colonialidad, pues mientras la administración de justicia esté atravesada por estos dos factores se tenderá más a la asimilación que a una verdadera autonomía de la Justicia Indígena.

¹⁵⁷ Ambos textos internacionales serán abordados íntegramente en el epígrafe, SISTEMA INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS en las páginas 138 y ss.

¹⁵⁸ Cfr. SALGADO ÁLVAREZ, Judith. «Violencia contra las mujeres indígenas: entre las "justicias" y la desprotección. Posibilidades de interculturalidad en Ecuador.» *Revista electrónica Aportes Andinos* (Programa Andino de Derechos Humanos), n° 25, septiembre 2009, p. 4.

¹⁵⁹ ENCALADA, Karla. «Racismo en la justicia ordinaria.» En *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, editado por Boaventura DE SOUSA SANTOS, y Agustín GRIJALVA JIMÉNEZ. Quito: Abya Yala. Fundación Rosa Luxemburgo, 2012, p. 205

7. Evolución en el reconocimiento de los Pueblos Originarios en Chile: de etnias a Pueblos Indígenas

La discusión terminológica antes señalada, en Chile no ha tenido la misma repercusión que en otros países de América Latina y ello porque la invisibilización de los Pueblos Originarios ha sido mayor.

Si bien en Chile todavía los Pueblos Originarios no cuentan con reconocimiento constitucional, desde la década de los noventa se ha venido produciendo un lento y tímido reconocimiento por parte del Estado. El primer gesto postdictadura en este sentido fue el censo de 1992, cuando se incluyó la auto-identificación étnica pero únicamente en relación con la cultura mapuche, aymara y rapa nui. Este censo sirvió de antesala para la promulgación en 1993 de la Ley 19.253, que Establece Normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena en cuyo artículo primero se señala que el Estado reconoce como principales etnias indígenas a la mapuche, aimara, rapa nui o pascuenses, las comunidades atacameñas, quechuas, collas, las comunidades kawashkar o alacalufe y yamara o yagán de los canales australes. En el año 2006 el reconocimiento llega a los diaguitas del norte del país. Y en 2014 este listado se amplía a las culturas de los pueblos afrodescendientes. Un problema que todavía no se ha abordado en Chile, es el reconocimiento del pueblo gitano, conformado por entre 5 y 8 mil personas que, no han sido discriminadas de todas las consultas o esferas de toma de decisiones¹⁶⁰.

Como indica UNICEF existen problemas en Chile al igual que en los demás países de América Latina y el Caribe para conocer cuál es el censo de personas pertenecientes

¹⁶⁰ En Chile, hasta donde he podido investigar, son escasas las publicaciones académicas que investigan la llegada del pueblo gitano a este territorio, o su situación en la actualidad. La poca producción que existe se encuentra en artículos periodísticos, notas variadas por internet o artículos académicos de diversos saberes sociales. En un artículo de los lingüistas Gastón Salamanca y Diego Lizarralde donde realizan una propuesta de grafemario para la lengua hablada por las comunidades gitanas en Chile, los autores identifican los diversos orígenes de las comunidades gitanas en Chile, Esta información da cuenta de la complejidad y riqueza que el propio pueblo gitano asentado en Chile posee. Es difícil tener una cifra de cuantas personas gitanas en este momento viven en Chile, dado que esta información no consta en ninguno de los padrones que se han realizado hasta la fecha en el país. Sobre ello cfr. SALAMANCA, Gastón; LIZARRALDE Diego “Propuesta de un grafemario para el *Rromané Jorajané* lengua hablada por los gitanos de Chile”, *Revista Universum* Vol. 1, N° 23, Universidad de Talca, 2008, pp. 227-228. El dato más aproximado lo aporta María Paz Rubilar Donoso, sostiene la autora que en el año 2007 en Chile habría entre 5 a 8 mil personas gitanas, Vid. RUBILAR DONOSO, María Paz “Los Gitanos en Chile: de viajeros eternos a viajeros soñadores”, *Memoria Chilena. Artículos para el Bicentenarios*, en línea http://www.memoriachilena.cl/602/articles-123219_recurso_2.pdf (consultado el 08/02/2017)

a los Pueblos Indígenas. Uno de los principales problemas que arrastra la falta de reconocimiento de las personas indígenas es su invisibilidad en los censos y en consecuencia la dificultad de implementar políticas públicas que tengan en cuenta la pluralidad cultural, porque se desconoce el volumen de personas de cada Pueblo Indígena.

En conclusión, el Estado de Chile en la década de los 90 parte por emplear las categorías de «indígenas», «etnias indígenas» y «culturas», para posteriormente adoptar el concepto de «Pueblos Indígenas». Esta adopción terminológica, si bien es un avance en el reconocimiento de la pluralidad de personas y culturas no es suficiente. El uso de Pueblos Originarios como reclaman especialmente los pueblos mapuche, o Pueblos Indígenas para referirse a estas naciones precolombinas es más acertado, al situar en una posición de igualdad de estatus entre los diferentes pueblos que actualmente están dentro del Estado de Chile.

8. Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo trato con los Pueblos Indígenas

La Comisión Verdad Histórica y Nuevo trato con los Pueblos Indígenas (en adelante Comisión de Verdad Histórica) fue creada¹⁶¹ por el presidente Ricardo Lagos (Partido por la Democracia), el 18 de enero de 2001 con el objetivo de servir de órgano asesor al presidente de la República, en concreto podemos decir que la Comisión de Verdad Histórica se enfocó en conocer la visión de los Pueblos Indígenas sobre la historia de Chile y elaborar recomendaciones para entregar al gobierno para que pudieran desarrollarse políticas de Estado que contribuyeran en el avance hacia un reencuentro de la sociedad chilena en su totalidad, así lo manifestó en 2008 Michelle Bachelet Jeria como Presidenta de la República cuando firma la introducción del libro donde se publican las recomendaciones elaboradas por la Comisión de Verdad Histórica¹⁶².

Cabe destacar que, si bien la Comisión de Verdad Histórica desarrolla sus trabajos entre los años 2001 y 2003, estos no se hicieron públicos hasta el año 2008, cuando se

¹⁶¹ La Comisión de la Verdad se crea mediante el Decreto nº 19, de 18 de enero de 2001, en línea <http://bcn.cl/1vtms>

¹⁶² Cfr. COMISIONADO PRESIDENCIAL PARA ASUNTOS INDÍGENAS. *Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas*. Santiago de Chile, 2008, p. 5.

publican en forma de libro sin correcciones, adicciones ni modificaciones los trabajos entregados al presidente Ricardo Lagos Escobar¹⁶³. La publicación de estos trabajos es uno de los compromisos de la presidenta Michelle Bachelet, dentro de las acciones de su administración en materia indígena que se incluyen en el documento *Re-conocer: Pacto Social por la Multiculturalidad*, que como el nombre del documento indica configura las políticas en materia indígena desde la multiculturalidad.

La conformación de la Comisión de Verdad Histórica estaba integrada por 25 personas¹⁶⁴, entre las cuales únicamente había tres mujeres: Sandra Berna Martínez política de origen atacameño, Ivonne Quispe Osorio, representante Aymara y Sonia Montecinos Ahuirre, académica chilena dedicada a los estudios antropológicos y de género. Si bien en la composición general el pueblo mapuche goza de mayor representación que otras identidades culturales, las mujeres mapuche como colectivo no contaron con una representación específica.

En general la composición de la Comisión de Verdad Histórica trato de incluir representantes de diferentes partidos políticos, iglesias, sociedad chilena (universidad, empresas, académicos y académicas) e integrantes de diferentes pueblos indígenas (atacameño, aymara, rapa nui, y mapuche), así como de diferentes corporaciones públicas.

Centrándonos en el contenido del Informe de la Comisión de Verdad Histórica, en el mismo se aborda dos temas, la historia de los pueblos indígenas y su relación con el Estado y las propuestas y recomendaciones para un nuevo trato entre el Estado, los Pueblos Indígenas y la sociedad chilena.

¹⁶³ Cfr. COMISIONADO PRESIDENCIAL PARA ASUNTOS INDÍGENAS. *Informe de la Comisión Verdad Histórica... op. cit.*, p. 2.

¹⁶⁴ Patricio Aylwin (Presidente de la Comisión), Antonio Alcañal Canquil (mapuche), José Bengoa Cabello (historiador chileno especialista en Pueblos Originarios), Sandra Berna Martínez (política de origen atacameño), Juan Claro González (chileno empresario presidente de Metrogas), Obispo Sergio Contreras Navia (representante Iglesia Católica), Enrique Correa Ríos (político y científico chileno), Armando de Ramón Folch (historiador chileno), Alberto Hotus Chávez (Isla de Pascua); Francisco Huenchumilla Jaramillo (político chileno de la región de La Araucanía); Aucán huilcamán Paillán (líder mapuche), Carlos Inquiltupa Tito (ingeniero comercial y representante Aymara), Felipe Larraín Bacuñán (economista chileno), José Llancapán Calfucura (representante indígenas urbanos), Adolfo Millabur Ñancuil (alcalde mapuche), José Santos Millao Palacios (representante mapuche), Sonia Montecinos Ahuirre (antropóloga chilena), Samuel Palma Manríquez (Representante Iglesia Evangélica), Carlos Peña González (Decano Universidad Diego Portales), Ivonne Quispe Osorio (Representante Aymara), Galvarino Raimán Huilcamán (líder mapuche), Ricardo Rivadeneira Monreal (político chileno de Renovación Nacional), Víctor Caniullán Coliñir, José Queidel Lincoleo, Rosamel Millamán Reinao; y Juan Carlos Mamani

En relación al Pueblo Mapuche la comisión aborda la historia de este Pueblo Originario diferenciando entre los Pehuenches de la cordillera y los Huilliches del sur, desde la época precolombina hasta la situación del año 2003¹⁶⁵.

La Comisión de Verdad Histórica concluye que el Estado Chileno supone un intento sistemático y deliberado de asimilar a los Pueblos Indígenas, este proceso de asimilación se guio por los ideales republicanos que negaron la identidad y la existencia de los Pueblos Originarios como entidades sociohistóricas con el objetivo de construir una ciudadanía universal. Para crear este nuevo Estado-Nación, se usó la fuerza contra los Pueblos Originarios con el objetivo de arrebatar la soberanía que los mismos ejercían sobre los territorios que ancestralmente ocupaban y les pertenecían. Las consecuencias de esta política expansionista y asimilacionista del Estado de Chile están presentes y son padecidas por los Pueblos Originarios en diferentes aspectos¹⁶⁶:

“Reducción de territorio, padecen fragmentación social, pérdida patrimonial, pérdida de vigencia de sus sistemas normativos propios, pérdida de sus idiomas por las políticas de castellanización forzosa, y hasta la muerte y desaparición de Pueblos Indígenas enteros como los Aónikent y Selk’nam, que fueron objeto de genocidio hasta que, junto con extinguir su cultura, también se aniquiló a las personas que los integraban”¹⁶⁷.

La Comisión de Verdad Histórica y Nuevo trato tomando de base la historia y la situación de los Pueblos Originarios llega al convencimiento de que es necesario abrir un nuevo tiempo que debe basarse en un Nuevo Trato entre los Pueblos Indígenas, el Estado y la sociedad chilena que deberá edificarse sobre los siguientes fundamentos:¹⁶⁸

- El reconocimiento de los Pueblos Indígenas y su historia que es anterior a la llegada de los conquistadores. Esta pluralidad cultural y la historia que de ella emerge debe ser reconocida como una parte de la historia de Chile, y solo así se podrá romper el silencio y la invisibilidad que ahora existe en esta materia.
- El Nuevo Trato debe realizarse sobre la base del reconocimiento, lo que implica dar voz a aquellas personas y culturas que fueron silenciadas.

¹⁶⁵ En este sentido véanse de la página 317 a la página 472 del *Informe de la Comisión Verdad Histórica... op. cit.*

¹⁶⁶ Cfr. COMISIONADO PRESIDENCIAL PARA ASUNTOS INDÍGENAS. *Informe de la Comisión Verdad Histórica... op. cit.*, p. 531

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 532.

¹⁶⁸ *Ibid.*, pp. 533-535.

- Una sociedad democrática como pretende ser la chilena, debe hacerse cargo y estar dispuesta a aceptar la deuda que existe con los Pueblos Originarios, solo de esta forma se podrán considerar una parte de la nacionalidad chilena.
- El Nuevo Trato entre Pueblos Indígenas, Estado y Sociedad chilena debe fundamentarse en el respeto, la equidad, el mutuo reconocimiento, la justicia y la dignidad reconocida a cada integrante. Estos principios deben ser la base de las nuevas relaciones que se establezcan entre los Pueblos Indígenas, Estado y Sociedad Chilena.
- Es necesario que se apruebe en la Constitución un nuevo estatuto jurídico especial, para dotar de reconocimiento a los Pueblos Indígenas y consagrar sus derechos en el desarrollo institucional, para que dichos derechos puedan ser ejercidos.
- Las reformas legales que deben llevarse a cabo para la creación de ese nuevo estatuto jurídico especial deben admitir formas flexibles, para que puedan hacerse cargo de las particularidades culturales de cada Pueblo Indígena.
- La redacción de las normas deberá ser un trabajo conjunto con los Pueblos Indígenas.
- Estas normas deben partir de la conceptualización como «Pueblos Indígenas», y «Territorios Indígenas» que son aquellos espacios jurisdiccionales donde los Pueblos Indígenas hacen efectivos sus derechos colectivos.

Señala la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo trato que deben realizarse mejoras institucionales que permitan reparar los daños y el acceso a los derechos indígenas. Esto pasa por el establecimiento de mecanismos eficientes y eficaces que permitan la realización de los dos ámbitos anunciados. En este sentido presenta recomendaciones que se estructuran en tres ejes: (1) Reconocimiento Constitucional de los Pueblos Indígenas; (2) Derechos colectivos de los Pueblos Indígenas que la Comisión recomienda consagrar constitucionalmente; (3) Propuestas y Recomendaciones en el ámbito de la Institucionalidad, la definición y la ejecución de las políticas públicas en materias concernientes al interés de los Pueblos Indígenas¹⁶⁹.

Si bien todas las recomendaciones están relacionadas de forma directa o indirecta con la administración de justicia y la institucionalidad, al ser estos los cauces de la sociedad occidental para implementar las reformas, me interesa centrarme

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 535-580.

especialmente en las enfocadas en el reconocimiento de la Justicia Indígena, concepto que considero más idóneo que la terminología que emplea la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato que aborda esta materia con la denominación de «derecho consuetudinario» y «derecho propio de los Pueblos Indígenas» homologando al Derecho occidental algo que no es Derecho ni es occidental, y por tanto se evidencia como el Informe está elaborado sin abandonar una posición hegemónica, esto es, no igualitaria entre uno y otro sistema de justicia¹⁷⁰.

Señala en el Informe la Comisión de Verdad Histórica que el derecho consuetudinario es reconocido en ordenamiento jurídico con determinados límites, los Derechos Fundamentales (así se establece también en la Ley Indígena), que no permite la aplicación del derecho consuetudinario indígena en temas penales y la regulación de la propiedad, donde el Estado debe hacer prevalecer el principio de legalidad. Y en las cuestiones del derecho sucesorio y de familia se permite la aplicación del derecho consuetudinario indígena bajo control constitucional, siempre y cuando la cuestión en disputa sea entre personas indígenas del mismo Pueblo, si no se cumplen estas circunstancias entonces se aplica el Derecho estatal¹⁷¹.

Respeto de las propuestas de la Comisión en materia de justicia es necesario señalar que la Comisión de Verdad Histórica considera el arbitraje como una forma de jurisdicción con base en la autonomía personal, y ve en esta fórmula la posibilidad de aplicar del derecho propio ahí donde existe y pose vigencia social. Por ello plantea la modificación de la normativa vigente, para establecer un procedimiento flexible de arbitraje institucional culturalmente motivado, al que podrían acudir de forma voluntaria dos o más personas o Pueblos Indígenas que entren en disputa. Este proceso estaría arbitrado por una comunidad o autoridad indígena, dependiendo de la decisión de las partes en conflicto. Y la solución acordada tendría que ser reconocida por los órganos jurisdiccionales. De forma que se llegaría a una solución no aplicando el Derecho estatal, sino las fórmulas de justicia propias de estas culturas¹⁷².

Si bien la Comisión de Verdad Histórica recomienda que el Estado desarrolle acciones tendientes al fortalecimiento de la Justicia Indígena, que pueden leerse como

¹⁷⁰ Sobre las diferencias en terminología éstas se abordan con más profundidad en el epígrafe: Diferentes propuestas terminológicas para conceptualizar el sistema de resolución de conflictos de los pueblos indígenas en la página 409. Y en el propio informe ver, COMISIONADO PRESIDENCIAL PARA ASUNTOS INDÍGENAS. *Informe de la Comisión Verdad Histórica... op. cit.*, pp. 548 y ss.

¹⁷¹ *Idem.*

¹⁷² *Ibid.*, pp. 548-549

un avance, presentan dos grandes falencias. En primer lugar, coloca los derechos de las personas occidentales por encima de los derechos de las personas indígenas, porque solo prevé la posibilidad del arbitraje cuando se trata de una disputa entre personas o Pueblos Indígenas diferentes, y no entre indígenas y personas occidentales. Y, en segundo lugar, la Comisión no plantea eliminar las limitaciones que establece el ordenamiento estatal en materias que pueden ser competencia de la Justicia Indígena, especialmente nos referimos a su prohibición en materia sancionadora, penal y derechos de propiedad. Los dos elementos que sostiene el Estado-Nación, esto es la soberanía, el *ius puniendi* y la regulación de la propiedad, que debe ser interpretada como un obstáculo en el proceso de recuperación de tierras de los Pueblos Indígenas.

La Comisión de Verdad Histórica también presenta una visión limitada de lo que debe considerarse cultura, porque las prácticas y las formas de ejercer la justicia dentro de las comunidades forman parte de la cosmovisión, y no se puede como en las sociedades occidentales desvincularse de las otras esferas de la vida, esto es, la justicia forma parte de el equilibrio que existe en el mundo, y de la interpretación holística que los Pueblos Indígenas realizan para interpretar y actuar en la sociedad. Por ello limitar esta manifestación cultural tan importante como es la justicia, parece una visión cuando menos limitada.

En este sentido, y siguiendo las recomendaciones de la Comisión que son entre otras: la protección y recuperación del patrimonio histórico y cultural, protección de un modo más efectivo de las personas indígenas frente a la discriminación de la que son objeto, (aquí la Comisión plantea el establecimiento de una agravante penal); establecimiento de una educación intercultural, respecto y promoción del idioma, incorporación de personas o grupos indígenas en la ejecución de los programas públicos a quienes están dirigidos, capacitar y sensibilizar a funcionarios y funcionarias públicas y privadas en la realidad y cultura indígena. Consideramos que la Comisión ha presentado una propuesta muy conservadora en materia de justicia, que no reconoce la importancia que las formas de Justicia Indígena tienen dentro de la comunidad, y la capacidad empoderadora que existe en el reconocimiento de la jurisdicción propia indígena, al significar una relación de igualdad con el estado y abandonar tratamientos paternalistas con las personas de origen indígena¹⁷³.

¹⁷³ *Ibid.*, pp. 555-556

En concreto en relación con el Pueblo Mapuche la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato solo hace recomendaciones en materia de políticas alimentarias, salud, situación de las tierras mapuche, política medio ambiental y cultural limitándose en este último punto a recomendar el día del *We xipantü/ Wiñoy xipantü*, como feriado nacional¹⁷⁴.

IV. APORTES DE LOS ESTUDIOS FEMINISTAS E INDÍGENAS AL DERECHO PENAL EN MATERIA DE VIOLENCIA MACHISTA

1. Principales Teorías feministas desde los años 60 a la actualidad

Se discute dentro de la historia de los feminismos¹⁷⁵ desde cuándo se puede señalar que existe este movimiento social y/o teoría. Desde el ámbito cultural europeo tradicionalmente se sitúa el nacimiento de los feminismos en el contexto de la Revolución Francesa de 1789, cuando las mujeres levantaron sus consignas y denunciaron que eran el tercer estado dentro del tercer estado, visibilizando la doble discriminación, la opresión de clase y el sometimiento masculino¹⁷⁶. En este contexto es necesario mencionar a la francesa Olimpia De Gouges, fundadora de la Sociedad Popular de las Mujeres en 1791 y precursora de la Declaración de los Derechos de la Mujer y de la ciudadana en 1789, en respuesta a la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano¹⁷⁷. En el mismo período, pero en Reino Unido Mary Wollstonecraft publica en 1792 el libro *Vindicación de los Derechos de la mujer*, donde crítica fuertemente el machismo de Rousseau, quien defiende que es necesario educar a las mujeres desde niñas en la sumisión a los hombres¹⁷⁸. Este feminismo que

¹⁷⁴ *Ibid.*, pp. 567-568 y 572-573.

¹⁷⁵ En el presente texto se hará siempre referencia en plural a feminismos, dado que no existe un cuerpo único de principios feministas. En este sentido HARDING, Sandra. «¿Existe un método feminista?» Traducido por Gloria Elena Bernal. California, 1987, p. 6.

¹⁷⁶ Cfr. GUEVARA OSORIO, Saray. «¿Por qué aún la violencia de género? Una respuesta conceptual a la persecución contra quienes no caben en las categorías "hombre" o "mujer".» *La manzana de la discordia* (Centro de Estudios de Género, Mujer y Sociedad. Facultad de Humanidades. Universidad del Valle) 8 (enero-junio 2013), pp. 57-58.

¹⁷⁷ Cfr. DUARTE CRUZ, José María, y José BALTAZAR GARCIA-HORTA. «Igualdad, Equidad de Género y Feminismo, una mirada histórica a la conquista de los derechos de las mujeres.» *Revista CS*. Cali, Colombia, (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Icesi), n° 18 (2016), p. 123.

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 124.

podemos denominar como clásico, marca el inicio del desarrollo de los «feminismos occidentales».

Situar el nacimiento de los feminismos en este momento (siglo XVIII) y lugar histórico (Europa y sus revoluciones), es un error y oculta las luchas de las mujeres que se produjeron en otros lugares del mundo, por ejemplo, las luchas de las mujeres indígenas desde que llegaron los conquistadores hasta la actualidad. Como señala FRANCESCA GARGALLO CALENTANI, las mujeres somos la mitad de todos los pueblos y siempre hemos generado pensamiento crítico a la organización desigual de los poderes entre hombres y mujeres en beneficio de los primeros, “si las mujeres de los Pueblos Originarios le llaman feminismo o no, en buena medida, es un problema de traducción. ¿Qué es el feminismo?”¹⁷⁹. Esta cuestión que plantea GARGALLO CALENTANI puede resolverse con las palabras de JULIETA PAREDES, “toda acción organizada por las mujeres indígenas en beneficio de una buena vida para todas las mujeres, se traduce al castellano como feminismo”¹⁸⁰.

Es necesario, por tanto, tener claro que los feminismos se desarrollan desde siempre como acciones de las mujeres a nivel planetario. Ahora bien, no en todos los lugares se ha realizado un desarrollo teórico que esté reflejado en texto. En este sentido, hay que tener presente la posición hegemónica de la que gozan los feminismos occidentales en los debates, y su influencia en los feminismos que se desarrollan en otras latitudes. Realizadas estas reservas, a continuación, quiero abordar algunas de las corrientes que han marcado las bases de las teorías feministas que se desarrollan en la actualidad.

Tradicionalmente suelen clasificarse las corrientes feministas en olas, hablándose de cuatro hasta la actualidad, los periodos durante los que se despliega cada una de ellas es todavía en la actualidad un tema controversial, con todo y de forma referencial consideraremos que la Primera Ola Feminista abarca hasta principios del siglo XX; la Segunda Ola Feminista empieza en la década de los años 60 y dura hasta finales de la década de 1980; la Tercera Ola Feminista empieza en 1990 y se extiende hasta la actualidad conviviendo con la Cuarta Ola Feminista que emerge en el siglo XXI.

Seguidamente analizamos las principales contribuciones del feminismo desde los años 60 del siglo pasado hasta la actualidad, y que podemos agrupar bajo las siguientes

¹⁷⁹ Cfr. GARGALLO CALENTANI, Francesca. *Feminismos desde Abya Yala... op. cit.* p. 11

¹⁸⁰ Julieta Paredes citada en GARGALLO CALENTANI, Francesca. *Feminismos desde Abya Yala... op. cit.*, p. 21

denominaciones¹⁸¹: feminismo liberal, feminismo radical, feminismo cultural, feminismo socialista o marxista, feminismo negro, feminismo lésbico, feminismo postmoderno, feminismos decoloniales, feminismos disidentes y feminismos indígenas¹⁸².

De forma muy breve queremos introducir estas teorías de análisis que nos ayudan a comprender el desarrollo de las investigaciones científicas desde el feminismo y también cómo estas investigaciones tienen su impacto en dos aspectos fundamentales en esta investigación, la epistemología y la aplicación del género en el ámbito jurídico.

El «feminismo liberal» surge en la década de los 60 dentro del movimiento de lucha por la liberación de las mujeres *Women's Liberation*. Su principal reivindicación es la igualdad de derechos con los hombres dentro del contexto de las sociedades liberales, consideran que es posible conseguir la igualdad porque la desigualdad en que viven es consecuencia de los prejuicios masculinos y que estos van a ser superados¹⁸³.

El feminismo liberal no cuestiona los principios subyacentes a la teoría liberal, sino que los hace suyos al realizar sus reivindicaciones desde la concepción del «sujeto liberal», entendido como modelo de persona atomista, autónoma, racional e independiente como base de la organización social, los derechos individuales como el de propiedad, la participación política, especialmente el derecho a voto, el derecho al trabajo remunerado y el derecho a educarse en igualdad con los hombres. En este sentido suele indicarse que el feminismo liberal solo realiza una crítica parcial de la sociedad en contraposición a la crítica total que se realiza desde el feminismo radical que abordamos a continuación¹⁸⁴.

¹⁸¹ Para conocer el feminismo occidental que se desarrolla desde antes de los años 60 puede leerse entre otros trabajos: DUARTE CRUZ, José María, y José BALTAZAR GARCIA-HORTA. «Igualdad, Equidad de Género y Feminismo, una mirada histórica... *op. cit.*;

¹⁸² La enumeración y definición de las diferentes corrientes dentro del feminismo se ha elaborado a partir de: BOTTOMLEY, Stephen and Simon BRONITT. *Law in context...* *op. cit.*, p. 70; LEIBOFF, Marett, y Mark THOMAS. *Legal Theories in principle*. Sydney, Thomson, 2004, p. 255. Ambos estudios realizados en el contexto académico anglosajón. A partir de su elaboración hemos introducido la categoría de feminismos indígenas que surge en América Latina tomando en consideración el trabajo de Doris VASQUEZ QUIÑIMIL, Doris. «Violencias coloniales y patriarcales contra mujeres indígenas latinoamericanas.» En *Violencias contra las mujeres. Desafíos y aprendizajes en la Cooperación Sur-Sur en América Latina y el Caribe*, editado por Gabriel GUAJARDO SOTO, y Christian RIVERA VIEDMA. Santiago de Chile: FLACSO-Chile, 2015.

¹⁸³ Cfr. BOTTOMLEY, Stephen and BRONITT, Simon. *Law in context...* *op. cit.*, p. 70; LEIBOFF, Marett, y Mark THOMAS. *Legal Theories in principle...* *op. cit.*, pp. 255 y ss.

¹⁸⁴ Cfr. LEIBOFF, Marett, y Mark THOMAS. *Legal Theories in principle...* *op. cit.*, p. 256

En conclusión, las feministas liberales luchan para que se permita a todas las personas, hombres y mujeres participar en la sociedad en igualdad de condiciones, esto significa tener el mismo acceso al trabajo, a la educación, a la participación política y a la propiedad. El problema, señalan, MARETT LEIBOFF y MARK THOMAS, es que al ponerse en práctica la idea de igualdad a través de los principios del liberalismo, las feministas optan por posiciones ideológicas conservadoras, las cuales terminan por imposibilitar en la práctica que se puedan aplicar los principios de igualdad a las mujeres¹⁸⁵.

El «feminismo radical» se desarrolla especialmente a partir de la década de los 70. Las feministas radicales apuntan a la necesidad de abordar desde la raíz las estructuras sociales y sus fundamentos, de ahí nace el nombre de esta corriente de pensamiento. Las feministas radicales en su trabajo cuestionan y critica los principios del liberalismo, abandona el punto de vista neutral del feminismo liberal, analiza cómo se conforma la organización social y sostienen que la fuente de la desigualdad entre los hombres y las mujeres es la diferencia en el sexo (división biológica de los sexos). Esta desigualdad, siguiendo la descripción que realiza el marxismo de la sociedad, forma parte de la estructura social donde las mujeres sufren una sistemática subordinación a través del mantenimiento de estructuras patriarcales que están presentes tanto en la esfera pública como en la esfera privada. En ambos ámbitos las mujeres sufren vulneración de diferentes derechos y violencia machista¹⁸⁶. La liberación de la mujer solo se podrá producir mediante una transformación radical de las relaciones humanas y reproductivas, donde la tecnología reproductiva permitirá a las mujeres biológicamente determinadas liberarse de parte de la carga de su opresión¹⁸⁷.

Al feminismo radical debemos la noción de patriarcado y género en confluencia con las herramientas marxianas, de psicoanálisis y pensamiento antiimperialista¹⁸⁸. Tanto el feminismo radical como el marxismo son análisis de cómo surge el poder, como opera en la sociedad y se distribuye de manera desigual. A pesar de las similitudes que existen entre el feminismo radical y el pensamiento marxista, sostienen LEIBOFF y THOMAS que no es correcto afirmar que el feminismo radical sea una forma

¹⁸⁵ Ibid., pp. 256-257

¹⁸⁶ Cfr. BOTTOMLEY, Stephen and Simon BRONITT. *Law in context... op. cit.*, p. 71.

¹⁸⁷ Ibid.

¹⁸⁸ Cfr. COSTAS, Malena. *Feminismos Jurídicos*. 1ª ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Didot, 2016, pp. 61-62.

de pensamiento marxista, señalando como dentro del pensamiento feminista radical se critican fuertemente determinados postulados que se desarrollaron en el marxismo, así como en el pensamiento marxista existen posicionamientos que consideran que el feminismo beneficia a las clases dominantes al desviar parte de los esfuerzos de lo realmente importante que es la lucha de clases¹⁸⁹.

Una obra central dentro del feminismo radical es la tesis doctoral de Kate Millet titulada *Política Sexual*, donde se acuña la expresión «lo personal es político». De este trabajo se deriva una reformulación de lo político que, señala MALENA COSTA, dará lugar a giros epistemológicos en torno al valor de la experiencia personal¹⁹⁰ y la incidencia de la cultura en las condiciones de subalternidad¹⁹¹.

Las feministas radicales ponen de relieve que mujer no se nace, se hace y dejan de concebir a las mujeres con un grupo social oprimido, y como tal homogéneo necesitado de tutela para comprender que las mujeres son un sexo diferente privado de la existencia en el sistema social dominante, este cambio permite una visión empoderadora de las mujeres¹⁹². Por ello reivindican el derecho de las mujeres a ser escuchadas en los temas que a ellas les afecta directamente como el aborto, el divorcio, la violencia sexual o los malos tratos y que deje de verse a las mujeres como problemas a solucionar¹⁹³. Y son pioneras en el estudio de la cultura patriarcal y como esta afecta a las mujeres cuando enfrentan procesos judiciales tanto como víctimas como imputadas, al poner de manifiesto que las leyes diseñadas por hombres protegen los intereses de los hombres especialmente a aquellos respaldados con enormes recursos financieros¹⁹⁴.

En conclusión, el feminismo radical, a diferencia del feminismo liberal, considera necesaria una transformación radical de las relaciones entre hombres y mujeres. Esta transformación debe darse en las esferas pública y privada, donde se incluye la familia, la sexualidad, la reproducción y la consciencia del propio cuerpo. El feminismo radical

¹⁸⁹ Cfr. LEIBOFF, Marett, y Mark THOMAS. *Legal Theories in principle... op. cit.*, pp. 260-261.

¹⁹⁰ Sobre los diferentes giros epistemológicos que se producen a la hora de valorar la experiencia personal en los estudios científicos véase *infra* el epígrafe 2. La epistemología feminista y la relevancia de la experiencia personal dentro de la investigación.

¹⁹¹ Cfr. COSTAS, Malena. *Feminismos Jurídicos... op. cit.*, pp. 63-65

¹⁹² *Ibid.*, p. 188-189.

¹⁹³ Cfr. RUBIO CASTRO, Ana. «El feminismo de la diferencia: los argumentos de la igualdad compleja.» *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, nº 70, octubre/diciembre, 1990, p. 187.

¹⁹⁴ Cfr. LEIBOFF, Marett, y Mark THOMAS. *Legal Theories in principle... op. cit.*, p. 263.

aspiraba en definitiva a inventar una nueva cultura y un nuevo lenguaje y criticaba que el lugar para ejercer los cambios fuesen únicamente las instituciones¹⁹⁵.

El «feminismo cultural» nace en Estados Unidos en la década de los años 80, y posteriormente llega a otros países. Desde el feminismo con enfoque cultural se profundiza en el valor específico de la cultura como elemento inherente al punto de vista, por ello la cultura sostiene esta corriente del feminismo no debe ser ignorada o subestimada en la lucha por la búsqueda de la igualdad¹⁹⁶.

Dentro del feminismo cultural destaca el trabajo de la psicóloga Carol Gilligan. Quien sostiene que, existe una manera femenina de abordar los dilemas morales y legales diferente de la masculina. La teoría legal y la práctica jurídica se basan en modelos de resolución de conflicto de forma adversarial y litigios que responden a la forma masculina de abordar los problemas. Por el contrario, el enfoque de resolución de conflictos femenino busca la mediación entre las partes. Por eso sostiene Gilligan dentro de la Justicia es necesario introducir también la forma de ver del otro cincuenta por ciento de la población, las mujeres. Desde esta corriente del feminismo se pone de relieve que no estamos ante un simple problema de acceso a la Administración de Justicia, sino que es necesario introducir en las formas y modo, también la visión de las mujeres, y una de las formas de conseguir este objetivo es con la llegada de juezas a los tribunales que aportarían a su función judicial los valores que portan por el mero hecho de ser mujeres¹⁹⁷.

Desde Chile la feminista JULIETA KIRKWOOD ha desarrollado un extenso trabajo, en su artículo *Feministas y políticas* de 1985, donde reflexiona respecto de las diferencias de la articulación política femenina y masculina, consideramos puede inscribirse dentro de este feminismo cultural. La autora sostiene que las formas de hacer política de las mujeres, y de organizarse especialmente cuando se trata de grupos feminista abandona el paradigma masculino diferenciándose en que en las organizaciones de mujeres: la estructura se diluye en la jerarquía, el orden vertical de dirección-a-base se vuelve difuso, la audiencia inicia y se cierra en círculo, son movimientos horizontales, se reparten las tareas y las responsabilidades en igualdad y las iniciativas, las propuestas y las críticas se hacen desde la base. Este esquema también se observa en los grupos de

¹⁹⁵ Cfr. RUBIO CASTRO, Ana. «El feminismo de la diferencia... *op. cit.*, p. 188.

¹⁹⁶ Cfr. BOTTOMLEY, Stephen and Simon BRONITT. *Law in context... op. cit.* p. 71.

¹⁹⁷ Cfr. LEIBOFF, Marett, y Mark THOMAS. *Legal Theories in principle... op. cit.*, p. 266.

mujeres con diferentes intereses políticos. Por ello la autora sostiene que las mujeres tienen una forma diferente de hacer política a la masculina¹⁹⁸.

A diferencia del feminismo liberal que partía del estándar masculino y buscaba su aplicación a las mujeres en la búsqueda de la igualdad de derechos. El feminismo cultural parte de la diferencia entre hombres y mujeres, especialmente con relación a temas clásicos éticos y legales, y valora ambos puntos de vista, abandonando la hegemonía masculina del punto de vista o de lo masculino como referente de lo correcto¹⁹⁹. En este punto siguiendo a MALENA COSTA podemos señalar que empiezan a vislumbrarse dos posiciones claras y contrapuestas, por un lado, la expansión universal de una igualdad neutra construida entorno al principio de igualdad, según el cual los iguales merecen iguales derechos. Y la especificidad de una igualdad de las diferentes, articulada en torno al reconocimiento de las diferencias, que aboga por un tratamiento diferenciado para las personas diferentes, ya que un tratamiento formalmente universal suprime la especificidad constitutiva de cada identidad²⁰⁰.

El «feminismo marxista-socialista» se desarrolla también durante la década de los 80 del siglo pasado. Busca la conciliación del marxismo tradicional y el análisis de clases con el feminismo. Para las feministas marxistas la división principal de la sociedad no es la diferencia de clases sino el género. Identifican la opresión de género en las relaciones de producción y se pone de manifiesto como esta opresión de género está conectada con los procesos históricos producción. De este análisis emerge la valoración de los trabajos de reproducción y cuidados como parte de las labores que el patriarcado y el sistema capitalista asignan a las mujeres, que son imprescindibles para el capitalismo, pero para que este siga produciendo al mismo nivel que ahora es necesario que estos trabajos continúen siendo infravalorados y feminizados²⁰¹.

A partir de la década de los noventa se desarrollan paralelamente diferentes teorías feministas que continúan en evolución en la actualidad. A continuación, señalamos

¹⁹⁸ Cfr. KIRKWOOD, Julieta. «Feministas y políticas.» *Nueva Sociedad*, nº 78, julio-agosto 1985, pp. 63 y ss.

¹⁹⁹ Cfr. LEIBOFF, Marett, y Mark THOMAS. *Legal Theories in principle...* op. cit., p. 265

²⁰⁰ Cfr. COSTAS, Malena. *Feminismos Jurídicos...* op. cit., pp. 103-104

²⁰¹ Cfr. BOTTOMLEY, Stephen and Simon BRONITT. *Law in context...* op. cit. p. 71.

cuales analizaremos: feminismo postmoderno, el feminismo de la diferencia, feminismo negro, feminismo decolonial y feminismo indígena²⁰².

El «feminismo postmoderno» se caracteriza por su alto grado de compromiso político. NANCY PIEDRA GUILLÉN lo define como una postura heterogénea y radical, que siguiendo el pensamiento postmoderno “plantea rupturas centrales y determinantes con el pensamiento occidental, masculino, moderno, falocéntrico y dominante, que ha estado presente en el desarrollo de la humanidad, en especial en la sociedad occidental”²⁰³. Las principales contribuciones del feminismo postmoderno han sido abandonar la categoría mujer en singular y renunciar a las aspiraciones universalistas sobre la situación de las mujeres. A las teóricas feministas postmodernas debemos la «Teoría del Feminismo de la Diferencia».

Una de las principales herramientas del feminismo postmoderno es la investigación sobre el uso del lenguaje, y en concreto la forma en que el lenguaje legal crea y comprende el género y la sexualidad²⁰⁴. Emerge dentro de esta corriente feminista los estudios de género que parten de entender que el «sexo» está determinado biológicamente, mientras que el «género» se denota socialmente. Este paradigma marcará un cambio en el enfoque de la investigación y el género pasa a situarse como categoría central²⁰⁵.

Las principales críticas que se han formulado al feminismo posmoderno son, entre otras, que puede desencadenar la destrucción del feminismo al abandonarse los procesos de construcción identitarios colectivos; promueve el abandono de la categoría género en favor de la categoría ser humano; exalta las diferencias entre las mujeres lo que puede

²⁰² Son muchas más las corrientes que existen dentro del feminismo de la tercera y cuarta ola, así entre otras importantes teóricas cabe destacar el feminismo lésbico, el feminismo ecologista o el feminismo de la disidencia sexual.

²⁰³ Cfr. PIEDRA GUILLEN, Nancy. «Feminismo y postmodernidad: entre el ser para sí o el ser para los otros.» *Revista de Ciencias Sociales* (Universidad de Costa Rica) 4, nº 102, 2003, p. 43-44

²⁰⁴ Cfr. LEIBOFF, Marett, y Mark THOMAS. *Legal Theories in principle... op. cit.*, p. 266.

²⁰⁵ De acuerdo con esta concepción, aceptada por la Real Academia de la Lengua Española, Montalbán Huertas señala que la perspectiva de género es “un instrumento para descubrir y comprender los mecanismos que en la práctica –a pesar del reconocimiento formal del derecho a de igualdad- permiten y mantienen la subsistencia de la primacía cultural de los valores androcéntricos tanto en la sociedad como en el Derecho... que permitirá avanzar en la construcción de la igualdad material, sustantiva y real” en FARALDO CABANA, Patricia. «Suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad para condenados por violencia de género. La situación en España tras la reforma de 2010.» Editado por Universidad de Chile. Facultad de Derecho. *Revista Estudios de la Justicia* (Centro de Estudios de la Justicia.), nº 13, 2010, p. 13. En relación a la referencia a la Real Academia de la Lengua Española, véase el informe de 19 de mayo de 2004 sobre la expresión “violencia de género” (disponible en la página web <http://es.search.yahoo.com/search?p=informe+de+la+Real+Academia+sobre+violencia+de+g%C3%A9nero+yfr=yfp-t-501yei=UTF-8ymeta=vl%3D>).

derivar en la aceptación de un individualismo abstracto y en una fragmentación identitaria; y por último a pesar de criticar el universalismo, adoptada un tinte dogmático que dicta universalmente lo que puede o no puede hacerse, y afirma que no puede hacerse nada que no sea universalmente aplicable²⁰⁶.

El «feminismo de la diferencia», surge dentro del feminismo postmoderno y tiene como eje fundamental renunciar a la condición de igualdad para construir una sociedad sin subordinación de lo femenino a lo masculino, rompiendo de esta forma toda conexión con el feminismo liberal. Desde este paradigma se reivindica la diferencia respecto de lo masculino, al hombre, y se afirma que la identidad de las mujeres ha de construirse desde la diferencia, lo que para ANA RUBIO CASTRO significa rechazar la subjetividad humana-universal, donde la mujer no está ni se reconoce. Al marcarse la diferencia sexual, lo que se está haciendo es una ruptura lógica no aceptando la universalidad, y reafirmando un carácter y una identidad femenina²⁰⁷.

El feminismo de la diferencia como categoría es ampliamente utilizado dentro de los estudios feministas y de género, pero también existen voces como la de MARÍA-MILAGROS RIVERA GARRETAS que sostienen que no existe un feminismo de la diferencia, sino que lo que existe es una práctica política y un pensamiento de la diferencia sexual femenina, por ello la autora afirma que no es una práctica que nazca en el siglo XX para luchar contra la posición teórica del feminismo de la igualdad, sino que las prácticas del feminismo de la diferencia existen desde hace siglos, “siempre que han existido mujeres que han buscado y han hallado un sentido libre de sí en la reflexión y en la puesta en palabras de su experiencia femenina²⁰⁸”.

El «*black feminism*» o «feminismo negro», surge en Estados Unidos en los años 80, cuando las feministas negras empiezan a trabajar en la recuperación de las memorias de la violencia esclavista y plantea como necesario analizar la categoría de raza y género no como experiencias separadas ni mutuamente excluyentes. Desde el feminismo negro se acuña la categoría/metodología de la interseccionalidad para investigar cómo las diferentes opresiones se superponen y condicionan la experiencia femenina, raza, edad, clase, género. Esta conceptualización tiene su impacto en el ámbito jurídico, donde

²⁰⁶ Sobre el feminismo postmoderno y las críticas al feminismo véase ampliamente: PIEDRA GUILLEN, Nancy. «Feminismo y postmodernidad... *op. cit.*, p. 50.

²⁰⁷ Cfr. RUBIO CASTRO, Ana. «El feminismo de la diferencia... *op. cit.*, p. 194.

²⁰⁸ Cfr. RIVERA GARRETAS, María Milagros. «El feminismo de la diferencia: partir de sí.» *Revista Géneros* (Universidad de Colima) 8, nº 22, 2000, p. 5

KIMBERLÉ CRENSHAW afirma que es necesario tener en cuenta todos los niveles de discriminación porque estos actúan simultáneamente sobre la persona, y no analizarlos de forma excluyente porque las mujeres negras involucradas en relaciones violentas son afectadas doblemente por la subordinación de su raza y de su género²⁰⁹. Las feministas negras con su trabajo van visibilizar cómo el feminismo blanco ha universalizado su experiencia de discriminación la cual no es aplicable a las mujeres racializadas²¹⁰, y cuando han querido realizar análisis que incluyesen la raza lo han hecho como una cuestión de factores adictivos, aislando las experiencias de doble o triple exclusión²¹¹.

En el «feminismo descolonial» o «feminismo descolonial antirracista» como lo denomina YUDERKYS ESPINOSA-MIÑOSO. Las feministas decoloniales antirracista continuando el legado iniciado por el *black feminist* radicalizan la crítica al universalismo en la producción de la teoría, visibilizando que las teorías feministas occidentales, no sirve para ser aplicadas a la realidad de opresión de las mujeres racializadas en territorios que fueron arrasados por procesos de colonización²¹². Y

²⁰⁹ La interseccionalidad es parte de la reflexión teórica de las feministas afroamericanas en Estados Unidos, pero es especialmente el trabajo de la jurista KIMBERLÉ CRENSHAW, el que de forma más clara pone en cuestión la tendencia que existía a tratar por parte de los trabajos científicos y legales la experiencia de raza y la experiencia de género como categorías de análisis mutuamente excluyentes. En este sentido véase: CRENSHAW, Kimberlé. «Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics.» *University of Chicago Legal Forum*, 1989, pp. 139-167; CRENSHAW, Kimberlé. «Raza, reforma y retroceso: Transformación y legitimación en el Derecho contra la discriminación.» En *Crítica jurídica: teoría y sociología jurídica en los Estados Unidos*, de Mauricio GARCÍA VILLEGAS, Isabel Cristina JARAMILLO SIERRA, y Esteban RESTREPO SALDARRIAGA. Colombia: Universidad de Los Andes (ULA), 2006, pp. 97-124.

Señala MARÍA DE LOS ÁNGELES BARRÈRE UNZUETA, que con su trabajo Crenshaw demuestra dos cosas: (1), que la mera yuxtaposición de los ejes de análisis hace que las mujeres negras desaparezcan del marco teórico, y (2) que las limitaciones que arrastra ese planteamiento separado socavan los esfuerzos para ampliar los análisis feministas. Este planteamiento ha desarrollado una línea de investigación que desde los años ochenta no ha hecho más que aumentar y tiene cada vez más repercusión a nivel normativo y gubernamental. En este sentido BARRÈRE UNZUETA, María de los Ángeles. «La interseccionalidad como desafío al *mainstreaming* de género en las políticas públicas.» *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 87-88, 2010, p. 3.

Sobre interseccionalidad y violencia contra las mujeres en Chile véase: VERA GAJARDO, Antonieta. «Un acercamiento interseccional... op. cit., p. 4.

²¹⁰ Sobre feminismo negro véase entre otros: Crenshaw, Kimberlé. «Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics.» *University of Chicago Legal Forum*, 1989: 139-167. Sobre feminismo negro y racismo negro en América Latina véase, BIDASECA, Karina. «Voces y luchas contemporáneas del feminismo negro. Corpólicas de la violencia sexual racializadas.» En *Colección de ensayos de Centro de Información para las Naciones Unidas para México, Cuba y República Dominicana, en el marco del Año Internacional de los Afrodescendientes*, 1-11. México: ONU, 2012; Lozano Lerma, Betty Ruth. «El feminismo no puede ser uno porque las mujeres son diversas. Aportes a un feminismo negro decolonial desde la experiencia de las mujeres negras del Pacífico colombiano.» *La manzana de la discordia* 5, nº 2 (julio-diciembre 2010): 7-24.

²¹¹ *Ibid.*, p. 4.

²¹² Cfr. ESPINOSA-MIÑOSO, Yuderkys. «Una crítica descolonial... op. cit.

aplican al contexto latinoamericano la teoría de la interseccionalidad dando un paso más al señalar que es necesario usar el género como una categoría de análisis decolonial, y esto implica como sostiene CAMILLA DE MAGALHÃES GOMES, hablar de la interseccionalidad de raza, clase y género, y analizar cómo estas categorías de opresión funcionan creando experiencias diferentes, y no comprenderlas como opresiones que se superponen, sino como opresiones en red que son al mismo tiempo causa y efecto en la / de la creación de conceptos unas de otras²¹³.

Los «feminismos indígenas latinoamericanos» se centran en²¹⁴: (1) cuestionar las relaciones patriarcales, racista y clasistas de las sociedades latinoamericanas, al mismo tiempo que los usos y costumbre propias de las comunidades y pueblos indígenas que sirven para tener subordinadas a las mujeres; (2) articular luchas de género, clase y raza visibilizando los efectos en la vida de las mujeres de los estrechos vínculos entre racismo, imperialismo, colonialismo y patriarcados; (3) comprender que el género no es una categoría universal, estable y descontextualizada, por ello no se puede trabajar a partir únicamente de un tipo de ‘mujer’ (blanca o blanca-mestiza urbana, burguesa y heterosexual), y es necesario tener en cuenta las múltiples formas de dominio del patriarcado, el racismo y el clasismo; (4) problematizar el esencialismo de las propias reivindicaciones indígenas de descolonización y empezar a abordar los temas de género; (5) criticar la jerarquía en las demandas de los Pueblos Indígenas que posterga o reduce las demandas de las mujeres indígenas; (6) criticar el etnocentrismo feminista que desde el colonialismo discursivo concibe a las mujeres indígenas como meras víctimas, y al esencialismo étnico o cultural que rechaza toda crítica cultural por considerarla como una intromisión, una deslealtad, y sobre todo cuando esta se realiza desde los feminismos, al rechazarse desde el esencialismo étnico la teoría de género por considerarlas una nueva forma de colonización.

Desde algunos sectores de los feminismos indígenas latinoamericanos, se critica el concepto de género y todas las construcciones sociales que se derivan del mismo, por tener una raíz occidental que no se corresponde con las cosmovisiones indígenas basadas en el equilibrio, y se prefiere optar por categorías propias como la

²¹³ Cfr. de MAGALHÃES GOMES, Camilla. «Gênero como categoria... *op. cit.*, p. 71.

²¹⁴ Los aportes del feminismo indígena están extraídos del trabajo de DORIS QUIÑIMIL, en este sentido véase QUIÑIMIL VASQUEZ, Doris. «Violencias coloniales y patriarcales contra mujeres indígenas latinoamericanas.» En *Violencias contra las mujeres. Desafíos y aprendizajes en la Cooperación Sur-Sur en América Latina y el Caribe*, editado por Gabriel GUAJARDO SOTO, y Christian RIVERA VIEDMA. Santiago de Chile: FLACSO-Chile, 2015, p. 139.

complementariedad, dualidad y reciprocidad, remirando el pasado, los mitos, la cosmovisión y la lengua²¹⁵.

Este es un debate complejo que actualmente está muy vigente dentro de los movimientos feministas indígenas. Mientras que algunos movimientos de mujeres indígenas mantienen posturas más esencialistas que apelan a la tradición, otros se muestran críticos en el sentido que señalaban MARÍA LUGONES y ESPINOSO-MIÑOSO²¹⁶, señalando que el concepto de género occidental funciona como una hegemonía que arrasa las formas indígenas de entender el género. También existen posturas que apelan a la comprensión de las sociedades indígenas no como entidades fijas sino como sociedades contemporáneas que también avanzan con los tiempos. Y, por último, la postura más crítica es la que rechaza el uso de los conceptos de dualismo y complementariedad por considerar que fueron inventados para continuar justificando la subordinación y las relaciones desiguales con las mujeres, tratando también de evitar el debilitamiento de los movimientos indígenas²¹⁷.

2. La epistemología feminista y la relevancia de la experiencia personal dentro de la investigación

En el seno del pensamiento feminista se han producido grandes contribuciones en el ámbito de la ciencia donde cobra vital importancia la teoría del conocimiento denominada «epistemología feminista»²¹⁸, desde donde se elaboran diversas críticas a la

²¹⁵ Cfr. QUIÑIMIL VASQUEZ, Doris. «Violencias coloniales y patriarcales contra mujeres indígenas latinoamericanas.» En *Violencias contra las mujeres. Desafíos y aprendizajes en la Cooperación Sur-Sur en América Latina y el Caribe*, editado por Gabriel GUAJARDO SOTO, y Christian RIVERA VIEDMA. Santiago de Chile: FLACSO-Chile, 2015, p. 135.

²¹⁶ Véase *supra* respecto a la categoría de género y las críticas al feminismo occidental los subepígrafos: 2.2. El racismo y el anti-racismo; y 2.10. El sistema moderno-colonial de género y la colonialidad de género

²¹⁷ Cfr. VERA GAJARDO, Antonieta. «Un acercamiento interseccional... *op. cit.*, p. 11

²¹⁸ La categoría de «epistemología feminista» es una cuestión controvertida en el seno del feminismo, ya que no todas las feministas están de acuerdo en que pueda hablarse de una epistemología propiamente feminista, en este sentido, ARAIZA DÍAZ, Alejandra. «De la política...*op. cit.*, p. 171.

Dentro de los feminismos que reconocen la existencia de la epistemología feminista, se han desarrollado diferentes propuestas conceptuales. NORMA BLÁZQUEZ condensa ideas de otras autoras, y razona que “la epistemología feminista es una teoría del conocimiento que considera lo que se puede conocer y cómo, o a través de qué pruebas las creencias son legitimadas como conocimiento verdadero. La epistemología feminista estudia lo anterior, abordando la mera en que el género influye en las concepciones del conocimiento, en la persona que conoce y en las prácticas de investigar, preguntar y justificar. Identifica las concepciones dominantes y las prácticas de atribución, adquisición y justificación del conocimiento que sistemáticamente ponen en desventaja a las mujeres porque se les excluye de la investigación, se les

ciencia que surgen al revisar el viejo concepto de objetividad²¹⁹ tradicionalmente entendido como la elaboración científica libre de prejuicios, consensuada en la comunidad científica y poner en valor la experiencia. Estas críticas podemos clasificarlas en cinco grupos o corrientes:

Desde la corriente de pensamiento denominada «política de la localización», señalan que la escritura científica debe realizarse en primera persona, y proponen eliminar el ‘nosotras o nosotros’ como referente universal para utilizar la primera persona, lo que implica hablar desde el propio cuerpo, esto permite en primer lugar, eliminar posiciones abstractas y grandilocuentes, y visibilizar el lugar de opresión o privilegio desde el que se escribe, porque son estos factores los que condicionarán el enfoque, la problemática y en consecuencia formarán parte de la propia investigación²²⁰.

niega que tengan autoridad epistémica, se denigran los estilos y modos cognoscitivos femeninos de conocimiento, se prodecen teorías de las mujeres que las representa como inferiores o desviadas con respecto al modelo masculino, se producen teorías de fenómenos sociales que invisibilizan las actividades y los intereses de las mujeres o las relaciones desiguales de poder genéricas, y se produce conocimiento científico y tecnológico que refuerza y reproduce jerarquías de género. La epistemología feminista hace ver estas faltas y propone diversas alternativas para resolverlas(...) entre los temas centrales de la epistemología feminista se encuentran: la crítica a los marcos de interpretación de la observación; la descripción e influencia de roles y valores sociales y políticos en la investigación; la crítica a los ideales de objetividad, racionalidad, neutralidad y universalidad, así como las propuestas de reformulación de las estructuras de autoridad epistémica” en BLAZQUEZ GRAF, Norma. «Epistemología feminista: temas centrales.» En *Investigación feminista. Epistemología, metodología y representaciones sociales*, de Norma BLAZQUEZ GRAF, Fátima FLORES PALACIOS y Maribel RÍOS EVERARDO. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2010, pp. 22-23.

Otra propuesta es la realizada por Carmen Adán, quien entiende que bajo ese concepto de epistemologías feministas se “aglutinan las investigaciones que entran en diálogo con la tradición filosófica sobre la ciencia abordando los problemas clásicos como el de la racionalidad, evidencia, objetividad, sujeto cognoscente, realismo o verdad y, al mismo tiempo utilizan la categoría de género para articular una nueva forma de acercarnos a los temas”, referencia recogida en ARAIZA DÍAZ, Alejandra. «De la política...*op.cit.*, p. 171. En esta línea Sandra Harding hace la diferencia al entender la epistemología feminista es una teoría del conocimiento, no un método de investigación, en HARDING, Sandra. «¿Existe... *op. cit.*

²¹⁹ Cfr. BLAZQUEZ GRAF, Norma. «Epistemología feminista... *op. cit.*, p. 26.

ARAIZA DÍAZ recoge la postura de diversas autoras sobre la objetividad, me interesa destacar la opinión de Adrienne Rich, para quien “la objetividad es el término que se usa para referirse a la subjetividad masculina” y la de Eveyn Fox Keller, quien considera que la objetividad es una ideología, que “proclama prematuramente el anonimato, el desinterés y la impersonalidad, y que excluye radicalmente al sujeto, impone un velo sobre estas prácticas, velo que no es tanto un secreto cuando de tautología. Su aparente auto-evidencia las hace invisibles y, por ello inaccesibles a la crítica. El esfuerzo por la universalidad se cierra sobre sí mismo, y con ello se protege de la estrechez de miras. De este modo, la ideología de la objetividad científica traiciona sus propios propósitos, subvirtiéndolo tanto el significado cuanto el potencial de la investigación científica” en ARAIZA DÍAZ, Alejandra. «De la política...*op.cit.*, p. 170.

²²⁰ Sobre la política de la localización en la epistemología feminista véase ampliamente ARAIZA DÍAZ, Alejandra. «De la política...*op.cit.*, p. 174.

²²⁰ Véase BLAZQUEZ GRAF, Norma. «Epistemología feminista... *op. cit.*, p. 23.

Desde la corriente de pensamiento que denominaremos «críticas feministas a la ciencia»²²¹, señalan que la ciencia es una actividad social occidental y androcéntrica que produce en sí misma diferencias de género, por lo que habría que apostar por metodologías distintas y por el rescate de conocimientos y saberes infravalorados. Sostienen que no es posible la existencia del agente epistémico incondicionado y por ello hay que partir por reconocer la experiencia social. Su principal interés es el «conocimiento situado», basado en la experiencia de las mujeres, porque permite un punto de vista que incluye la intuición y los afectos para conocer la realidad social. Por ello buscan establecer un solo punto de vista desde el cual todas las mujeres puedan ver, hablar y conocer²²².

Una tercera apuesta teórica son las «críticas postmodernas a la ciencia»²²³; desde esta posición, se rechaza la categoría analítica de mujer, y se defiende la necesidad de hablar de mujeres en plural, para poder incluir todas las experiencias de las mujeres que son diferentes dado que están cruzadas por las variables de edad, clase, raza, etnia y cultura, entre otras. Cambian el concepto de punto de vista por una mirada desde el aquí y ahora, y en ese lugar, se transforma en un modo de ser, de pensar y de hablar desde la apertura, la pluralidad y la diversidad. Sostienen que la investigación feminista ha de tomar estas variables en cuenta y no reprimir las diferencias que caracterizan a las personas. Y se critica que la búsqueda de una única voz y visión de las mujeres, es otra forma de pensamiento androcéntrico que insiste en decir sólo una verdad o historia acerca de la realidad²²⁴.

El «empirismo feminista», por su parte, considera que la ciencia es una práctica social donde las comunidades conformadas de forma diversa son espacios productores

²²¹ Las principales representantes de esta corriente son Nancy Harstock, Evelyn Fox Keller y Sandra Harding. El nombre que recibe cada corriente de pensamiento varía dependiendo de las autoras. La forma más habitual que se encuentra en la literatura es punto de *vista feminista*, Harding las denomina *críticas feministas a la ciencia*, y María Puig de la Bellacasa se decanta por el uso de *conocimientos situados I*. Para más información véase ARAIZA DÍAZ, Alejandra. «De la política...*op.cit.*; BLAZQUEZ GRAF, Norma. «Epistemología feminista... *op. cit.*

²²² BLAZQUEZ GRAF, Norma. «Epistemología feminista... *op. cit.*, p. 30.

²²³ Las principales representantes de esta corriente son Donna Haraway y Susan Herkman. Hemos asumido la propuesta de Harding que denomina a esta corriente de pensamiento *críticas postmodernas a la ciencia*, pero no es la única posibilidad de denominar a esta corriente de pensamiento. así por ejemplo Blázquez habla de *postmodernismo feminista*, Carmen Adán *feminismos polimorfos*, y María Puig de la Bellacasa y Araiza Díaz siguiendo a esta, la denominan *conocimientos situados II*. Para más información véase ARAIZA DÍAZ, Alejandra. «De la política...*op.cit.*; BLAZQUEZ GRAF, Norma. «Epistemología feminista... *op. cit.*

²²⁴ Véase ARAIZA DÍAZ, Alejandra. «De la política...*op.cit.*; Blázquez Graf, Norma. «Epistemología feminista... *op. cit.*

de conocimiento a través de los cuales se busca el consenso entre teorías. Señalan que la falta de objetividad y los prejuicios en la ciencia se producen por fallas humanas, y que éstas han sido puestas de manifiesto gracias a una revisión crítica de las descripciones de la experiencia que se han realizado a la luz de las nuevas evidencias, teorías y reflexiones normativas elaboradas desde el feminismo. Defiende que si nos ceñimos estrictamente a las normas metodológicas podríamos trascender el sexismo, y crear un conocimiento políticamente neutral, no situado; y asumen un concepto acrítico de la experiencia. Esto lleva a concluir que la ciencia corregirá por sí misma los errores y sesgos de sus teorías sobre las mujeres y otros grupos subordinados, si se elabora desde los valores feministas, que podrán ser aplicados por cualquier persona²²⁵.

Y por último ligando la epistemología feminista y la teoría decolonial surge la «epistemología ‘otra’ en Abya Yala». Desde este marco teórico se critica a las diferentes epistemologías y proyectos políticos feministas producidos por mujeres blancoburguesas asentadas en países centrales, que no fueron capaces de ver cómo su práctica también reproducía los mismos problemas que denunciaba. Mientras criticaban un universalismo androcéntrico, produjeron la categoría de género y la aplicaron universalmente a todas las sociedades y a todas las culturas, sin cuestionarse que el sistema de género es un constructo que surge para explicar la opresión de las mujeres en las sociedades modernas occidentales. La universalización de los estudios de género para MARÍA LUGONES es «racismo de género»²²⁶ y MARÍA GALINDO lo denomina «tecnocracia de género», señalando que a la vez que las blancas construían su discurso universal se olvidaban de las comunidades indígenas, de las pluralidades sexuales y de la infancia, generando practicas opresoras e invisibilizadoras²²⁷.

²²⁵ Corriente donde destaca el trabajo de Helen Longino y Lynn Nelson, sobre feminismo empirista, ampliamente BLAZQUEZ GRAF, Norma. «Epistemología feminista... op. cit.; ARAIZA DÍAZ, Alejandra. «De la política...op.cit., p. 171.

²²⁶ Sobre epistemología feminista decolonial ampliamente: ESPINOSA-MIÑOSO, Yuderkys. «Una crítica descolonial... op. cit. pp. 6-12; LUGONES, María. «Rumbo a... op. cit. Y sobre racismo de género véase también el epígrafe: El racismo y el anti-racismo, en la página 43.

²²⁷ Cfr. GALINDO, María. «Feminismo urgente... op. cit., pp. 53-54. La autora denomina a este “feminismo liberal y neoliberal blanco, clase mediero y oenegero que ha tenido como bandera fundamental ‘la inclusión’ y ‘la igualdad’”. Sostiene que una de las armas críticas más importantes ha sido la de desenmascarar su carácter de clase y su origen eurocéntrico que impusieron, copiaron y trasladaron a cualquier punto del planeta como modelo de ‘liberación’ de las mujeres. La GALINDO denuncia, a esa élite de mujeres blancas, burguesas, heterosexuales y casadas que se apropiaron de la bandera de las mujeres y se convirtieron automáticamente en portavoz de los intereses y sueños de las mujeres, por ello, la frase clave ha sido yo no soy ésa, ni tenemos intereses en común porque yo soy indígena, lesbiana, afró, joven o punta.

Uniendo los principales aportes de las epistemologías feministas podemos ver cómo han puesto de manifiesto que no existe el «hombre universal», y que la construcción científica que se elaboró en el seno de las comunidades científicas conformadas por hombres blancos, burgueses, occidentales heterosexual de clases privilegiadas, solo trataron de dar respuestas a las preguntas y necesidades que este sujeto masculino necesitó responder²²⁸, generando un modelo de ciencia patriarcal²²⁹, al situar como modelo de referente el sujeto masculino negando la especificidad y la importancias de estudiar la diversidad de los cuerpos. Esta forma de elaboración científica ha tenido un alto nivel de impacto en las prácticas y el entendimiento científico de la objetividad, que llega hasta hoy, pero que siguiendo el razonamiento TAGUIEFF que consideraba pseudociencias las teorías que abalaban la desigualdad de las razas, las teorías científicas que han situado al hombre blanco como referente, también pueden ser interpretadas como pseudociencias.

La epistemología feminista entiende la objetividad como un medio patriarcal de control y cuestiona la posibilidad y el deseo de la objetividad como un método de la investigación; asimismo rechaza la posibilidad de observar el mundo de manera externa a la conciencia de las personas. Este descubrimiento hizo visible que la construcción científica, incluida la jurídica, ha excluido a las mujeres no solo como agentes del conocimiento sino también como sujeto de la oración social²³⁰ y legal, eliminándolas del imaginario. Este fenómeno que todavía está presente en la sociedad se denomina falogocentrismo²³¹. Desde los feminismos se trabajará para detectar esta situación, y construir una ciencia feminista, que como indica SANDRA HARDING, automáticamente obliga a poner de manifiesto que no es suficiente con agregar la variable mujeres, sino que es necesario pensar otros métodos, metodologías y problemas epistemológicos²³² que detecten y transformen la sociedad.

²²⁸ HARDING, Sandra. «¿Existe... *op. cit.*, p. 3

²²⁹ DE ARMAS PEDRAZA, Tania, y Cristian VENEGAS AHUMADA. «Patriarcado y capitalismo académico. La reproducción de las violencias.» En *Educación no sexista. Hacia una real transformación*, de Red Chilena contra la Violencia hacia las Mujeres. Santiago de Chile: Red Chilena contra la Violencia hacia las Mujeres, 2016, p. 57

²³⁰ *Ibid.*, p. 3.

²³¹ Con este concepto Rosi Braidotti hace referencia en el contexto de occidente al hábito que consiste en referirse tanto a la subjetividad como a todos los atributos clave del sujeto pensante en términos de masculinidad o virilidad abstracta. Rosi Braidotti en ARAIZA DÍAZ, Alejandra. «De la política...*op.cit.*, p. 166.

²³² HARDING, Sandra. «¿Existe... *op. cit.* p. 4.

Dentro de esta forma feminista de hacer ciencia cobra importancia quién es el sujeto que realiza la investigación o interviene en la redacción de una ley colocando el punto de interés en la «experiencia» y en cómo ésta al conformar la propia subjetividad supone un aporte en la investigación o a la toma de decisiones políticas y legislativas.

La experienciay la subjetividad por tanto desde este modelo de conocimiento dejan de verse como algo negativo a concebirse como un elemento esencial que aporta calidad a la investigación porque sitúa el objeto de estudio y la persona que realiza el estudio en un contexto social e histórico, visibilizando realidades y permitiendo ajustar mejor teoría y objeto. Esto nos permite dar cuenta de la pluralidad cultural y desde un punto de vista legislativo, adecuar las regulaciones y políticas públicas a las realidades sociales, abandonando planteamientos universales de intervención, y configurando leyes adecuadas a cada conflicto, pero también a los diversos grupos humanos. Es precisamente desde esta constatación que en política se realizan las propuestas de discriminación positiva o leyes de cuotas, porque se han demostrado en primer lugar los obstáculos de partida de las mujeres e indígenas para acceder a un cargo de representación política, y además que, si las diversas voces no forman parte de la toma de decisiones, no se legisla desde la pluralidad y por tanto quedan realidades marginadas desde el poder político. Por lo tanto, en un país democrático, una cámara de representantes plural contribuye a mejorar el nivel de democracia.

Desde la ciencia jurídica sostiene GEMMA NICOLÁS LAZO que la epistemología feminista viene a cuestionar el iuspositivismo y la forma tradicional y androcéntrica de los ordenamientos jurídicos²³³. Desde esta forma de entender la epistemología feminista en el ámbito jurídico se produce el nexo con las teorías decoloniales feministas — YUDERKYS ESPINOSA-MIÑOSO y MARÍA LUGONES en América Latina — y la criminología decolonial —desde Australia KERRY CARRINGTON, RUSSELL HOGG y MÁXIMO SOZZO²³⁴, y LEON MOOSAVI desde Singapur²³⁵—, lo que nos permite

²³³ Cfr. NICOLÁS LAZO, Gemma. «Algunas reflexiones sobre la investigación jurídica desde los feminismos. ¿existen valores epistemológicos feministas?» En *Derecho, Género e Igualdad. Cambios en las estructuras jurídicas androcéntricas Volumen II.*, editado por Daniela Heim, & Encarna Bodelon. Barcelona: Grupo Antígona y Dones i Drets. Universidad Autónoma de Barcelona, 2009, p. 79.

²³⁴ Sobre la propuesta realizada por Kerry Carrington, Russell Hogg y Máximo Sozzo profundizaremos en el epígrafe: III. MARCO TEÓRICO. LA CRIMINOLOGÍA DEL SUR, en la página 363, donde se aborda el contexto australiano. Simplemente avanzar en este momento que, desde otras partes del Sur Global, en este caso Australia, se están realizando investigaciones que tienen en cuenta la raíz colonial, la perspectiva de género y la crítica a los centros del Norte, antes colonizadores, como exportadores de teoría que luego se aplica en países del Sur sin una reflexión concreta sobre el contexto social, resultando

complejizar las críticas al ordenamiento jurídico aplicando la interseccionalidad, lo que prueba que existe un sesgo de género implícito tanto en la propia construcción de las ciencias sociales²³⁶ y jurídicas, como en el legislador y operadores jurídicos, desvelando también el entramado material y simbólico que se crea y reproduce en las estructuras hegemónicas masculinas como son la Universidad, los aparatos legislativo y judicial. Lo que permite concluir que el ordenamiento jurídico en Chile parte la raíz colonial que se afianza mediante la importación de teoría jurídica y criminológica eurocentrada o del Norte global. Lo que nos permite concluir que el Derecho chileno es una construcción cultural conformada desde la experiencia androcéntrica, eurocéntrica y patriarcal, y por lo tanto una forma de colonialidad. Esto obliga a revisar no solo la legislación interna e internacional en materia de discriminación y violencia contra las mujeres sino también la amplia doctrina en diferentes disciplinas del conocimiento que se ha desarrollado.

Tomando en consideración las características que recoge la literatura especializada, una construcción científica desde el paradigma epistémico del feminismo deberá como mínimo asumir que no existe el hombre universal, superar el binomio de género, estar abierta al cuestionamiento permanente tanto del tema, como de sujeto/objeto, y entender que desde un punto de vista metodológico²³⁷, el sujeto pasa también a ser objeto de la investigación y viceversa, esto es, quién investiga también puede y debe en ocasiones ser sujeto de la propia investigación. La investigación no va a ser feminista simplemente por estar elaborada por mujeres, sino que es necesario que como mínimo asuma estos criterios; por ello, la investigación feminista es un proceso que puede ser realizado por cualquier persona incluidos los hombres²³⁸.

En conclusión, es necesario por lo tanto analizar la normativa en materia de violencia machista desde el feminismo decolonial y la epistemología feminista para identificar los estereotipos del legislador y académicos situar en el centro la experiencia

esas legislaciones ineficientes en estos contextos sociales diferentes de los del Norte. En este sentido: CARRINGTON, Kerry, y Russell Hogg. «Decostructing Criminology's Origin Stories.» *Asian Criminology*, 2017, pp. 1-17; CARRINGTON, Kerry, Russell HOGG, y Máximo SOZZO. «Southern criminology.» *British Journal of Criminology* 1, n° 56, 2016, pp. 1-20.

²³⁵ Cfr. MOOSAVI, Leon. «Decolonising Criminology... *op. cit.*, p. 2

²³⁶ Cfr. DE ARMAS PEDRAZA, Tania, y Cristian VENEGAS AHUMADA. «Patriarcado... *op. cit.*, p. 58.

²³⁷ Hago referencia en este momento, al concepto de metodología de Blázquez Graf para quién la metodología elabora, resuelve o hace funcionar las implicaciones de la epistemología para llevar a cabo o poner en práctica un método. Véase BLAZQUEZ GRAF, Norma. «Epistemología feminista... *op. cit.*, p. 23.

²³⁸ Sobre las condiciones que debe cumplir una investigación feminista véase NICOLÁS LAZO, Gemma. «Algunas reflexiones sobre la investigación jurídica... *op. cit.*

de las mujeres que han sufrido maltrato²³⁹, con el objetivo de analizar críticamente las categorías de malos tratos, definiciones de violencia o de igualdad que incorporan las normas jurídicas que se analizan *infra* en el presente epígrafe.

3. Investigación, epistemología y metodología indígenas. Teorías del Norte del continente americano

MARGARET KOVACH indígena del Pueblo Saskatoon en Canadá emplea la categoría «*Indigenous methodologies*» que podemos traducir como «metodología indígena» que agrupa una forma de investigación descolonizada en la academia occidental y para las propias comunidades²⁴⁰. Podemos considerar que la *Indigenous methodologies* es la equivalente en el contexto latinoamericano de la epistemología decolonial que consideramos incluye también las perspectivas, metodologías y voces indígenas. Señala la autora que es necesario diferenciar entre la «investigación indígena», «epistemología indígena» y «metodologías indígenas», que abordamos a continuación:

El concepto de «investigación indígena» es una categoría amplia y general que se caracteriza por realizarse de forma interdisciplinar y combinando diversas metodologías. La investigación indígena puede incluir metodologías indígenas desarrolladas por investigadoras/es de origen indígena en cualquier materia que tiene relevancia para las comunidades indígenas. Estas investigaciones tienen como objetivo la erradicación de las relaciones desiguales de poder económicas, sociales, raciales, culturales y de género.

Para MARGARET KOVACH la investigación indígena debe sacudir, provocar una inquietud que surge al traspasar la mirada, descolonizar y hacer que las personas piensen con fuerza, desestabilizar a las personas. Si esto sucede, significa que estás haciendo bien las cosas. Para la autora las metodologías postcoloniales y descolonizadoras son un ejemplo de investigación indígena. Advierte KOVACH que es necesario que cuando se realiza investigación indígena no reproduzca las raíces teóricas

²³⁹ Sobre la influencia de la experiencia en las legislaciones respecto del maltrato a las mujeres véase ampliamente FERNÁNDEZ MÍGUEZ, Sheila. «Crítica a los conceptos de maltrato a la mujer desde la epistemología feminista.» *Revista F@ro* (Facultad de Ciencias Sociales. Universidad de Playa Ancha) 2, n° 26, 2017, pp. 120-142.

²⁴⁰ Cfr. KOVACH, Margaret. «Doing Indigenous Methodologies. A Letter to a Research Class.» En *The Sage Handbook of Qualitative Research*, editado por Norman K. Dezin, & Yvonna S. Lincoln. The Sage, 2018, pp. 214-215.

de crítica occidental y establece una analogía entre las formas que tiene las empresas de extraer recursos, y el riesgo que existe cuando realizamos investigaciones de convertirnos desde nuestras investigaciones en agentes de extracción de conocimientos de las comunidades²⁴¹.

Sostiene MARGARTE KOVACH que la elección de metodología es un acto político. Y a la hora de elegir el marco metodológico debemos guiarnos teniendo en cuenta: nuestra pregunta de investigación, el propósito de nuestra investigación, el contexto indígena que realizamos, y nuestro deseo sobre la propia la investigación²⁴².

PARA KOVACH la epistemología cómo la filosofía significa la capacidad de crear conocimiento posible. Y señala que la «epistemología indígena», surge de las gentes sabias indígenas que han articulado los supuestos y los principios de la epistemología indígena que se encuentran en los conocimientos indígenas preeuropeos. La epistemología indígena toma como base cuatro elementos: el conocimiento holístico, el conocimiento empírico, el conocimiento sensorial y el conocimiento metafísico. El principio fundamental de la epistemología indígena para la autora es mostrar respeto por los valores y cosmovisión de la cultura indígena. La epistemología indígena permite también diferenciar las metodologías indígenas de las formas de investigación indígena²⁴³.

Y, por último, la «metodología indígena» parte de un enfoque, político, metodológico y de inclusión de la historia personal y se construye como un todo que incluye la epistemología, las perspectivas teóricas y los métodos de investigación en ciencias sociales. De esta forma la metodología indígena reproduce de cierta forma las cosmovisiones indígenas que tienen formas diferentes de llegar al conocimiento.

4. El feminismo jurídico en el análisis del Derecho y el Derecho Penal

El Derecho en general y el Penal en particular han contribuido a profundizar y perpetuar la discriminación contra las mujeres, situando en una posición de superioridad

²⁴¹ Cfr. KOVACH, Margaret. «Doing Indigenous Methodologies... *op. cit.*, pp. 215-217

²⁴² *Ibid.*, p. 216.

²⁴³ *Ibid.*, p. 219.

a los varones y legitimando la violencia en diversas ocasiones hacia las mujeres²⁴⁴. Esta visión androcéntrica se está abandonando paulatinamente gracias al impacto que en la década de los 70 tiene la llegada de las mujeres a las Universidades estadounidenses, que favoreció el desarrollo del pensamiento feminista en los centros académicos donde se inician los *Woman's study* y que evolucionaron a lo que hoy conocemos como Teorías Feministas y Teoría de Género, con gran acogida especialmente en las facultades de Derecho. Como consecuencia de esto, una década después, se impartirán los primeros cursos y conferencias relativas a mujeres y Derecho o sobre discriminación sexual. Estos eventos llevan aparejada una importante producción bibliográfica, que dará lugar a finales de la década de los 70 y principios de los 80, a la creación de áreas específicas de investigación, denominadas en inglés *Feminist Legal Theory* (Teoría Legal Feminista), *Feminist Legal Thought* (Pensamiento Legal Feminista) y *Feminist Jurisprudence* (Jurisprudencia Feminista). Estas tres grandes denominaciones son las que se engloban en el concepto de “feminismos jurídicos”, y permiten dar cuenta de las numerosas posturas y propuestas que se congregan en este movimiento²⁴⁵.

La influencia de estas teorías provenientes desde los países del Norte, especialmente desde Estados Unidos, tienen impacto en Chile especialmente en la década de los noventa; ejemplo de ello es el *Programa de Derecho de la Mujer y Derecho Internacional del Washington College of Law de la American University*, que apoya y promueve mundialmente los esfuerzos dirigidos a lograr la integración de los Derechos Humanos de la mujeres en la enseñanza, ejercicio y doctrina del Derecho, que se inicia en 1997. Uno de los resultados de este programa es el libro *Género y Derecho* (1999) editado por ALDA FACIO y LORENA FRIES²⁴⁶, obra que se ha convertido en uno de los principales libros en la materia en Chile. Este trabajo académico abre el camino al

²⁴⁴ Un ejemplo que podemos considerar paradigmático de la discriminación en Chile a las mujeres indígenas menores de edad, es que no quedaban protegidas por la prohibición de “tener relaciones sexuales con mujeres solteras menores de edad” eufemismo donde también entra la violación. Esta protección solo se aplicaba a las mujeres blancas, y su objetivo era proteger la honra partera y familiar asegurando la virginidad de las hijas hasta el matrimonio, valor moral y religioso y a la vez económico como mercancía. En este contexto social, la ilegitimidad de la prole determinaba un descenso social. Esta prohibición no se aplicó a las mujeres solteras menores de edad que eran negras indígenas o mestizas, tano en relaciones consensuales o en violaciones. Las cuales eran habituales en el caso de las mujeres que trabajaban en casas patronales y eran forzadas a prestar servicios sexuales incluso si estas eran niñas. Véase Couso, Jaime. «La sexualidad de los menores de edad ante el Derecho Penal.» *Sela (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers*. 73 (2009) 1-46, 3. Sobre el papel del Derecho Penal como perpetuador de la discriminación, FARALDO CABANA «Razones para la introducción... *op. cit.*, p. 73.

²⁴⁵ Cfr. COSTAS, Malena. *Feminismos Jurídicos...op. cit.*, pp.14-17.

²⁴⁶ FACIO, Alda, y Lorena FRIES(Edits.). *Género y Derecho*. Santiago de Chile: Ediciones Lom/La Morada, 1999.

análisis del Derecho desde una perspectiva de género occidental, donde no se incluyó una reflexión desde la pluralidad cultural que aportan los Pueblos Originarios.

Profundizando en la relación entre género y derecho a finales de la década de los noventa LORENA FRIES y VERÓNICA MATUS señalan que el Derecho constituye una compleja construcción cultural, que toma como parámetro de lo humano al varón. Junto a este hecho es necesario tener en cuenta que el Derecho se ha formado como ciencia jurídica la cual se cierra sobre sí misma y no permite la entrada de otros saberes, sino en la medida que estos reafirmen su forma de conocer. En este sentido el método lógico deductivo (dogmática jurídica), las normas de interpretación (hermenéutica jurídica) y los principios doctrinarios sellan la realidad que se quiere imponer, sobre la realidad que hombres y mujeres viven. Sostienen las autoras que el Derecho mantiene una coherencia estratégica que se expresa en la discriminación y/o exclusión histórica de las mujeres²⁴⁷. Por ello consideramos como señala ANA RUBIO CASTRO que el feminismo no puede olvidarse de la ideología que se esconde detrás del Derecho, y las limitaciones que derivan de las propias leyes y la abstracción de la realidad que se oculta en la universalidad de la categoría «sujeto» que toma como base los intereses parciales del ciudadano-varón-propietario²⁴⁸.

En la actualidad se continúa avanzando en el feminismo jurídico gracias a la producción académica propia, y a las influencias de los estudios que, también importados del Norte, recogen el legado de los feminismos negros, chicanos y lésbicos en el área jurídica, que vienen a poner de manifiesto que mujer no se nace, y hay muchas formas de llegar a serlo. Indica MALENA COSTA que la referencialidad del término mujer se disemina de manera creciente a causa del esencialismo, y la pregunta sobre la igualdad pasa a un segundo plano, por detrás de las indagaciones interdisciplinarias sobre las subjetividades del poder²⁴⁹. Es en este punto donde consideramos que podemos realizar el nexo del feminismo jurídico, la teoría decolonial feminista y su propuesta respecto de la construcción de las relaciones de poder en América Latina como un continuo de las violencias y epistemologías con la herencia colonial.

²⁴⁷ Cfr. FRIES, Lorena, y Verónica MATUS. «Supuestos ideológicos, mecánicos e hitos históricos fundantes del derecho patriarcal.» En *Género y Derecho*, editado por Alda Facio, & Lorena Fires, 139-162. Santiago de Chile: LOM Ediciones / La Morada, 1999, p. 149.

²⁴⁸ Cfr. RUBIO CASTRO, Ana. «El feminismo de la diferencia... *op. cit.*, p. 185-186.

²⁴⁹ Cfr. COSTAS, Malena. *Feminismos...* *op. cit.*, p.17.

En el campo del feminismo jurídico donde incluimos las contribuciones realizadas desde los feminismos indígenas y decoloniales, consideramos que debemos hablar de cuatro etapas, las tres que ha establecido el discurso feminista tradicional²⁵⁰, y una nueva, que podemos resumir esquemáticamente en:

a) Esta primera etapa se conoce cómo «Reformismo legal». El feminismo aquí puso de manifiesto, que el Derecho se presenta como racional y objetivo, pero fracasa a la hora de tratar a las mujeres, asignándoles menos recursos materiales (o juzgándolas con estándares inapropiados. A partir de esta constatación se construye el soporte teórico de todo el movimiento por los derechos de la mujer. Aquí es donde el feminismo jurídico se encarga de denunciar casos de denegación de igualdad formal y de igualdad sustancial (o real), la existencia de modelos masculinos o asimilacionista, así como la exclusión de derechos de la esfera doméstica, afirmando que el Derecho es sexista.

b) La segunda etapa evidencia que «el Derecho forma parte del orden patriarcal». Proviene de la observación empírica de que la mayoría de los legisladores y abogados son hombres, y que el referente de lo masculino está incorporado al Derecho, de forma que no es el Derecho el que fracasa en aplicar al sujeto femenino los criterios objetivos, sino que precisamente aplica criterios objetivos y éstos son masculinos, por lo que las feministas concluyen que el Derecho es masculino. Aquí el feminismo denuncia como el Derecho es parte de la estructura de dominación masculina, en la que lo racional y objetivo, es patriarcal, y, por tanto, el Derecho es ideológicamente opresivo para las mujeres. Señalan que el Derecho parte del estándar masculino y, por tanto, creado dentro de la estructura política de subordinación de las mujeres. Este enfoque tiene sus paralelismos con los discursos provenientes de la discriminación por raza.

c) La tercera etapa prueba como «el Derecho tiene género». Esta nueva etapa supone un sutil matiz con relación a la anterior. El Derecho será concebido ahora como procesos que se desarrollan de forma diversa donde se emplean versiones específicas de la diferenciación de género. En este sentido, al concebirse como proceso, podemos analizar el Derecho en cuanto fases de producción de identidades fijas en vez de analizar simplemente la aplicación del Derecho a sujetos que ya tienen género previamente. Insertamos un punto de vista dinámico. La pregunta no es ¿Cómo supera

²⁵⁰ La clasificación se ha realizado tomando como base el trabajo realizado SARAY GUEVARA OSORIO, cfr. GUEVARA OSORIO, Saray. «¿Por qué aún la violencia de género? ... *op. cit.*, pp. 55-65

el Derecho el género? Sino ¿Cómo funciona el género dentro del Derecho? y ¿cómo el Derecho funciona?

d) Y la cuarta etapa nos muestra como «el Derecho tiene etnia u origen». Aplicando los principios del feminismo decolonial y la epistemología feminista llegamos a la conclusión de que los principios y valores del Derecho no son universales, sino que estos se pensaron para una zona concreta del planeta. Es por lo tanto necesario tener en cuenta las necesidades de las personas de otros lugares del mundo, y esto ha de hacerse también en la legislación de esos países se ha creado bebiendo mayoritariamente de los Derechos occidentales sin tener en cuenta la pluralidad cultural de su territorio.

5. La dificultad de conceptualizar la violencia machista

La propuesta que surge desde la epistemología feminista de situar en el centro la experiencia nos lleva a plantearnos, qué tipo de experiencias son las que el Legislador, ya sea internacional o el chileno, ha tenido en cuenta a la hora de sancionar leyes destinadas a contribuir en la erradicación de la discriminación y violencias machistas y en particular las que sufren las mujeres.

Esto es muy importante, porque el uso argumentativo de elementos lingüísticos designa realidades diferentes y marca en el discurso la posición ideológica respecto del análisis de los planos de organización de la macroestructura²⁵¹.

En concreto, en el presente epígrafe se analizan teniendo en cuenta el marco teórico antes referido, esto es, desde una perspectiva feminista decolonial, las diferentes propuestas conceptuales que surgen para denominar la violencia: violencia doméstica, violencia intrafamiliar, violencia de género, violencia patriarcal, violencia sobre la mujer, violencia machista, violencia extrema sobre las mujeres, terrorismo machista, que abordamos a continuación.

²⁵¹ Cfr. MORENO BENÍTEZ, Damián. «De "violencia doméstica" a "terrorismo machista": el uso argumentativo de las denominaciones en la prensa.» *Discurso y sociedad* (www.dissoc.org) vol. 4, 2010, p. 895.

5.1. Violencia doméstica.

Uno de los primeros conceptos para referirse a la violencia y maltrato que sufrían las mujeres fue «violencia doméstica». Este término ha sido criticado desde el feminismo y desde la doctrina penal²⁵², porque, en primer lugar, minimiza la violencia y discriminación que sufren las mujeres al contemplar aquella que se produce únicamente dentro de la esfera doméstica; en consecuencia, si bien ha visibilizado parte de la problemática, no es la categoría adecuada porque mantiene el conflicto en la retórica de lo privado, que ha servido para aislar al mundo femenino del orden legal y devalúa a las mujeres y sus funciones, señalando que ni ellas ni sus problemas son suficientemente importantes para ameritar una legislación específica²⁵³. La segunda crítica que se realiza a esta categorización es que no se centra en la violencia contra las mujeres, sino que engloba diferentes violencias que se pueden producir en la esfera doméstica, por lo que no tiene en cuenta la discriminación de género. Y la tercera crítica que cabe plantear es que únicamente contempla aquella violencia que se produce en una relación de afectividad que responde al modelo de matrimonio heterosexual, e incluso dentro de las relaciones heterosexuales, no considera la violencia que se ejerce por la expareja o por parejas actuales cuando no hay convivencia. Además, deja fuera las relaciones afectivo-sexuales no heteronormativas. A este concepto se refiere AGUSTINA IGLESIAS SKULJ como altamente pernicioso porque impide visualizar el sujeto, el objeto y la finalidad de esa violencia²⁵⁴. El concepto de violencia doméstica no ha formado parte de la terminología empleada por las normas legales específicas en Chile.

5.2. Violencia intrafamiliar.

Un concepto muy similar al anterior es el de «violencia intrafamiliar». Las críticas que cabe realizar a este concepto son las mismas que al término violencia doméstica: privatiza la violencia reduciéndola a un problema familiar, no tiene en cuenta la

²⁵² En este sentido véase: FARALDO CABANA, Patricia. «Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho penal a través de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género.» *Revista Penal*, nº 17, 2006, p. 86. Nota 89.

²⁵³ SCHNEIDER, Elizabeth. «La violencia... *op. cit.*, p. 45.

²⁵⁴ Cfr. IGLESIAS SKULJ, Agustina. «La necesidad de una criminología feminista en América Latina en el contexto de los procesos de democratización del siglo XXI.» En *Libro homenaje al profesor Hernán Hormanzábal Malarée*, de Edison Carrasco Jiménez (coord.). Santiago de Chile: Librotecnia, 2015, p. 751.

especificidad de la discriminación de género, y la mujer está protegida en tanto que mantiene una relación afectiva. Relaciones afectivas que se construyen desde la concepción occidental heteronormativa de la familia.

En el contexto chileno, donde este concepto se consagra en el plano legal, el poder Legislativo cuando tuvo que decidir entre emplear el concepto de violencia doméstica o violencia intrafamiliar, consideró que este segundo término violencia intrafamiliar permite una visión más amplia de la violencia porque no la reduce únicamente a la esfera doméstica, sino que tiene en cuenta las relaciones familiares, y que la violencia tendrá la categoría de intrafamiliar independientemente del lugar físico donde los hechos se realicen²⁵⁵.

5.3. Violencia de género.

Uno de los principales logros de los estudios feministas es la creación de la teoría de género de da lugar a conceptualizar la violencia como «violencia de género». El concepto de violencia de género tiene su origen en la traducción desde el inglés al español de *gender-based violence* o *gender violence*²⁵⁶. La doctrina señala que hace referencia a una violencia específica que tiene en cuenta la categorización sexual. Existen dos corrientes diferentes a la hora de desarrollar más este concepto.

Para GUEVARA OSORIO²⁵⁷ y PATSILÍ TOLEDO VÁSQUEZ²⁵⁸, el concepto de violencia de género se ocupa de la distinción en forma y contenido de cada ser humano, haciéndose cargo de las diferencias que existen entre ambos géneros, masculino y femenino, pero también entre diferentes seres humanos sin categoría sexual, no categoriales, es decir, seres que no caben dentro de esta categoría de género masculina y

²⁵⁵ Este concepto en la legislación chilena será objeto de estudio concreto *infra*, páginas 132, 179 y ss.

²⁵⁶ Una parte de la doctrina rechaza el uso de esta traducción, porque señalan que en origen en inglés *gender* es sexo, y no género. Si bien, este neologismo traerá ventajas al ámbito del Derecho porque como señala FARALDO CABANA permitirá eliminar confusiones con los delitos contra la libertad sexual. FARALDO CABANA, Patricia. «Razones para... *op. cit.*, p. 86. Y en un plano más abstracto permite ampliar el sujeto pasivo de las violencias. En este sentido véase: MORENO BENÍTEZ, Damián. «De "violencia... *op. cit.*, p. 896.

²⁵⁷ GUEVARA OSORIO, Saray. «¿Por qué aún la violencia de género? Una respuesta conceptual a la persecución contra quienes no caben en las categorías "hombre" o "mujer".» *La manzana de la discordia* (Centro de Estudios de Género, Mujer y Sociedad. Facultad de Humanidades. Universidad del Valle) n° 8, enero-junio 2013.

²⁵⁸ TOLEDO VÁSQUEZ, Patsili. *Femicidio/feminicidio*. 1ª edición. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Didot, 2014, p. 30.

femenina. De forma que permitiría dar cabida a la protección de identidades de género diferentes a la dominante, abriendo la protección a las mujeres lesbianas, hombres homosexuales, personas intersexuales, transgénero o transexuales. E inclusive señala PATSILÍ TOLEDO VÁSQUEZ puede incluirse como una forma de violencia de género los casos de reclutamiento de niños u hombres en las fuerzas armadas, porque se les obliga a reproducir patrones de género dominantes. Dentro de esta corriente MARTA PERELA LARROSA propone la siguiente definición:

“La violencia de género es un patrón de conducta constante de empleo de fuerza física o violencia psicológica, intimidación o persecución contra una persona por parte de su cónyuge, ex cónyuge, una persona con quien convive o haya convivido, con quien sostiene o haya sostenido una relación afectivo-sexual, amorosa o una persona con quien haya tenido una/s hija/s o un/os hijo/s, para causarle daño físico a su persona, sus bienes o para causarle un grave daño emocional”²⁵⁹.

Para PATRICIA FARALDO CABANA²⁶⁰ la violencia de género en el ámbito penal, es una categoría que permite poner el acento en el carácter estructural de la violencia contra la mujer en la pareja, fruto de roles y diferencias culturales y sociales entre hombre y mujer que se han transmitido y mantenido durante siglos, como instrumento para conseguir la subordinación de la mujer a los intereses del hombre.

Estas dos definiciones que se dan a la violencia de género hay que matizarlas; en este sentido coincidimos con TOLEDO VÁSQUEZ cuando afirma que en el caso de algunos legisladores como es el español, —al cual se puede estar refiriendo FARALDO CABANA cuando establece su definición de violencia de género—, lo que han hecho es acotar un concepto, respecto de su acepción original que era más amplia pues no se limitaba al sexo biológico, por el contrario se refería a cualquier tipo de violencia que pueda ser ejercida contra cualquier persona por razón de su género.

²⁵⁹ PERELA LARROSA, Marta. «Violencia de género: violencia psicológica.» *Foro, Nueva época*, nº 11-12, 2010, p. 357.

²⁶⁰ FARALDO CABANA, Patricia. «Razones para... *op. cit.*, p. 86.

5.4. Violencia patriarcal.

La voz de «violencia patriarcal», se construye a través del concepto de «patriarcado» y es definida por HILARY HINER como aquella violencia ejercida por los hombres, entendidos estos como un dispositivo de tortura amplificado para abarcar todo tipo de representación autoritaria codificada como inherentemente masculinista²⁶¹. Hablar de violencia patriarcal, implica asumir que esta violencia no es consecuencia de una voluntad autónoma, sino que existe todo un entramado de instituciones privadas y públicas que permiten que esta violencia se perpetúe en el tiempo.

El concepto de patriarcado es uno de los grandes aportes de los estudios feministas, para ALDA FACIO el patriarcado es un conjunto de prácticas, estructuras y discursos que se transmiten de generación en generación perpetuando la desigualdad.

Esta desigualdad está especialmente centrada señala MARTA PERELA LARROSA en la condición de inferioridad con que se trata a las mujeres en las familias y en la sociedad, tanto en la vida privada como pública²⁶². Un problema serio para las personas que deseamos erradicar el patriarcado es que este se configura como un orden patriarcal donde hay demasiadas instituciones involucradas en su reproducción. Por ejemplo, están: el mercado, el lenguaje ginope (que invisibiliza lo femenino) la familia patriarcal, la educación adultocéntrica, la maternidad forzada, la historia robada, la heterosexualidad obligatoria, las religiones misóginas, el trabajo sexuado, el derecho masculinista, la ciencia monosexual, la medicina androcéntrica, la violencia femicida, el pensamiento dicotómico, etc.²⁶³.

Desde el feminismo decolonial también se ha trabajado el concepto de patriarcado desde diferentes corrientes. Existe una posición que afirma la existencia de lo que se ha denominado «patriarcado ancestral». En este sentido RITA LAURA SEGATO señala “que

²⁶¹ HINER, Hillary. «Voces soterradas, violencias ignoradas. Discurso, violencia política y género en los Informes Retting y Valech.» *Latin American Reserch Review* 44, nº 3, 2009, pp. 58-57.

²⁶² Cfr. PERELA LARROSA, Marta. «Violencia de género... *op. cit.*, p. 356.

²⁶³ Alda Facio citada en, G. LUNA, Lola. «Entre discursos y significados. Apuntes sobre el discurso feminista en América Latina.» *La manzana de la discordia* (Centro de Estudios de Género, Mujer y Sociedad. Universidad del Valle), nº 4, diciembre 2002, p. 86.

Cfr. SEGATO, Rita Laura. «Colonialidad y patriarcado moderno: expansión del frente estatal, modernización, y la vida de las mujeres.» En *Tejiendo de otro modo: Feminismo, epistemología y apuestas descoloniales en Abya Yala*, editado por Yuderkys ESPINOSA-MIÑOSO, Diana GÓMEZ CORREAL, y Karina OCHOA MUÑOZ. Popayán: Editorial Universidad del Cauca, 2014, p. 77.

hay una gran acumulación de evidencias históricas y relatos etnográficos que muestran de forma incontestable la existencia de nomenclaturas de género en las sociedades pre-intrusión e identifica en las sociedades indígenas y afroamericanas una organización patriarcal, aunque diferente a la del género occidental y que podría ser descrita como un patriarcado de baja intensidad”. Esta opinión no es compartida por MARÍA LUGONES que señala que no puede rastrearse la existencia de patriarcado ni machismo al interior de los pueblos indígenas y entiende las relaciones de dominación de género como un legado colonial donde las mujeres y hombres serían víctimas de ese sistema heredado²⁶⁴.

DORIS QUIÑIMIL VÁSQUEZ señala que lo relevante es analizar lo que pasa hoy en las comunidades indígenas y la realidad demuestra que existe patriarcado, esta autora mapuche acuña el concepto «heterowinkapatriarcado» para referirse a la simbiosis que existe entre patriarcado y colonización en la cultura mapuche²⁶⁵.

5.5. Violencia machista y terrorismo machista.

Cada vez es más frecuente la voz «violencia machista». Este concepto hace referencia expresa a la ideología que sustenta la violencia. En este sentido su uso tiene a nuestro entender diversas ventajas por ello es el concepto que en nuestra opinión mejor se hace cargo de la conceptualización global de las violencias y será el usado de forma preferente en el cuerpo de esta investigación.

En primer lugar el concepto de violencia machista hace alusión a la raíz del problema de la violencia, el machismo entendido como ideología discriminadora occidental²⁶⁶ consistente en la expresión de la magnificación de lo masculino, a través

²⁶⁴ Lugones citada en, QUIÑIMIL VÁSQUEZ, Doris. «Violencias coloniales... *op. cit.*, p. 134.

²⁶⁵ QUIÑIMIL VÁSQUEZ, Doris. *Petu mongenleñ, petu mapuchengen*. Todavía estamos vivxs, todavía somos mapuche. Un proceso autoetnográfico para la descolonización feminista de las categorías mujer, mapuche, urbana, a través del aborto. Tesis para optar al título de máster Erasmus Mundus en Estudios de las Mujeres y de Género. Granada: Universidad de Granada, 2012, p. 9.

²⁶⁶ Añadiendo el adjetivo occidental no estamos señalando que no exista machismo en otras culturas, sino que en la forma de machismo que estamos definiendo se produce en un contexto occidental o en culturas muy influenciadas por la cultura occidental. Es importante contextualizar geográficamente y revisar los estudios realizados sobre este paradigma. Así en occidente, se asoció la capacidad de producir violencia machista como un rasgo natural y fundacional del ser viril a través de las ciencias médicas y psicológicas. Explicando que es natural en los hombres las conductas violentas para someter a las mujeres que son por naturaleza también pasivas. Cfr. SAIZ MARTÍNEZ, Mónica. *Amor romántico, amor patriarcal y violencia machista. Una aproximación crítica al pensamiento amoroso hegemónico en occidente*. Trabajo de Fin

de la exaltación de la superioridad física, de la fuerza bruta, de esconder o negar las emociones, especialmente aquellas que tienen que ver con la tristeza o el miedo (o cualquier otra que se relacione con la feminidad) y la legitimación de un estereotipo, masculino heterosexual, que considera que está por encima de otras expresiones de género y afectividades, de forma que para mantener su privilegio social recrea y reproduce injustas relaciones de poder que afectan a todos los géneros²⁶⁷. Este patrón de masculinidad socialmente se equipará con el éxito. En el plano afectivo deriva en el mito del amor romántico y en relaciones controladoras basadas en la dominación, que se reproducen tanto en relaciones afectivas heterosexuales como lésbicas y homosexuales. Y, por último, el concepto de violencia machista incluye también la denominada violencia de género. Desde esta concepción la violencia machista se asimila a los *hate crimes* y permite su aplicación a diversas situaciones de violencia, tanto en el ámbito público como privado, así como su configuración como tipo penal específico, o como agravante para aplicar a otros tipos penales, agresiones, lesiones, robo, delitos contra la libertad sexual, etc. El concepto pone el acento en la conducta en el agresor y no en el perfil de la víctima.

CONCEPCIÓN FERNÁNDEZ VILLANUEVA avanza en la conceptualización de la violencia machista y define el «terrorismo machista», como la capacidad de la violencia machista de construir un régimen de terror para mantener el poder sustentado en valores machistas²⁶⁸.

5.6. Violencia sobre la mujer

El concepto de violencia sobre la mujer surge dentro del ámbito de los Derechos Humanos de las Mujeres. En el seno de las Naciones Unidas pueden encontrarse diferentes Convenciones o textos donde se habla de la mujer en singular o de las

de Master en Estudios Feministas. Madrid: Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales. Instituto de Investigaciones Feministas. Universidad Complutense de Madrid, 2013, p. 33-34.

²⁶⁷ En este sentido véase LUGO, Carmen. «Machismo y violencia.» *Nueva Sociedad*, nº 78, Julio-Agosto 1985, pp. 40-47; FERRER PÉREZ, Victoria, y Esperanza BOSH FIOL. «Del amor romántico a la violencia de género. Para una coeducación emocional en la agenda educativa.» *Profesorado. Revista de Currículum y Formación de Profesorado* (Universidad de Granada) 17, nº 1, abril 2013, p. 110.

²⁶⁸ FERNÁNDEZ VILLANUEVA, Concepción. «Violencia contra las mujeres: una visión estructural.» *Intervención Psicosocial* 13, nº 2, 2004, p. 157.

mujeres en plural²⁶⁹. En el ámbito regional queda establecido en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la mujer, conocida como Convención Belém do Pará, del 9 de junio de 1994²⁷⁰. Y posteriormente el concepto será consagrado a nivel internacional el 17 de diciembre de 1999 cuando la ONU, a través de su resolución 54/134 de la Asamblea General, declare en su punto primero el 25 de noviembre como Día Internacional de la Eliminación de la Violencia contra la Mujer²⁷¹.

La definición más habitual que suele hacerse de este concepto es la que recoge la propia Convención de Belém do Pará, de la Organización de Estados Americanos, que en su artículo 1º establece:

“Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer 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 privado”

El concepto de violencia contra la mujer ha permitido sacar de la dicotomía público-privada a la esfera internacional, regional y estatal, y consagrar mediante este concepto el derecho de ‘las mujeres’ a la vida, la libertad, la integridad física, psíquica y sexual, la dignidad y la no discriminación²⁷². Es un concepto que además es empleado tanto por legislaciones como por el activismo feminista, ya que incorpora en su interior el elemento de género. Señala TOLEDO VÁSQUEZ que si bien en algunos ámbitos ambos conceptos son empleados como sinónimos esto no es correcto, y ello porque el concepto

²⁶⁹ Ejemplo del uso vacilante de la categoría mujer en singular y en plural es el *Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, Beijing, 4 a 15 de septiembre de 1995*, de NACIONES UNIDAS, en línea <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/Beijing%20full%20report%20S.pdf> (último acceso: 29 de abril de 2018).

²⁷⁰ Este instrumento internacional será específicamente abordado *infra*, en la Segunda Parte, subepígrafe II. Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer

²⁷¹ Este no es el nombre original de la fecha, es necesario recordar que fue en el I Encuentro Feminista Latinoamericano y del Caribe, celebrado en 1981 en la ciudad de Bogotá, se decide fijar el *Día Internacional de lucha a favor de la No violencia contra la Mujer* el 25 de noviembre, Como conmemoración del asesinato el 25 de noviembre de 1960 de Minerva, María Teresa y Patricia Mercedes Mirabal, conocidas como las hermanas Mirabal, quienes son torturadas y luego asesinadas en la República Dominicana, el motivo, ser luchadoras sociales y políticas por la libertad y la democracia contra la dictadura de Rafael Trujillo. Sobre la historia del 25 de noviembre ver ampliamente GAMBÁ, Susana. Origen y breve historia del 25 de noviembre. En línea, Agenda de Mujeres. <<http://agendadelasmujeres.com.ar/notadesplegada.php?id=795>> (último acceso: 11 de noviembre de 2014)

²⁷² Cfr. GHERANDI, Natalia. «Primera parte: La violencia contra las mujeres en la región.» En *Si no se cuentan, no cuentan. Información sobre la violencia contra las mujeres*, de Diane ALMERÁS, y Coral CALDERÓN MAGAÑA (Coord.). Santiago de Chile: Naciones Unidas. CEPAL, 2012, pp. 17-18.

de violencia de género es una noción más amplia que la violencia contra las mujeres al incluirse también en la categoría violencia de género las que se dirigen contra otros sujetos no mujeres²⁷³.

Este concepto legal de violencia contra la mujer en nuestra opinión es objeto de tres críticas. La primera de ellas es que no garantiza la seguridad jurídica en cuanto al sujeto que pretende proteger. Cada país traspone la regulación internacional de la forma que estima oportuna, siendo la línea general una reducción del sujeto de protección, en muchos casos como el chileno, incluso adoptando otro tipo de terminología, como violencia intrafamiliar. La regulación internacional es poco precisa y no define el sujeto de mujer a proteger, ¿a partir de qué año una niña es mujer?, ¿cuándo un padre mata a su hija, es contabilizada?, y ¿si la víctima es niño, o trans, o se dedica al trabajo sexual? Dependiendo de quién interprete la regulación estarían estas víctimas contabilizadas o no, lo que le permite a los diferentes Estados, visibilizar más o menos el problema. En segundo lugar, la idea de mujer que se consagra es la mujer occidental, blanca y heterosexual, invisibilizando y no tomando en cuenta la diversidad de mujeres que existe. Esto evidencia una orientación eurocéntrica, que es discriminatoria con las mujeres de otras etnias y un sesgo heteronormativo y patriarcal que discrimina las diversidades sexuales y de género. Por lo tanto, el uso de mujer en singular reduce el sujeto al que debiera referirse cualquier legislación, especialmente la referente a los Derechos Humanos. Como se ha señalado desde los feminismos latinoamericanos y desde diversas epistemologías, se apostará por el uso de la voz mujeres en plural, para recoger la pluralidad de mujeres y sus experiencias de violencia, permitiendo de esta forma aplicar el método interseccional en el análisis de la violencia. En tercer lugar, al referirse únicamente a la violencia que sufre la mujer, no se tiene en cuenta todas las personas que sufren violencia machista, por ejemplo, las hijas e hijos de las mujeres asesinadas, ni tampoco se tiene en cuenta al número de personas que la ejercen. Esto favorece la reducción en las estadísticas del número de personas que son víctimas, pero no una reducción real del problema, restándole peso social y político al problema la violencia. Las normas estatales que se aprueban en cumplimiento de los compromisos internacionales se centran en la violencia machista que es ejercida por hombres sobre mujeres, por lo que de partida solo se centra en una parte del problema de la violencia

²⁷³ TOLEDO VÁSQUEZ, Patsilí. *Femicidio... op. cit.*, p. 30.

machista. A mayores, muchos Estados, únicamente se hacen eco de esta violencia en el ámbito de las relaciones afectivo-sexuales con convivencia.

En la actualidad es muy numerosa la doctrina que prefiere, haciéndose cargo de las críticas al término mujer en singular, el uso del concepto en plural, y hablan de violencia contra las mujeres, o incluso violencias contra las mujeres²⁷⁴.

5.7. Femicidio

El termino «femicidio» tiene su origen en la traducción del concepto en inglés *femicide*, acuñado por Diana Russel y Jane Caputti. Desde su conceptualización las autoras lo han ido redefiniendo.

La primera definición de femicidio de la que parte en 1976 es “el asesinato de mujeres a manos de hombres debido a que son mujeres”²⁷⁵. Luego, en 1990 Russell, junto a Caputti, define los femicidios como “asesinatos de mujeres por parte de los hombres motivados por el desprecio, el odio, el placer o el sentimiento de propiedad sobre ellas”²⁷⁶, y en 1992 presenta la siguiente definición, “el asesinato misógino de mujeres por hombres”²⁷⁷ que se recoge en el libro *Femicide: The Politics of Woman Killing* de Russell y Radford. La propia formulación del concepto es ya una crítica al lenguaje sexista sobre el que se construye la codificación europea y la legislación actual, de la que forma parte la legislación penal; en este sentido las autoras Russell y Harnes, emplean,

“El término de ‘asesinato’ no en el sentido técnico que le otorgan normalmente las legislaciones penales, sino para hacer referencia a la muerte violenta de una persona contra

²⁷⁴ En este sentido entre otras/os: FEMENIAS, María Luisa. *Violencias cotidianas, en las vidas de las mujeres*. Vol. Volumen I. Rosario: Prohistoria Ediciones, 2013; ²⁷⁴ TOLEDO VÁSQUEZ, Patsilí. *Femicidio... op. cit*; GUAJARDO SOTO, Gabriel, y Christian RIVERA VIEDMA. (Eds.). *Violencias contra las mujeres. Desafíos y aprendizajes en la Cooperación SUr-Sur en América Latina y el Caribe*. Santiago de Chile: FLACSO-Chile, 2015;

²⁷⁵ Russell citada en LAURENZO COPELLO, Patricia. «Apuntes sobre el Femicidio.» *Revista de Derecho Penal y Criminología* (UNED) 3ª Época, nº 8, julio 2012, p. 120.

²⁷⁶ Las comillas son de la autora, cfr. LAURENZO COPELLO, Patricia. «Apuntes... op. cit.», p. 120.

²⁷⁷ Idem.

su voluntad. Conforme la terminología jurídica al uso se trataría de un ‘homicidio’, si bien se niegan a usar este término por su componente lingüístico sexista hom-hombre²⁷⁸.

El concepto de «femicidio» goza de una larga tradición en la literatura especializada, y se ha empleado para designar distintos tipos de muerte violenta, lo que ha dado lugar a diferentes clasificaciones de femicidio en función de si estos se producen en la esfera íntima o pública en relación con las causas de la muerte de la víctima²⁷⁹. Así, femicidio en el ámbito privado es aquel que se produce en el entorno doméstico y las relaciones de pareja. En este bloque se incluye el «femicidio íntimo», aquel realizado por el hombre con quien la víctima tuvo o tenía una relación íntima, familiar, de convivencia o afín²⁸⁰. LAURENZO COPELLO considera que “si bien lo habitual es que el autor del hecho sea la pareja masculina de la víctima, también han de incluirse aquí los homicidios de niñas o mujeres jóvenes a manos de otros miembros del núcleo familiar, sin descartar la autoría o complicidad de otras mujeres del grupo”²⁸¹. LAURENZO COPELLO incluye dos subcategorías más en este bloque: el «femicidio por honor», cuando el padre, los hermanos o incluso alguna mujer del núcleo familiar dan muerte a una joven que ha deshonrado a la familia por algún tipo de conducta que se considera inmoral, y el «femicidio de dote», consistente en que el marido, en solitario, o ayudado por su madre, mata a su esposa (a veces quemándola viva) por estar insatisfecho con la dote que aportó al matrimonio²⁸².

En relación con los femicidios que se producen en el ámbito público, son aquellos en los que el autor es un extraño o algún conocido que no forma parte del entorno doméstico de la persona asesinada²⁸³. Y existen diferentes tipos. El «femicidio no íntimo» es el asesinato de una mujer a manos de un hombre, cuya relación personal no ha sido afectiva-sexual; el «femicidio ritualista» está anclado en creencias relativas al poder de los órganos sexuales de la mujer, que incluyen formas extremas de crueldad y

²⁷⁸ Cfr. LAURENZO COPELLO, Patricia. «Apuntes... *op. cit.*, p. 120.

²⁷⁹ Los diferentes tipos de femicidios están recopilados de LAURENZO COPELLO, Patricia. «Apuntes... *op. cit.*, pp. 120-127.

²⁸⁰ RIED S., Nicolás. «Un delito propio. Análisis crítico de los fundamentos de la ley de feminicidio.» *Revista de Estudios de la Justicia*, nº 16, 2012, p. 171.

²⁸¹ Cfr. LAURENZO COPELLO, Patricia. «Apuntes... *op. cit.*, p. 124.

²⁸² *Ibíd.*, p. 123-124.

²⁸³ LAURENZO COPELLO, su redacción original no incluye la palabra “persona”, la autora se inclina por el uso de “mujer”. En este sentido, el cambio de término es de gran valor material y simbólico, pues estamos dotando de gran apertura al concepto, al entender que el *homicidio* por razones de género no afecta solo a las mujeres, en este sentido nos remitimos a toda la literatura feminista postmoderna, de la que destacamos a la autora María Galindo o Judith Butler entre otras. Cfr. LAURENZO COPELLO, Patricia. «Apuntes... *op. cit.*, p. 124.

mutilación de las mujeres, cuestión que se ha ido desarrollando más en profundidad debido a la producción de estos tipos de crímenes en ciertos países de África; el «femicidio social», producto de los masivos infanticidios femeninos producidos en China, este femicidio se fundamenta en los crímenes de género que se cometen en el contexto de un orden social que devalúa la vida y muerte de las mujeres²⁸⁴; y el «femicidio masivo», entendido como todas aquellas muertes de mujeres y niñas que son el resultado de conductas masculinas de poder y dominación, tales como las muertes por partos inseguros atribuibles a condiciones higiénicas inaceptables, por abortos caseros²⁸⁵, por el VIH/SIDA, al no poder negociar con sus parejas o clientes el uso de preservativo, por el principio de alimentación selectiva donde en los países con carestía de alimentos se prima el alimento de los varones, la mutilación genital, la violación, los crímenes de honor²⁸⁶, y asesinatos seriales y/o sexuales. En todos estos casos se ha evidenciado tolerancia y/o complicidad de los Estados y sus autoridades frente a estas muertes. Por último, el «femicidio vengativo», que es el homicidio de mujeres en los ajustes de cuentas entre los miembros (masculinos) de las bandas u organizaciones. Así, esposas, novias, hijas o madres de traficantes de droga o miembros de otro tipo de grupos criminales son asesinadas a modo de venganza por sus enemigos, que las encuentran con mucha más facilidad y menos resistencia que a sus pares masculinos.

De la conceptualización del femicidio destaca LAURENZO COPELLO tres funciones. La primera, es su capacidad de hacer visible la motivación sexista de los crímenes. En segundo lugar, la dimensión política que presenta la muerte de mujeres por razón de género como uno de los ataques más graves a los Derechos Humanos. Y, por último, la dimensión social, representada por el entrecruzamiento de factores de discriminación que confluyen en las mujeres haciéndolas particularmente vulnerables a los ataques contra la vida. Por lo tanto, estamos ante un “concepto amplio de femicidio en el que tienen cabida todas las muertes evitables de mujeres —violentas o no, criminales o no— derivadas de la discriminación por razón de género”²⁸⁷.

²⁸⁴ ESCOBAR RIVERA, Consuelo, y Valeska JARPA SILVA. «El nuevo delito de femicidio en Chile (Tesis de pregrado).» Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Departamento de Ciencias Penales. 2013. <http://www.tesis.uchile.cl/handle/2250/116225> (último acceso: 25 de julio de 2014), p.113.

²⁸⁵ Cfr. LAURENZO COPELLO, Patricia. «Apuntes... *op. cit.*, pp. 126-127.

²⁸⁶ *Ibíd.*, p. 127.

²⁸⁷ Cfr. LAURENZO COPELLO, Patricia. «Apuntes... *op. cit.*, p. 122.

La fundamentación de la reivindicación del feminismo anglosajón del delito de femicidio en la década de 1990, relaciona la muerte de estas personas con la motivación por odio, desprecio o el sentimiento de posesión que hacia ellas experimentan los hombres en una sociedad patriarcal; de esta forma esta corriente del feminismo, se inspira en la categoría de los delitos de odio (*hate crimes*) desarrollada por la teoría criminológica norteamericana, y que consiguió reconocimiento en el ámbito legislativo de los Estados Unidos de América tanto en las leyes estatales como en las federales. El feminismo anglosajón punitivista establece una relación directa con la misoginia, y con los *delitos de odio*, es decir, aquellos crímenes basados en motivaciones discriminatorias que encuentran su razón de ser en los prejuicios que experimenta el autor hacia determinadas notas identitarias de sus víctimas, como su raza, nacionalidad o género. La definición que encontramos de *hate crimes* en Estados Unidos se recoge en la *Hate Crimes Prevention Act* (HCPA) aprobada el 22 de octubre 2009 y ratificada 28 de octubre del mismo año por el presidente Barack Obama, que definió estos delitos como aquellos crímenes violentos motivados por un prejuicio basado en la raza, el color, la religión, el origen nacional, el género, la orientación sexual, la identidad de género o la discapacidad de la víctima, real o percibida²⁸⁸. Comprobamos cómo la legislación estadounidense refleja un concepto amplio de los *hate crimes*; se incluye en quinto lugar el género y en sexto lugar la orientación sexual, interesa destacar que la formulación en la que se establece el género y la orientación sexual, es inclusiva de todas las pluralidades de personas y orientaciones afectivo sexuales o expresiones de identidad de género, entendemos que de esta forma la ley se hace cargo del sujeto real, estos es, de todas las personas, que estarían protegidas. La categoría *hate crimes*, que en nuestra opinión es un avance sobre las construcciones tradicionales basadas en el binomio hombre-mujer y la familia heterosexual. El precepto, por tanto, no se construye en base al sujeto que realiza la acción y quien la sufre, sino que lo que se criminaliza es la acción violenta machista en sí.

En el plano jurídico el concepto de femicidio es definido en la Declaración sobre Femicidio del Comité de Expertas/os en Violencia del mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Belém do Para (CEVI) en el año 2008, como “la muerte violenta de mujeres por razones de género ya sea que tenga lugar dentro de la familia, unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal; en la comunidad,

²⁸⁸ *Ibíd.*, p. 122.

por parte de cualquier persona, o que sea perpetrada o tolerada por el Estado y sus agentes, por acción u omisión”²⁸⁹.

El delito de femicidio se introduce por primera vez en Costa Rica, que lo aprueba el 30 de mayo de 2007. En Chile se copia el modelo costarricense y se aprueba su tipificación en 2010, como un apartado *ah doc* dentro del artículo 390 del Código Penal, esto es, el femicidio en Chile se ha construido como una modalidad de parricidio y se castiga con la misma pena²⁹⁰.

En conclusión, la conceptualización y tipificación penal del femicidio se considera fundamental para evidenciar el problema social, cuyas dimensiones son aún desconocidas, de la muerte violenta de personas, especialmente mujeres. Con la categoría de femicidio se busca resignificar estas muertes desde una perspectiva de género, y se pone de relieve “que no son hechos aislados atribuibles a factores puramente individuales, sino que responden a causas estructurales, a la sumisión en la que la sociedad patriarcal sitúa a las mujeres como colectivo subordinado. Con ello se persigue, entre otras cosas, romper con la tendencia a justificar de forma velada ciertas muertes violentas de mujeres”²⁹¹.

5.8. Femicidio

Siguiendo a LAURENZO COPELLO el concepto «femicidio», surge en el feminismo latinoamericano, que realiza una revisión de femicidio que, sin restar importancia a la perspectiva aludida, lo consideró insuficiente para captar el carácter masivo que en ocasiones alcanzan estos sucesos y, sobre todo, su pervivencia a lo largo de los años, que según este sector del feminismo solo se puede explicar por la impunidad que rodea estas conductas. De ahí que se apunta la necesidad de construir un concepto capaz de reflejar no sólo la responsabilidad individual de los autores —como se infiere del

²⁸⁹ Cfr. COMITÉ DE EXPERTAS DEL MECANISMO DE SEGUIMIENTO DE LA CONVENCIÓN DE BELÉM DO PARÁ (MESECVI). *Declaración sobre el femicidio*, Aprobada en la Cuarta Reunión del Comité de Expertas/os (CEVI), celebrada el 15 de agosto de 2008, en Washington, D.C., disponible en, <https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/declaracionfemicidio-es.pdf>

²⁹⁰ Cfr. CORN, Enmanuele. «Un nuevo tipo penal de femicidio en un nuevo Código Penal para Chile.» *Revista de Derecho (Valdivia)* 28, n° 1, junio 2015, p. 194. Sobre la tipificación del femicidio en Chile véase el epígrafe, Femicidio en la página 232.

²⁹¹ Cfr. LAURENZO COPELLO, Patricia. «Apuntes... *op. cit.*, pp. 121-122.

término femicidio por su relación con el homicidio— sino también su dimensión institucional, la corresponsabilidad del Estado por su inoperancia a la hora de prevenir y castigar este tipo de crímenes²⁹². Y ello porque esa inoperancia también responde, al menos en cierta medida, a factores de género. En concreto, la vigencia de patrones discriminatorios en el sistema penal que en la práctica llevan a quitar importancia a las denuncias de desapariciones y a culpabilizar a las propias víctimas; en especial señala TOLEDO VÁSQUEZ aquellos crímenes que fueron cometidos por los gobiernos dictatoriales en el marco de conflictos armados presentes en la región entre las décadas de 1960 y 1980, dando lugar a una sensación de impunidad generalizada que favorece la proliferación de los atentados contra la vida de las mujeres, debido a que se produce una connivencia del Estado²⁹³. Es así como se llega al término «feminicidio» acuñado por MARCELA LAGARDE para denominar al “conjunto de delitos de lesa humanidad que contiene los crímenes, los secuestro y las desapariciones de niñas y mujeres en un cuadro de colapso institucional”²⁹⁴. Con el término feminicidio el feminismo latinoamericano establece un paralelismo genocidio/feminicidio al igual que en su momento habían hecho las feministas anglosajonas entre homicidio y femicidio²⁹⁵. Y desde una perspectiva criminológica, LAUREZO COPELLO defiende que el concepto de feminicidio es un gran aporte como categoría analítica, pues permite desvelar los factores de discriminación que determinan la muerte violenta de miles de mujeres en el mundo entero, y al mismo tiempo sentar las bases científicas para cuantificar estos crímenes cuya auténtica dimensión todavía permanecen en la oscuridad.

En la actualidad tanto el concepto de femicidio como de feminicidio, son reconocidos de diversa manera en diferentes países de América Latina. Femicidio tipificado de forma restrictiva en Costa Rica (2007), Chile (2010), Perú (2011). El femicidio como una agravante del homicidio en Colombia (2008), Argentina (2012). El femicidio/feminicidio como un tipo penal amplio en leyes integrales sobre la violencia contra las mujeres en Guatemala (2008), El Salvador (2010), Nicaragua (2012) y

²⁹² En este sentido RIED se refiere a las diferencias entre femicidio y feminicidio en los siguientes términos “a diferencia entre ambos conceptos consiste en que femicidio equivale a homicidio, o sea, dar muerte a una mujer; en cambio, feminicidio daría cuenta del asesinato en función del género de la víctima mujer. Además, hay un uso teórico para feminicidio que asocia los crímenes sistemáticos de mujeres a la inactividad estatal, lo que responsabiliza al Estado por los mismos”, cfr. RIED S., Nicolás. «Un delito propio... *op. cit.*, p. 171.

²⁹³ Cfr. TOLEDO VÁSQUEZ, Patsilí. *Femicidio... op. cit.*, p. 109.

²⁹⁴ Marcela Lagarde citada en, LAURENZO COPELLO, 2012: 126-127.

²⁹⁵ En este sentido también: RIED S., Nicolás. «Un delito propio... *op. cit.*; TOLEDO VÁSQUEZ, Patsilí. *Femicidio... op. cit.*, pp. 106 y ss.

Bolivia (2013). Y por último el femicidio/feminicidio como un tipo penal amplio en el Código Penal se contiene en las legislaciones de diferentes estados de México (2010-2011) y Honduras (2011)²⁹⁶.

6. La violencia machista y los factores que la determinan. Aportes desde la criminología crítica

Los primeros estudios criminológicos que analizaban la violencia contra las mujeres no tenían en cuenta el contexto social y cultural, y situaban el origen de la misma en causas individuales del hombre, como su personalidad, alcoholismo, enfermedad o patologías. Dentro de esta lógica, los Códigos Penales, no sufrieron ninguna adaptación para perseguir penalmente esta violencia.

En Estados Unidos se produce una pugna entre los estudios que abordan la violencia desde una perspectiva familiar y los estudios que abordan la violencia con perspectiva de género. Los estudios que parten de la violencia como un fenómeno doméstico o intrafamiliar habitualmente están relacionados con posturas ideológicas conservadoras; sin embargo, dentro de la criminología crítica también se apuntan algunas ventajas desde este tipo de conceptualización²⁹⁷.

La criminología en Estados Unidos que concebía la violencia como un problema familiar abordó su estudio sobre la base de encuestas donde preguntaba por conflictos de índole familiar. Siguiendo a ELENA LARRAURISUS conclusiones pueden esquematizarse de la siguiente forma: la violencia contra las mujeres en la familia se produce por los mismos factores que el resto de actos violentos en la sociedad, estrés, conflictos en torno a cuestiones de poder y recursos, o el uso de la violencia como forma de resolver conflictos. En las sociedades violentas, tanto hombres como mujeres son víctimas, pero en términos generales, las mujeres no son más víctimas de delitos violentos que los hombres. Además, las mujeres cuando son agredidas en el ámbito familiar también usan la fuerza para defenderse de sus parejas. Consideran que la herramienta más idónea para erradicar esta violencia es la prevención y el tratamiento

²⁹⁶ En algunas legislaciones se ha adoptado el concepto de femicidio y en otras de feminicidio. Sobre la regulación en cada legislación concreta véase ampliamente TOLEDO VÁSQUEZ, Patsilí. *Femicidio... op. cit.*

²⁹⁷ Ver: Ídem, y LARRAURI, Elena. *Criminología crítica... op. cit.*, p. 17.

del agresor mediante programas de control de la ira, y no en programas de cambio de valores. Se señala también, que la violencia ejercida por las mujeres presenta los siguientes indicadores, tiene por finalidad la autodefensa, está motivada por un conflicto puntual y no por una pretensión global de intimidar o castigar, se produce con menos frecuencia y causa menor daño, en consecuencia, no genera temor perdurable en la víctima. Desde el punto de vista de la técnica legislativa, no se introduce la variable de género en la explicación de la violencia, pero se añade en el momento de atribuir responsabilidades por esta violencia²⁹⁸.

La otra corriente de investigación, los estudios de la violencia machista que se realizan desde la criminología con perspectiva de género, se diferencia de la anterior corriente en que amplía su objetivo al pretender acabar con la opresión de la mujer, e ideológicamente se ubican dentro de los feminismos. Se preguntan por qué son las mujeres mayoritariamente las víctimas en la violencia. Toman como fuentes los datos de policía, hospitales y casas de acogida²⁹⁹. Desde esta metodología señalan que la violencia es una manifestación de la ideología machista, hegemónica en las sociedades patriarcales, en las cuales las relaciones humanas e instituciones sociales se conciben como relaciones de poder y dominio. En este contexto social, la violencia contra las mujeres se considera una manifestación estructural de la desigualdad y discriminación en función del género³⁰⁰. Y proporcionan datos que señalaban que cuando esta violencia era denunciada, el sistema legal no protegía de forma suficiente a las mujeres. Por ello una de las principales reivindicaciones de parte del movimiento feminista, fue apelar al Derecho Penal como un instrumento intimidatorio, del que debe servirse el Estado para luchar por la erradicación de las violencias contra las mujeres³⁰¹. Desde esta posición teórica se apuesta por la tipificación específica de las violencias que atentan contra la integridad física o psicológica de las mujeres, por el mero hecho de ser mujeres.

²⁹⁸ LARRAURI, Elena. *Criminología crítica... op. cit.*, p. 20.

²⁹⁹ Cfr. LARRAURI, Elena. *Criminología crítica... op. cit.*, p. 18.

³⁰⁰ Véase en relación a la descripción de la violencia contra las mujeres los trabajos de LARRAURI, Elena. *Criminología crítica y violencia de género*. Madrid: Editorial Trotta, 2007; FARALDO CABANA, Patricia. «Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho penal a través de la Ley Orgánica 17/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género.» *Revista Penal*, nº 17 (2006): 72-94. En relación a la violencia en parejas lesbianas o gay, y la crítica a los primeros planteamientos feministas que solo utilizaban la variable género para explicar la violencia, véase LARRAURI, Elena, *idem*, 21; SCHNEIDER, Elizabeth. «Mujeres maltratadas... op. cit., p. 33.

³⁰¹ Cfr. Patricia. «Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho penal a través de la Ley Orgánica 17/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género.» *Revista Penal*, nº 17 (2006), p. 73.

Concebir la violencia como un problema familiar³⁰² o por el contrario analizarlo desde la perspectiva de género modifica sustancialmente la forma de sancionar la violencia en el ámbito penal, al suponer un cambio en el bien jurídico que debe protegerse: integridad de la familia vs integridad física y psicológica de las mujeres, si debe existir o no un tipo penal propio, y cómo esta autonomía se fundamentaría sin quebrar el principio de igualdad.

Por ello, desde diferentes sectores del feminismo y de la criminología se ha criticado la concepción de las leyes penales que se han redactado desde estas dos posiciones señalando que el Derecho penal ha contribuido a profundizar y perpetuar la discriminación contra las mujeres, situando en una posición de superioridad a los varones y legitimando la violencia en diversas ocasiones hacia las mujeres³⁰³. Esta visión androcéntrica se está abandonando. Un ejemplo de ello es la superación de las tesis que atribuían los malos tratos y otras manifestaciones de la violencia al comportamiento individual del hombre, a explicar esta violencia como una de las consecuencias de la situación de desigualdad, subordinación o discriminación de la mujer. Los estudios empíricos han señalado que la conducta de este perfil de agresores en su gran mayoría solo era violenta contra su pareja, y respondía a una calculada estrategia de dominio, por lo que la justificación de la violencia por causas irracionales o patológicas quedó desmontada³⁰⁴.

En este contexto emergen los recientemente analizados conceptos de violencia doméstica o intrafamiliar que se emplearon en el ámbito legal para denominar y

³⁰² Los estudios de violencia familiar y los estudios de violencia desde la perspectiva de género, en Estados Unidos compiten por dar una explicación a la violencia. El desarrollo que se hace de la explicación que se realiza desde los estudios de violencia familiar se toma de Elena Larrauri. Cfr. LARRAURI, Elena. *Criminología crítica... op. cit.*, pp. 20-21.

³⁰³ Un ejemplo que podemos considerar paradigmático de la discriminación en Chile a las mujeres indígenas menores de edad es que no quedaban protegidas por la prohibición de “tener relaciones sexuales con mujeres solteras menores de edad” eufemismo donde también entra la violación. Esta protección solo se aplicaba a las mujeres blancas, y su objetivo era proteger la honra partera y familiar asegurando la virginidad de las hijas hasta el matrimonio, valor moral y religioso y a la vez económico como mercancía. En este contexto social, la ilegitimidad de la prole determinaba un descenso social. Esta prohibición no se aplicó a las mujeres solteras menores de edad que eran negras, indígenas o mestizas, tanto en relaciones consensuales o en violaciones. Las cuales eran habituales en el caso de las niñas que trabajaban en casas patronales y eran forzadas a prestar servicios sexuales incluso si estas eran niñas. Véase COUSO, Jaime. «La sexualidad de los menores de edad ante el Derecho Penal.» *Sela (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers*. 73 (2009) 1-46, 3. Sobre el papel del Derecho Penal como perpetuador de la discriminación, FARALDO CABANA «Razones para la introducción... op. cit.», p. 73.

³⁰⁴ Cfr. LARRAURI, Elena. *Criminología crítica y violencia de género*. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 17.

sancionar la violencia al interior de la familia, ejemplo de esta impronta en Chile son la derogada Ley 19.325, de 27 de agosto de 1994, que Establece Normas sobre procedimiento y sanciones relativos a los actos de violencia y la actual Ley 20.066, de 7 de octubre de 2006, que Establece Ley de Violencia Intrafamiliar. Parte de la doctrina señala que ninguna de las leyes de violencia intrafamiliar ha tenido en cuenta la perspectiva de género, y que únicamente esta perspectiva se incluye en la legislación a partir de 2010 con la aprobación de la Ley de femicidio de 2010³⁰⁵.

Definir la violencia y la respuesta penal-estatal desde la concepción únicamente de la dominación del hombre a la mujer en relaciones de pareja no sirve para explicar todo el continuo de violencias que origina el sistema capitalista-patriarcal, y deja fuera el maltrato en parejas lésbica o homosexuales, en las cuales la tasa de maltrato es similar a la que se produce en el seno de las relaciones heterosexuales. Por ello se han desarrollado diferentes teóricas para explicar el fenómeno de la violencia, una de ellas es la «teoría legal lésbica de maltrato»³⁰⁶, que rechaza la idea de la “dominación” y las formulaciones heterosexistas implicadas en las principales teorías feministas que al aplicarse a las mujeres lesbianas las victimiza aún más al arrasar su sexualidad y la de su comunidad. Por ello surge la pregunta ¿qué víctimas protege y construyen las leyes?, cuestión que abordamos a continuación.

7. Estereotipos que victimizan: de mujer maltratada a mujer que ha sufrido maltrato

Los conceptos de «víctima» y «mujer maltratada» suelen utilizarse casi como sinónimos, siendo el concepto de mujer maltratada de uso más reciente y cuyo

³⁰⁵ En referencia únicamente a la ley de femicidio Jean Pierre Matus y M^a Cecilia Ramírez consideran que el legislador ha incorporado explícitamente la idea de la violencia de género. Cfr. MATUS A., Jean Pierre, y M^a Cecilia RAMÍREZ G. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial. Tomo I.* 3^a edición. Santiago de Chile: Legal Publishing, 2014, p. 63. Menos optimista se muestra PATSILÍ TOLEDO VÁSQUEZ, quien señala que la Ley de femicidio no vino a suponer una mayor protección de las mujeres desde el ámbito penal y tampoco una mayor pena asociada a la mayor gravedad del ilícito penal. El legislador además situó el femicidio en la figura del parricidio, tipo penal tendente a desaparecer en las legislaciones comparadas, lo que supone una dificultad de supervivencia de este tipo penal si se plantea la eliminación. Y, por último, señala la autora, que es una ley que no cambia nada, que tiene un impacto más mediático que real que contribuye a reforzar en el imaginario colectivo que se hizo algo, cuando en realidad no se hizo nada, dado que no se ha acompañado la norma de medidas que fortalezcan la prevención, tratamiento y protección de las mujeres. Cfr. TOLEDO VÁSQUEZ, Patsili. *Femicidio/feminicidio.* 1^a edición. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Didot, 2014, p. 215.

³⁰⁶ Cfr. SCHNEIDER, Elizabeth. «Mujeres maltratadas ... *op. cit.*, p. 37.

contenido tiene su base en el concepto de víctima. En este sentido es necesario estudiar la construcción del concepto de víctima en Chile, porque tal y como indica HILLARY HINER³⁰⁷ no puede divorciarse de los discursos respecto de los contextos históricos en los que se producen y los otros discursos que los precedieron. Desde esta convicción la autora realiza una revisión desde la teoría de género del Informe Retting elaborado por la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación entre los años 1990 y 1991 y el Informe Valech elaborado por la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura entre los años 2003 y 2004, ambos referidos al período de dictadura en Chile. Concluye la autora que a través de ambos informes se establece una falsa homogeneidad de género basada en supuestas características inherentes a hombres y mujeres, donde se coloca el cuerpo feminizado de la víctima, en tanto que es pasivo frente a la violencia. Este imaginario de hombre agresor y mujer víctima es el que influirá en la redacción de las leyes de violencia intrafamiliar.

En la actualidad la expresión de mujer maltratada se ha convertido en algo habitual, que se les asigna a las mujeres cuando pasan a recibir o necesitar algún tipo de ayuda o prestación social a causa de la situación de maltrato, o cuando la mujer decide denunciar dicho maltrato; en este sentido, la relación prestacional o jurídica que se inicia, lo hace definiendo a la mujer como maltratada. Esta expresión como indica ELIZABETH SCHNEIDER³⁰⁸ describe a la víctima desde un imaginario compuesto por las siguientes ideas o imágenes, que es necesario deconstruir. En primer lugar, una mujer no es una mujer maltratada, la frase a través de una definición unidimensional reduce la experiencia total de vida. En segundo lugar, las mujeres que han sufrido maltrato, no se identifican o se resisten a que se les aplique la categoría de «mujer maltratada» y ello porque la expresión define a la mujer únicamente en términos de su experiencia de maltrato y tiene una connotación negativa. Sugiere esta autora, el uso de terminología dinámica para referirse a situaciones o experiencias de violencia; según la propuesta de ELIZABETH SCHNEIDER, para el presente caso se tendría que hablar de «mujer que ha sufrido maltrato». En tercer lugar, mujer maltratada no representa el espectro y la complejidad de la mujer más allá de los hechos de abuso a lo que hay que añadir que el término convierte a la mujer en el problema, no a sus experiencias. En cuarto lugar, mujer maltratada evoca imágenes de impotencia y derrota, en vez de aludir a otras de supervivencia y resistencia. Observamos por lo tanto cómo se relacionan entonces las ideas de víctima y mujer maltratada construyendo en el imaginario colectivo la idea de mujeres débiles, derrotadas y con patologías. Por ello, a lo largo de la presente

³⁰⁷ Véase ampliamente, HINER, Hillary. «Voces soterradas, violencias ignoradas. Discurso, violencia política y género en los Informes Retting y Valech.» *Latin American Reserch Review* 44, n° 3, 2009, pp. 50-74.

³⁰⁸ SCHNEIDER, Elizabeth. «Mujeres maltratadas... *op. cit.*, p. 25-27.

investigación, en la medida que ello sea posible evitaremos el empleo del uso mujer maltratada y hablaremos del concepto de mujer superviviente de violencia o mujer que ha sufrido maltrato.

SEGUNDA PARTE

MARCO JURÍDICO DE PROTECCIÓN DE LAS MUJERES DE PUEBLOS ORIGINARIOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y REGIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

I. INTRODUCCIÓN

El Sistema Internacional de los Derechos Humanos (en adelante SIDH) como sistema de protección internacional de las personas independientemente de su condición de ciudadanía o pertenencia a algún Estado, se construye después de la Segunda Guerra Mundial y de la fundación de la Organización de Naciones Unidas (en adelante ONU)³⁰⁹.

El hito principal que sienta las bases para el desarrollo del actual SIDH es la firma de la Carta de Naciones Unidas en la Conferencia de San Francisco en 1945; sin embargo, no hay que olvidar que este primer texto eludió casi por completo la incorporación de principios de Derechos Humanos y libertades fundamentales, por la presión de muchos Estados quienes tenían situaciones internas o en sus colonias donde existían prácticas que atentaban contra la dignidad humana. En este sentido, conviene recordar que en este momento en la Unión Soviética existían gulags, en los Estados Unidos, Australia existía leyes y políticas racistas, en concreto en Australia las personas Aborígenes eran confinadas en campos de concentración y cuando tenían descendencias era robada por parte del gobierno para que no fuera educada en la cosmovisión aborígen; y Francia, y Gran Bretaña eran imperios coloniales³¹⁰.

El paso del tiempo y las presiones de otros Estados permitieron que, en el seno de la Organización de Naciones Unidas, se aprobaron dos tipos de instrumentos en el

³⁰⁹ LACRAMPETTE POLANCO, Nicole, y Catalina LAGOS TSCHORNE. «Los Sistemas Internacionales de protección de Derechos Humanos.» En *Derechos Humanos y mujeres: teoría y práctica*, editado por Nicole LACRAMPETTE P. (Edi.), 62-105. Santiago de Chile. Universidad de Chile. Facultad de Derecho. Centro de Derechos Humanos, 2013, p. 69.

³¹⁰ LACRAMPETTE POLANCO, Nicole, y Catalina LAGOS TSCHORNE. «Los Sistemas...*op.cit.*, p. 69.

campo de los Derechos Humanos: a) instrumentos que no derivan de tratados, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General el 10 de diciembre de 1948. Este tipo de textos no son legalmente vinculantes, aunque como indica ANDREW BYRNES, pueden contribuir a la formación de reglas de Derecho Internacional consuetudinario o pueden ser usados como guía para la interpretación de disposiciones de tratados obligatorios³¹¹. Y b) Tratados, cuyas disposiciones obligan formalmente a un Estado, una vez que este ha ratificado. Este sería el caso del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que entra en vigor el 23 de marzo de 1976, y el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales que entra en vigor en enero de 1976. Estos tres convenios internacionales son la base sobre la que se construirá el desarrollo de los Derechos Humanos³¹². Además, los países pueden asumir un nivel de obligación mayor con el cumplimiento de estos Tratados Internacionales al firmar también su compromiso con un organismo de monitoreo³¹³.

La construcción del Sistema Internacional de Derechos Humanos se produce además desde distintas latitudes, hablándose de sistemas regionales en América, Europa³¹⁴ y más tardíamente en África³¹⁵. Centrándonos en América, durante la Novena Conferencia Internacional Americana, celebrada en 1948, se adoptó la Carta de la

³¹¹ BYRNES, Andrew. «El uso de las normas internacionales de derechos humanos en la interpretación constitucional para el adelanto de los derechos humanos de las mujeres.» En *Género y Derecho*, editado por Alda Facio, & Lorena Fries, traducido por Paquita Cruz. Santiago de Chile, Colección Contraseña. Estudios de género. Serie Casandra, 1999, p. 341.

³¹² LACRAMPETTE POLANCO, Nicole, y Catalina LAGOS TSCHORNE. «Los Sistemas...*op.cit.*, p. 70.

³¹³ Los organismos de monitoreo son de vital importancia para el cumplimiento de los Convenios Internacionales. A través de los respectivos comités se vigila el cumplimiento por parte de los países. Los principales Convenios que tienen organismos de monitoreo son: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (Comité de Derechos Humanos); El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales); la Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de la Discriminación Racial de 1965 (Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial); la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979 (Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer); la Convención contra la Tortura de 1984 (Comité contra la Tortura) y por último la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 (Comité para los Derechos del Niño). BYRNES, Andrew. «El uso...*op.cit.*, pp. 341-342.

³¹⁴ El Consejo de Europa adoptó en 1950 el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que entró en vigor en 1953. Este instrumento contemplaba la creación de dos organismos: la Comisión Europea de Derechos Humanos (que funcionó entre 1954 y 1999) y la Corte Europea de Derechos Humanos. Esta última celebró su primera sesión en 1959. LACRAMPETTE POLANCO, Nicole, y Catalina LAGOS TSCHORNE. «Los Sistemas...*op.cit.*, p. 70.

³¹⁵ La Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul) fue adoptada el 27 de junio de 1981 y entró en vigor el 21 de octubre de 1986. La misma estableció la creación de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, que fue inaugurada en 1987. En 1998 se adoptó el Protocolo sobre el establecimiento de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, organismo que celebró su primera sesión en el año 2006. LACRAMPETTE POLANCO, Nicole, y Catalina LAGOS TSCHORNE. «Los Sistemas...*op.cit.*, p. 70.

Organización de los Estados Americanos (en adelante OEA) y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) se aprueba en 1959 y será en 1978 cuando entre en vigor la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)³¹⁶.

En la actualidad se critica fuertemente el sistema de valores hegemónicos que han fundamentado el Sistema Internacional de Derecho Humanos, construido bajo el discurso liberal, cuyas consecuencias para MANUEL E. GÁNDARA CARBALLIDO son:

“La desmovilización de los actores sociales simplificando los fenómenos, fragmentando y aislando las luchas, a la vez que homogeneiza los modos de entender la humanidad; así mismo invisibiliza a los sujetos sociales arrebatándoles el protagonismo en la construcción histórica de los derechos, en un claro intento por contrarrestar la construcción de poder que esas luchas les permiten construir”³¹⁷.

Desde esta crítica que hacemos nuestra, el autor señala que la definición de los Derechos Humanos debe realizarse teniendo en cuenta los siguientes elementos: es un concepto que está en constante construcción y que necesita de contextualización, historización, complejización y atención a la pluralidad humana. Desde esta base GÁNDARA CARBALLIDO define los Derechos Humanos como

“El resultado de procesos de luchas sociales y colectivas, en la búsqueda por construir espacios que hagan posible el empoderamiento de los sujetos, de manera tal que puedan formular y llevar adelante una vida digna, a partir de sus diferenciados horizontes socioculturales”³¹⁸.

En el mismo sentido JUAN JORGE FAUNDES PEÑAFIEL señala que la definición de Derechos Humanos es una definición política³¹⁹, por ello es necesario complejizar el valor de lo universal que está implícito en los Derechos Humanos, para poder establecer un «concepto intercultural de Derechos Humanos», que nos permita partiendo del Derecho como una alternativa normativa avanzar en el ‘buen vivir’, construir “un horizonte democrático e intercultural como una alternativa posible para los Estados de

³¹⁶ LACRAMPETTE POLANCO, Nicole, y Catalina LAGOS TSCHORNE. «Los Sistemas...*op.cit.*, p. 70.

³¹⁷ Cfr. GÁNDARA CARBALLIDO, Manuel E. «El pensamiento crítico...*op. cit.*, p. 365

³¹⁸ Idem.

³¹⁹ FAUNDES PEÑAFIEL, Juan Jorge. «Recomprensión intercultural de los derechos humanos. Apuntes para el reconocimiento de los pueblos indígenas en América Latina.» *Justiça do Direito* (Universidade de Passo Fundo) 29, nº 1, 2015, p. 11.

las sociedades latinoamericanas”³²⁰. Para FAUNDES PEÑAFIEL es posible afirmar un sentido universal de los Derechos Humanos, porque ello no implica una definición centrada en una visión única cultural de la persona humana, sino que al igual que señala GÁNDARA CARBALLIDO, cuando hacía referencia a la necesidad de contextualización histórica y atención a la pluralidad humana FAUNDES PEÑAFIEL señala que los Derechos Humanos deben ser redefinidos interculturalmente respecto de cuestiones fundamentales que se sostienen en la dignidad humana misma y que deberán leerse, traducirse, reconceptualizarse en los diversos contextos culturales³²¹. Desde este lugar FAUNDES PEÑAFIEL denuncia el derecho de los Pueblos Originarios a participar de la definición constituyente de los mínimos éticos consensuados socialmente y en contexto, así como de responsabilidad de estos pueblos de velar por el respeto de estos derechos como presupuesto necesario de su derecho a la libre determinación³²².

Definición que asumimos por contener elementos esenciales de lo que hoy deben considerarse Derechos Humanos, esto es, su concepción como límite a la soberanía del Estado, sus posibilidades diversas, diversos horizontes socioculturales y apertura a las diferentes concepciones de dignidad de vida, donde se integran el amor, la solidaridad e identidad cultural. Para ilustrar esta última idea presentamos los siguientes ejemplos: el derecho a acceso a una vivienda digna en un contexto occidental versus el derecho a vivir en tierras ancestrales en sus construcciones tradicionales, o lo que debe ser considerado tortura en el marco de un proceso judicial versus las formas ancestrales de restablecer el equilibrio en la búsqueda de justicia que puede incluir el uso de la fuerza.

De la problematización expuesta se deriva la necesidad de analizar los estándares internacionales desde este paradigma de la interculturalidad de los Derechos Humanos para repensar su construcción y su traducción situada como un derecho de los Pueblos Originarios.

³²⁰ Ibid., pp. 4 y 13.

³²¹ Ibid., p. 12.

³²² Ibid., p. 13.

II. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE VIOLENCIA O DISCRIMINACIÓN CONTRA LAS MUJERES

Los instrumentos internacionales de Derechos Humanos contruidos desde el paradigma ser humano igual a hombre, occidental, heterosexual han sido nefastos para las mujeres y las han dejado desprovistas de la protección que toda vida humana necesita. Por ello y gracias al trabajo del movimiento feminista el Consejo Económico y social de Naciones Unidas, en virtud de la resolución 11 (II) del Consejo, de 21 de junio de 1946 que crea la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer. Esta comisión es el principal órgano internacional intergubernamental dedicado exclusivamente a la promoción de la igualdad de género y el empoderamiento de la mujer. A partir de este momento y hasta la actualidad dentro del Sistema Internacional de los Derechos Humanos se abre una línea específica de trabajo encargada de avanzar en la igualdad de las mujeres y luchar contra la discriminación que sufren niñas y mujeres, así como de la violencia que padecen³²³.

A continuación, nos centraremos en los principales instrumentos en materia de sanción de la violencia machista que se han aprobado tanto en el seno de Naciones Unidas como dentro de la Organización de Estados Americanos.

1. Sistema de Derechos Humanos de Naciones Unidas

1.1. Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer

Los antecedentes de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), se remontan a los trabajos de la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer (CSW) de la ONU que se inician en el año 1975, y que contaron con el respaldo de la Conferencia Mundial del año Internacional de la Mujer, celebrado en México. Los trabajos se desarrollaron a lo largo de cuatro años. La Resolución 34/180 de la Asamblea General de Naciones Unidas, aprueba la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer

³²³ Sobre la Comisión Jurídica y Social de la Mujer véase en línea, <http://www.unwomen.org/es/csw> (consultado el 22 de junio de 2018)

el 18 de diciembre de 1979³²⁴, y entró en vigor el 3 de septiembre de 1981, luego de que 20 Estados la hubiesen ratificado, de acuerdo con lo establecido en su artículo 27³²⁵. Finalmente fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979, y Chile la ratificó el 10 de diciembre de 1989.

La Convención es considerada la Carta Internacional de los Derechos Humanos de las Mujeres, y ello porque, si bien cuando fue aprobada existían instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos que contenían normas que garantizaban la igualdad entre todas las personas y prohibían la discriminación, estos no eran suficiente para garantizar y proteger los derechos de las mujeres, debido a que estaban pensados para las necesidades de los hombres y respondían a una visión androcéntrica de la realidad³²⁶. Conviene recordar que no será hasta la Conferencia Mundial de Viena en 1993 cuando se produce el reconocimiento de los derechos de las mujeres como derechos humanos, lo que pone de manifiesto que, hasta ese momento como indica VERÓNICA MATUS, los derechos de las mujeres eran un asunto de otro orden³²⁷.

La Convención se estructura en seis partes y contiene un total de 30 artículos, en los cuales se fijan definiciones, se establecen derechos y obligaciones para los Estados firmantes entre ellas: condenar la discriminación contra la mujer en todas sus formas, y establecer por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer. La convención no habla de violencia contra las mujeres, sino simplemente de discriminación, en este sentido el título de la Convención es claro en cuanto al objetivo que promueve: no son los derechos de las mujeres, sino la eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer.

La Convención fija en su artículo uno lo que se ha de considerar discriminación, definida como:

“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,

³²⁴ La Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, Resolución de la Asamblea General 48/104 del 20 de diciembre de 1993, en línea en, <http://www1.umn.edu/humanrts/instrree/spanish/Se4devw.htm>

³²⁵ Cfr. LACRAMPETTE POLANCO, Nicole, y Catalina LAGOS TSCHORNE. «Los Sistemas...*op.cit.*, p. 83.

³²⁶ LACRAMPETTE POLANCO, Nicole, y Catalina LAGOS TSCHORNE. «Los Sistemas...*op.cit.*, p. 83.

³²⁷ MATUS, Verónica. «Lo privado y lo público, una dicotomía fatal.» En *Género y Derecho*, editado por Alda FACIO, y Lorena FRIES. Santiago de Chile: Colección contraseña. Estudios de Género. Serie Casandra, 1999, p. 73.

de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales en las esferas políticas, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.

Los Estados firmantes se comprometen a adoptar todas las medidas apropiadas para hacer que las mujeres disfruten en condiciones de igualdad de una serie de derechos: participación en la vida política y pública (artículo 7); derecho a la nacionalidad independiente de la del marido (artículo 9); acceso a la educación (artículo 10); igualdad de oportunidades y de empleo (artículo 11); y atención médica (artículo 11). El artículo 14 establece la obligación de tener en cuenta los problemas específicos que tienen las mujeres que viven en zonas rurales y velar porque las mujeres que viven en estos entornos estén en igualdad con los hombres y puedan acceder a todos los servicios, así como desarrollarse en el ámbito económico. Los artículos 15 y 16 establecen el compromiso de los Estados de reconocer la igualdad de la mujer ante la Ley en materias civiles, esto les permite heredar y comprar de forma independiente asegurándose de esta forma su acceso a la tierra. Y en el artículo 18 se fija la obligación de rendir informes al Comité sobre la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra la mujer. Esta obligación es particularmente importante porque permite el funcionamiento del principal mecanismo de control del cumplimiento de la Convención. Este control funciona principalmente a través de informes que los países deben rendir regularmente y posteriormente el Comité adoptará conclusiones y Recomendaciones Generales. Las Recomendaciones generales que se realizan, si bien no son obligatorias formalmente para los Estados, son consideradas como interpretaciones particularmente persuasivas.

Desde la perspectiva de las mujeres indígenas, se critica que esta Convención no hace referencia explícita a la mujer indígena, que quedan asimiladas y ocultas de cierta manera dentro de la categoría de mujer rural. A pesar de estas limitaciones, es un texto vital para los derechos de las mujeres indígenas y de Pueblos Originarios, porque reconoce su acceso como titulares del derecho a la tierra³²⁸. Además, y en concreto para el caso de las mujeres mapuche las Recomendaciones Generales al Estado de Chile del año 2012, incluyeron varias recomendaciones específicas para ellas: 21(b) Establecer una estrategia y un plan de acción global para prevenir y eliminar todas las formas de

³²⁸ CALFIO MONTALVA, Margarita, y Luisa Fernanda VELASCO. «Mujeres indígenas en América Latina: ¿brechas de género o de etnia?» En *Pueblos indígenas y afrodescendientes de América Latina y el Caribe: información sociodemográfica para políticas y programas*, editado por Fabiana DEL POPOLO, y Magally AVILA. Santiago de Chile: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (Cepal), 2005, p. 506.

violencia contra las mujeres, incluyendo a las comunidades mapuche y a otras comunidades indígenas, así como un mecanismo institucional efectivo para coordinar, supervisar y evaluar la eficacia de las medidas adoptadas; y 21(f) Reforzar su sistema judicial para garantizar que las mujeres, en particular a grupos desventajados, como las mujeres-indígenas, tengan acceso efectivo a la justicia³²⁹.

1.2. Declaración y Programa Acción Viena.

La Declaración y Programa de Acción Viena aprobados el 25 de junio de 1993 y elaborados en el marco de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de las Naciones Unidas celebrada en Viena³³⁰, vienen a legislar un espacio de discriminación normativa y por consiguiente relativo a la protección de los Derechos Humanos que afecta a las mujeres y Pueblos Originarios. Esta nueva normativa evidencia la no aplicación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada en 1948 a todas las personas, por ello la Declaración y Programa de Acción Viena, parte por establecer “el carácter universal, indivisible e interdependiente de los derechos económicos, sociales, culturales, civiles y político, que se refuerzan mutuamente”³³¹, desde este planteamiento refuerza la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas, y reconociendo la preocupación de las diversas formas de discriminación y violencia que afectan a las mujeres de todo el mundo.

Lo más relevante de la Declaración y Programa de Acción Viena para mujeres, niñas y Pueblos Originarios, es que se establece entre otros los siguientes compromisos: (art. 1) el carácter universal y fundamental de los Derechos Humanos y las libertades, como patrimonio innato de todos los seres humanos; (art. 2), el derecho de los pueblos a la libre determinación para conseguir su libre desarrollo económico, social y cultural con libertad política; (art. 5) tratamiento global de los Derechos Humanos, de manera

³²⁹ NASH ROJAS, Claudio y Catalina LAGOS TSCHORNEet al. *Erradicación de la violencia...op. cit.*, p. 9. CEDAW. Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto de Chile, adoptadas por el Comité en su 53º período de sesiones (1 a 19 de octubre de 2012). Disponible en: <<http://acnudh.org/wp-content/uploads/2013/01/CEDAW-Chile-2012-ESP.pdf>> [consulta: 09 de septiembre de 2013].

³³⁰ Declaración y Programa de acción Viena. Aprobado por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 25 de junio de 1993. Obtenido de http://www.ohchr.org/Documents/Events/OHCHR20/VDPA_booklet_Spanish.pdf

³³¹ Navi Pillay, en, NACIONES UNIDAS. *Declaración y programa de acción de Viena. 20 años trabajando por tus derechos. 1993 Conferencia Mundial de los Derechos Humanos*. Septiembre de 2013. Disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/Events/OHCHR20/VDPA_booklet_Spanish.pdf (último acceso: 29 de abril de 2018).

justa y equitativa, en pie de igualdad, y teniendo en cuenta las particularidades nacionales y regionales junto con el deber de los Estados de proteger a todos los Derechos Humanos y las libertades fundamentales; (art. 18) los Derechos Humanos de la mujer y de la niña son parte inalienable, integrante e indivisible de los Derechos Humanos universales. La plena participación, en condiciones de igualdad de la mujer en la vida política, civil, económica, social y cultural en los planos nacional, regional e internacional y la erradicación de todas las formas de discriminación basadas en el sexo son objetivos prioritarios de la comunidad internacional. A efectos de esta Declaración se considera violencia todas las formas de acoso y explotación sexuales, en particular las derivadas de los prejuicios culturales y de la trata internacional de personas. Y se señala que los derechos humanos de la mujer son parte integrante de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas; (art. 19), obliga a los Estados a velar por los Derechos Humanos de las personas pertenecientes a diferentes minorías, en concreto el derecho a la cultura, a la religión, el uso del idioma en público y privado, con total libertad y sin injerencia o discriminación; (art. 20) establece la obligación de los Estados de garantizar los derechos de las poblaciones indígenas, y su total y libre participación en la sociedad y en particular en las cuestiones que les conciernan, como actividades de estabilidad política y social; (art. 30) condena el racismo y todas las formas de tortura, la ocupación y la dominación extranjera, la xenofobia, la pobreza, el hambre y otras denegaciones de los derechos económicos, sociales y culturales, la intolerancia religiosa, el terrorismo, la discriminación contra la mujer y el atropello de las normas jurídicas.

En el plano de la coordinación en la esfera de los Derechos Humanos dentro del sistema de las Naciones Unidas, en su apartado B, relativo a la “Igualdad, Dignidad y Tolerancia, señala la necesidad de seguir avanzando en el reconocimiento de los derechos de las Poblaciones Indígenas y minorías para establecer más medios dentro de Naciones Unidas para implementar programas específicos. En el apartado relativo a “La igualdad de condición de los Derechos Humanos de la mujer” señala que la igualdad de condición de la mujer y sus Derechos Humanos deben integrarse de forma periódica y sistemática en todos los órganos de la ONU y la especial importancia de la labor destinada a eliminar la violencia contra la mujer en la vida pública y privada, a eliminar todas las formas de acoso sexual, la explotación y la trata de mujeres, a eliminar los prejuicios sexistas en la administración de la justicia y a erradicar cualesquiera

conflictos que puedan surgir entre los derechos de la mujer y las consecuencias perjudiciales de ciertas prácticas tradicionales o costumbres, de prejuicios culturales y del extremismo religioso.

La Conferencia Mundial, pide a la Asamblea General que apruebe el proyecto de Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, e insta a los Estados a que combatan la violencia contra la mujer de conformidad con las disposiciones de la Declaración. Señalando expresamente que las violaciones de los Derechos Humanos de las mujeres en situaciones de conflicto armado constituyen violaciones de los principios fundamentales de los Derechos Humanos y el Derecho Humanitario Internacional. Y por tanto, todos los delitos de ese tipo, en particular los asesinatos, las violaciones sistemáticas, la esclavitud sexual y los embarazos forzados, requieren una respuesta especialmente eficaz.

La Declaración y Programa de Acción Viena, viene a recoger demandas históricas de parte del movimiento feminista e indígena, que después de un trabajo teórico y activista a lo largo de décadas consigue en este momento romper con la barrera de las esferas de lo público y de lo privado, y el reconocimiento de algo básico y fundamental: los Derechos Humanos son también derechos de las mujeres, y los derechos de las mujeres son Derechos Humanos. Y el reconocimiento y derecho de los Pueblos Indígenas a la autodeterminación, y sus derechos culturales y políticos. Por lo tanto, esto implica un deber de los Estados y de la comunidad internacional de garantizarlos. Esta obligación para los Estados es especialmente importante, dado que muchos de ellos se amparaban en el relativismo cultural para no sancionar conductas basadas en motivaciones machistas³³² o se niegan al reconocimiento pluricultural de sus sociedades.

³³² Vid. MIQUEL ACOSTA, Carmen. «Claves...*op.cit.* El alcance de los Derechos Humanos es hoy un tema aún discutido. Por su parte LOLA G. LUNA, considera que la consagración en esta Conferencia de los “derechos reproductivos y sexuales”, como parte de los Derechos Humanos reconocidos por Naciones Unidas, es un logro, conseguido gracias a las propuestas y las acciones feministas, cfr. G. Luna, Lola. «Entre discursos y significados. Apuntes sobre el discurso feminista en América Latina.» *La manzana de la discordia* (Centro de Estudios de Género, Mujer y Sociedad. Universidad del Valle), nº 4, diciembre 2002, p. 96. Posición contraria sostiene MARÍA GALINDO quien critica que la terminología de “derechos reproductivos y sexuales” es una substitución eufemística de los conceptos clave del lenguaje feminista, evitándose así hablar del derecho al aborto, y rebajándose el tono de las reivindicaciones feministas. A mayores, el discurso de los derechos sexuales y reproductivos fusiona reproducción y sexualidad como dos partes de una misma cosa, eliminando toda discusión sobre aquello que tenga que ver con el placer sexual. GALINDO, María. «Feminismo urgente... *op. cit.*, p.45.

La Declaración y Programa de Acción Viena, es el texto pilar sobre el que se sustentará la posterior construcción jurídica, contra la violencia machista, que emana de las Naciones Unidas, y también es un texto base para los Estados, ya que este organismo internacional funciona como referente y está dotado de autoridad política. Sin embargo, no definen qué es lo que se debe entender por «violencia contra la mujer», a pesar de ello recoge esta fórmula hasta en cuatro ocasiones (párrafos 38 y 40). La definición de violencia se fijará en la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, que abordamos a continuación.

1.3. Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer.

El siguiente paso que se da en el interior de las Naciones Unidas es la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, Resolución de la Asamblea General 48/104 del 20 de diciembre de 1993³³³ (en adelante DEVM). Esta declaración fue un compromiso fijado en el apartado 38 de la Declaración y Programa de Acción Viena, fruto de la coordinación de las acciones del movimiento feminista jurídico y diferentes gobiernos, lográndose el reconocimiento de la violencia contra la mujer como una violación de los Derechos Humanos. Este texto, aporta en su artículo primero la definición legal de lo que se entenderá a nivel internacional en las Naciones Unidas por «violencia contra la mujer», como todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada³³⁴. Y recoge en el artículo segundo, las acciones que se considerarán violencia contra la mujer³³⁵ y en el artículo cuarto la obligación de los Estados de

³³³ Puede consultarse el texto completo en <http://www1.umn.edu/humanrts/instreet/spanish/Se4devw.htm>

³³⁴ En el artículo primero se determina, que sólo será considerada violencia contra la mujer, aquella que se ejerce contra las personas de sexo femenino; interesa destacar esta formulación, dado que la misma se configura en base a los sujetos que podrán ser víctimas o victimarios de dicha violencia, y deja fuera la violencia basada en el género.

³³⁵ Artículo 2 DEVM. “*Se entenderá que la violencia contra la mujer abarca los siguientes actos, aunque sin limitarse a ellos: (a) La violencia física, sexual y psicológica que se produzca en la familia, incluidos los malos tratos, el abuso sexual de las niñas en el hogar, la violencia relacionada con la dote, la violación por el marido, la mutilación genital femenina y otras prácticas tradicionales nocivas para la mujer, los actos de violencia perpetrados por otros miembros de la familia y la violencia relacionada con la explotación; (b) La violencia física, sexual y psicológica perpetrada dentro de la comunidad en general, inclusive la violación, el abuso sexual, el acoso y la intimidación sexuales en el trabajo, en instituciones*

condenar la violencia contra la mujer sin reservas en la costumbre e instaurar todos los medios apropiados y sin demora para eliminar dicha violencia³³⁶. Esta es la primera vez que se trata la *violencia contra la mujer* de forma global y vinculante para los Estados. Se produce un giro conceptual, y los Derechos Humanos comienzan a concebirse, no solo como límites frente al poder político, sino también frente a los particulares.

1.4. IV Conferencia Mundial de la Mujer

El principal espacio dentro de las Naciones Unidas donde se establecen los acuerdos y se realiza el desarrollo de los derechos de las mujeres son las Conferencias Mundiales de las Mujeres. Desde que estas Conferencias Mundiales iniciaron su andadura en 1975 se han celebrado un total de cinco las cuales han tenido aparejadas a su agenda diversos eventos con diferente nivel de importancia.

La primera Conferencia Mundial de la Mujer se celebró en México 1975, la segunda conferencia se celebró en Copenhague en 1980, la tercera en Nairobi (1985), y la cuarta en Beijín (1995). Es precisamente esta última, la más importante de todas las que se ha celebrado por dos motivos. El primero por la cantidad e importancia de los temas que abordó: mujer y pobreza; educación y capacitación de la mujer; mujer y la salud; la violencia contra la mujer; la mujer y los conflictos armados; la mujer y la economía; la mujer en el ejercicio del poder y la adopción de decisiones; mecanismos institucionales para el adelanto de la mujer; los derechos humanos de la mujer; la mujer y los medios de difusión; la mujer y el medio ambiente; la niña³³⁷. Y, en segundo lugar, porque ha conseguido establecer una serie de exámenes quinquenales.

El impacto que la celebración de la IV Conferencia Mundial de la Mujer tuvo en el Chile casi recién salido de dictadura fue notable. El movimiento feminista aprovechó para situar las temáticas de género en la agenda política. Sin embargo, el legislador se mostró reticente a todos los planteamientos relativos al género y los derechos de las

educacionales y en otros lugares, la trata de mujeres y la prostitución forzada; (c) La violencia física, sexual y psicológica perpetrada o tolerada por el Estado, dondequiera que ocurra”.

³³⁶ Artículo 4 DEVM. “*Los Estados deben condenar la violencia contra la mujer y no invocar ninguna costumbre, tradición o consideración religiosa para eludir su obligación de procurar eliminarla. Los Estados deben aplicar por todos los medios apropiados y sin demora una política encaminada a eliminar la violencia contra la mujer (...)*”.

³³⁷ Véase ampliamente en línea, <http://www.unwomen.org/es/how-we-work/intergovernmental-support/world-conferences-on-women> (consultado el 3 de julio de 2018)

mujeres que empezaban a manejarse en la esfera internacional y estatal. Interesa detenerse brevemente en la posición oficial chilena, porque serán las ideas que paralelamente formen parte de los debates en la discusión de la primera ley de violencia intrafamiliar. Así en el “Documento de Acuerdo del Senado con relación a la posición de Chile en la IV conferencia Internacional de la Mujer”, se hace explícita la ideología conservadora imperante en la Cámara, la principal preocupación del Senado de Chile fue la familia y no las mujeres, mostrando especial preocupación el texto en los temas relativos a: tipos de familia, equidad de género, igualdad de oportunidades, derechos reproductivos y derechos de los padres a la educación de sus hijos. Señalando el texto que en relación con estos temas debe primar el mandato constitucional de preservar los valores esenciales de la tradición chilena³³⁸.

En concreto, se señala en el texto de Acuerdo del Senado que debe recoger el concepto de familia es la unión monógama y estable de un hombre y una mujer en matrimonio, como célula básica de la sociedad. Se rechaza el uso de la palabra género porque no tiene un origen natural, sosteniendo que el uso de la palabra género supone la entrada de ideas ambiguas que son un riesgo para la familia y la sociedad. Con relación a la igualdad de oportunidades a la que Chile se muestra favorable, siempre y cuando se reconozca el rol diferenciado que ejerce el padre y la madre en forma complementaria dentro de la familia. En relación con los derechos reproductivos el documento recoge una postura contraria al uso de este concepto por la intención que se esconde de incluir un derecho al aborto como expresión de libertad reproductiva, por lo que consideran que se debe exigir una posición de Naciones Unidas clara y decidida de defensa del derecho a la vida de todo ser humano desde el momento de su concepción. Y sostiene que se deberá vetar cualquier frase o acción que pueda entenderse directa o indirectamente como una legitimación del aborto. En relación con el derecho de los padres en la educación de los hijos, el Senado sostiene que el verbo rector de este derecho debe ser «propugnar» que tiene un sentido más fuerte que remite a defender, amparar, aquello que el texto expresa³³⁹. Y por último el Senado “pide que se respete la libertad y dignidad de la mujer como persona y como agente activo en la construcción de la

³³⁸ Cfr. OLEA, Raquel, Olga GRAO, y Francisca PÉREZ. *El género en apuros*. Santiago de Chile: LOM Ediciones, 2008, p. 60-61.

³³⁹ *Ibid.*, p. 60-62

sociedad dejando a la voluntad de las mujeres la elección de ser esposa y madre de familia»³⁴⁰.

2. Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer

La Comisión Interamericana de Mujeres se funda en el año 1928 y fue el primer órgano intergubernamental creado para asegurar el reconocimiento de los Derechos Humanos de las mujeres. Forma parte de la Organización de Estados Americanos. En 1990, iniciará un proceso de consulta con el objetivo de generar insumos que permitirán abordar en un instrumento internacional regional la violencia contra la mujer. Fruto de este trabajo la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos adoptó dos compromisos en esta materia, la Resolución llamada Protección de la Mujer contra la Violencia en 1991 y la Declaración de Erradicación de la Violencia contra la Mujer en 1994.

Hasta el año 1992 no se hacen públicas las conclusiones de las reuniones preparatorias, que se plasman en el anteproyecto de la Comisión Interamericana para la lucha contra la violencia hacia la mujer³⁴¹. El resultado final de este trabajo fue la aprobación el 7 de junio de 1994 por parte de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer, conocida como Convención Belém do Pará (en adelante también nos podremos referir a ella como CBP o la Convención)³⁴². Este texto será abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, en su vigésimo cuarto periodo ordinario de sesiones, del 9 de junio de 1994, en Belem do Pará, Brasil. En Chile, es ratificada el 24 de octubre de

³⁴⁰ Cfr. *ibid.* p. 64.

³⁴¹ PRIETO BRAVO, Marcela Andrea. *Violencia Intrafamiliar en contra de la mujer en Chile. Normativa, Instituciones y procedimiento en Sede Familia y Penal*. Santiago de Chile: Editorial Metropolitana, 2015, p. 60.

³⁴² El texto de la Convención Belém do Pará puede consultarse en línea en, <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>

1996, promulgada mediante el Decreto N° 1640 de 1998 y publicada en el Diario Oficial con fecha de 11 de noviembre de 1998³⁴³.

La Convención es el principal instrumento regional en América Latina que garantiza el derecho a una vida libre de violencia a las mujeres. Este derecho para las personas y compromiso para los Estados se establece en un texto relativamente acotado, dado que solo cuenta con 25 artículos, repartidos en cinco capítulos: Definición y ámbito de aplicación; Derechos protegidos; Derechos de los Estados; Mecanismos Interamericanos de Protección, y Disposiciones generales. A continuación, haremos solo referencia a los artículos más relevantes para nuestro objeto de estudio, los derechos de las mujeres mapuche garantizados por la Convención, y también los artículos que hacen referencia a las obligaciones para los estados parte, en especial el Estado de Chile.

La Convención se construye a través de la afirmación de que la violencia contra la mujer constituye una violación de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales y limita total o particularmente a la mujer el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades. En este sentido, es aplicable a las mujeres mapuche.

En relación con la definición y ámbito de aplicación, lo relevante de la Convención es que define lo que ha de entenderse por violencia contra la mujer, en su *Capítulo I - Definición y ámbito de aplicación*, que se concretiza en el artículo 1, donde indica que “*debe entenderse por violencia contra la mujer 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*”. Añade además la Convención en su artículo 2, que “*la violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica*”, ya sea que esta tenga lugar en la familia, en la comunidad o sea perpetrada y tolerada por el Estado. En su artículo 3 se recoge que “*toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado*”. Y especial atención merece el artículo 4, donde se establece 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: a) el

³⁴³ NASH ROJAS, Claudio y Catalina LAGOS TSCHORNE et al. *Erradicación de la violencia...op. cit.*, p. 8.

derecho a que se respete su vida, b) su integridad física, psicológica y moral, c) el derecho a no ser sometida a torturas; e) el derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia; f) el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley; g) el derecho a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos”; entre otros.

Este artículo obliga a tener en cuenta todos los Derechos Humanos de las mujeres mapuche y realizar una protección de su vida, de acuerdo con estándares internacionales de Derechos Indígenas. El artículo 5 hace referencia al ejercicio *libre y pleno de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales (...)*. Y por último nos interesa señalar el artículo 6, en el cual se especifica que el contenido del derecho a una vida libre de violencia se concreta en: a) el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación, y b) el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones y estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación.

Centrándonos ahora en el articulado que hace referencia a los deberes de los Estados, queremos señalar, que el artículo 7 recoge las obligaciones de:

“Adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: a) abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación; b) actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer; c) incluir en su legislación interna normas penal, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso”.

Los apartados d, e, f, g y h, hacen referencia a las obligaciones de los Estados para implementar o reformar la legislación en materia del acceso al proceso penal y, cuando este se inicia, que exista posibilidad de medidas que aseguren la vida y propiedad de la víctima: (d) la adopción de medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad; (e) modificaciones legislativas para terminar con leyes o practicas judiciales que toleren la violencia contra

la mujer; (f) el establecimiento de procesos legales, justos y eficaces que incluyan medidas de protección, y el acceso a un juicio oportuno; (g) acceso efectivo a resarcimiento y reparación de daños; (h) y a adoptar legislación de cualquier índole que sea necesaria para el cumplimiento de la Convención. El artículo 8 hace referencia a la obligación de los Estados de adoptar medidas específicas o inclusive programas para: a) fomentar el conocimiento y observancia del derecho a una vida libre de violencia; b) modificar los patrones socioculturales de conducta; c) fomentar la educación y capacitación del funcionariado público; d) suministrar servicios especializados y apropiados para la atención especializada de la mujer objeto de violencia; e) fomentar y apoyar programas educativos destinados a concientizar de los problemas de la violencia; f) ofrecer a la mujer víctima de violencia programas eficientes de rehabilitación; g) alentar a los medios de comunicación de elaborar directrices adecuadas; i) promover la cooperación internacional para el intercambio de ideas y experiencias.

Debemos tener en cuenta, además el artículo 9 de la Convención que hace énfasis en la necesidad de tomar *“especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada”*.

III. SISTEMA INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

El desarrollo como una rama específica de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas, se debe a la necesidad de superar las concepciones coloniales y racistas que consideraron a estas personas y sus territorios como espacios por explotar, y por lo tanto no susceptibles de ostentar garantías sobre su integridad física y la de sus tierras. El pasado colonial es lo que explica que todavía hoy los Pueblos Originarios, son los grupos más despojados y los peor tratados en la mayoría de los países, las personas indígenas son las que tienen un promedio de ingresos más bajo, su calidad de vida es peor y su esperanza de vida es inferior en relación al resto de la población, son víctimas desproporcionadas de arresto y prisión, aun cuando son una mayoría étnica como sucede en: Bolivia, Perú, Guatemala, Ecuador, o el Norte de Canadá. Esta situación de discriminación se produce también en los llamados países ricos y antiguas metrópolis

(Australia, Estados Unidos, Canadá) donde viven como personas de segunda clase, o en los países del Sur, como pueden ser Chile, Argentina, Colombia o Brasil entre otros³⁴⁴.

Advertimos también la diferencia que debe hacerse entre «Pueblos Indígenas o Pueblos Originarios» y «minorías étnicas», para comprender porque en los textos internacionales se usan estas categorías. Si bien los conceptos hacen alusión a grupos étnicos, que se diferencian por su lenguaje, origen nacional, religión raza u organización social. La categoría de «Pueblos Indígenas o Pueblos Originarios» señala que estas personas pueden ser mayorías étnicas en los países en los que viven, pero por ser comunidades racializadas o con alguna otra característica específica, también sufrirán exclusión social o dominación en los países en que viven³⁴⁵. Y el concepto de «minorías étnicas» hace referencia a que se trata de una comunidad cultural numéricamente inferior que además es víctimas de discriminación, exclusión social o dominación en los países en que viven (minorías sociológicas).

1. Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes

El Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, de 7 de junio 1989³⁴⁶, (en adelante el Convenio, o Convenio 169), es uno de los textos internacionales más importantes en materia de derechos de Pueblos Indígenas. El convenio obliga a realizar una interpretación culturalmente motivada y sensible con los derechos de los Pueblos Indígenas donde consideramos deben incluirse las necesidades y derechos de las mujeres indígenas, lo que involucra directamente la Administración de Justicia. Por ello, se ha convertido en los últimos años en uno de los textos más influyentes para inspirar reformas constitucionales y legales en materia indígena. El Convenio ha sido

³⁴⁴ Cfr. DE SOUSA SANTOS, Boaventura. *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Traducido por Cesar RODRÍGUEZ. Bogotá: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Universidad Nacional de Colombia, 1998, p. 155

³⁴⁵ *Ibid.*, p. 154-155.

³⁴⁶ El texto completo del Convenio 169 de la OIT puede consultarse en línea en, http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0:NO::P12100_ILO_CODE:C169 Para un análisis exhaustivo del Convenio 169 de la OIT en Chile véase. Aylwin OYARZÚ, José, Matías MEZA-LOPEHANDÍA, y Nancy YÁÑEZ FUENZALIDA. *Los pueblos indígenas y el derecho*. Santiago de Chile: Lom Ediciones / Observatorio Ciudadano, 2013

aplicado tanto por los tribunales de diferentes países, donde destaca la jurisprudencia de la Corte Suprema de Colombia y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y directamente por³⁴⁷.

Es llamativo que uno de los textos más relevantes en materia de derechos de las personas indígenas provenga de la Organización Internacional del Trabajo, que es una agencia especializada de la ONU y no del Grupo de Trabajo de la ONU sobre Poblaciones Indígenas. La explicación debe hacerse contextualizando que, en la segunda mitad del siglo XX, se producen los movimientos de descolonización, los cuales encontraron amparo en el derecho a la libre determinación por parte de Naciones Unidas³⁴⁸. Este proceso decolonizador será acotado con la Resolución 1541 (XV), de Principios que deben servir de guía a los Estados Miembros para determinar si existe o no la obligación de transmitir la información que se pide en el inciso E del artículo 73 de la Carta, del 15 de diciembre de 1960³⁴⁹, aprobada por la Asamblea General de la ONU, donde se acoge la doctrina de «agua azul» o de «agua salada» que como indica MEREMINSKAYA, solo permite la descolonización de los territorios que están separados geográficamente del país que lo administra y es distinto de éste en sus aspectos étnicos o culturales³⁵⁰. Esta doctrina limitará las aspiraciones de los Pueblos Originarios habitantes de países independientes, salvaguardando la integridad territorial de los mismos. Esta limitación favoreció la estabilidad de los jóvenes Estados de Centro América y América del Sur que siguiendo el modelo de Estados-Nación europeos se habían constituido e ingresado en la Organización de Naciones Unidas. Como consecuencia de esta situación, el Grupo de Trabajo de la ONU sobre las Poblaciones Indígenas avanzaba muy lentamente.

Por su parte, la OIT deseaba mantener su liderazgo en el tema indígena, dado que desde el siglo XIX había impulsado “la conservación de las poblaciones indígenas, la mantención de su moral y sus condiciones materiales”³⁵¹ línea de trabajo que se fue desarrollando durante el siglo XX, por ello finalmente consiguió el beneplácito de la

³⁴⁷ NASH ROJAS, Claudio y Catalina LAGOS TSCHORNEET al. *Erradicación de la violencia... op. cit.*, p.21.

³⁴⁸ MEREMINSKAYA, Elina. «El Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales. Derecho Internacional y experiencias comparadas.» *Estudios Públicos*, nº 121, verano 2011, p. 16.

³⁴⁹ El contenido de la Resolución 1441 (XV) puede consultarse en línea en, [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/1541\(XV\)&Lang=S&Area=RESOLUTION](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/1541(XV)&Lang=S&Area=RESOLUTION)

³⁵⁰ MEREMINSKAYA, Elina. «El Convenio 169... op. cit.», p. 16.

³⁵¹ Artículo. VIº del Acta General de la Conferencia de Berlín sobre África Occidental del año 1885, en MEREMINSKAYA, Elina. «El Convenio 169... op. cit.», p. 218.

ONU para seguir con la regulación en materia de Pueblos Indígenas³⁵². Destacan del trabajo realizado dos textos, el Convenio 107 Sobre Poblaciones Indígenas y Tribales (en adelante Convenio 107) aprobada el 26 de junio de 1957³⁵³ y el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de 1989.

Previamente a la elaboración del Convenio 107 y durante su vigencia, la actuación de la OIT estuvo muy centrada en América Latina, con particular énfasis en los países andinos³⁵⁴. Sin embargo, este texto fue elaborado sin la participación de los Pueblos Indígenas, quienes además lo rechazaron en el Segundo Congreso Mundial de Pueblos Indígenas realizado en el año 1977³⁵⁵. Indica de forma crítica MEREMINSKAYA que el Convenio 107 responde a los postulados antropológicos vigentes en la época, de forma que se construye sobre la idea de la integración y concibe a las personas indígenas como seres humanos necesitados de asistencialismo y entrenamiento profesional que les permita integrarse en las fuerzas laborales de los países. Por lo tanto, se asume que en el momento que triunfen las ideas de los criollos locales de construir nuevas naciones mestizas, con una identidad diversa del colonizador, pero donde se asimilan o desaparecen las identidades indígenas tras un proceso de homogeneización cultural forzada, habrá concluido el proceso de integración en las sociedades nacionales y no será necesario una protección a las personas indígenas³⁵⁶.

Las nuevas tendencias en discursos generan que se revise el Convenio 107, especialmente para abandonar la lógica de la integración. Las negociaciones para un nuevo texto se extendieron durante 25 años, hasta que finalmente el Convenio 169 es aprobado en 1989, por 328 votos a favor, un voto en contra y 49 abstenciones.

La principal diferencia con su predecesor es el enfoque desde el que se construye; señala RODRIGO LILLO VERA que los Pueblos Indígenas ya no son vistos como culturas ancestrales consideradas menos valiosas que otras culturas y cuyo destino es perecer para permitir el desarrollo, sino que se consideran pueblos que tienen soberanía en la

³⁵² *Ibid.*, p. 222

³⁵³ El texto del Convenio 107 de la OIT puede consultarse en línea en, http://www.oas.org/dil/esp/afrodescendientes_instrumentos_internacionales_convenio_107.pdf

³⁵⁴ MEREMINSKAYA, Elina. «El Convenio 169...*op. cit.*, p. 220

³⁵⁵ *Idem.*

³⁵⁶ En este sentido MEREMINSKAYA, Elina. «El Convenio 169... *op. cit.*, p. 221 y LILLO VERA, Rodrigo. «El Convenio 169 de la OIT y la defensa penal de indígenas.» *Minuta Regional, Defensorías Regionales, Defensoría Penal Pública*, 2010, pp. 5-6.

concepción de su ethos, su cultura y su proyecto colectivo³⁵⁷. El enfoque sobre las personas indígenas individualmente consideradas también evoluciona, desde una consideración del individuo diferente como el extraviado, alguien a quien hay que corregir, castigar, o curar, a reconocerse colectiva e individualmente el derecho a la diferencia, que consiste en el reconocimiento del conjunto de rasgos físicos, o de costumbres culturales, generadores de una sensibilidad, de gustos y de aspiraciones propias³⁵⁸. Desde este nuevo paradigma el Convenio 169 formula derechos que deben ser reconocidos por los Estados parte, los cuales no estarán subordinados al derecho nacional, frenando de esta forma las inercias de interpretación o implementación asimilacionistas o integracionistas³⁵⁹. En la elaboración del Convenio los Pueblos Indígenas contaron con una participación relativa, dado que la estructura tripartita de funcionamiento de la Organización Internacional del Trabajo, gobiernos, empleadores y sindicatos no los reconocía como parte directa en las negociaciones. Fueron representantes sindicales quienes trasladaron las recomendaciones de los Pueblos Indígenas³⁶⁰. La falta de participación con voz de los Pueblos Originarios ha provocado su rechazo al recibirse nuevamente como un texto impuesto³⁶¹.

Los principales derechos y obligaciones que establece el Convenio 169 de la OIT vinculantes en materia de reconocimiento de la Justicia Indígena y, por tanto, que pueden ser alegados también en causas de violencia machista se recogen en los artículos 8, 9 y 10.

El artículo 8³⁶² establece una doble obligación para los Estados. La primera de ellas es que deben tomar en consideración las costumbres o el derecho consuetudinario al

³⁵⁷ Cfr. LILLO VERA, Rodrigo. «El Convenio 169 de la OIT...*op. cit.*, p. 7.

³⁵⁸ Cfr. Breton, Roland en LILLO VERA, Rodrigo. «El Convenio 169 de la OIT...*op. cit.*, p. 7.

³⁵⁹ MEREMINSKAYA, Elina. «El Convenio 169... *op. cit.*, p. 221; LILLO VERA, Rodrigo. «El Convenio 169 de la OIT...*op. cit.*, p. 7.

³⁶⁰ La estructura tripartita de la OIT responde a un momento histórico concreto, donde se pretendía establecer un camino alternativo al socialismo soviético mejorando los estándares laborales e incorporando a los sindicatos en el proceso de definición del mercado de trabajo, pero en la que no se tuvieron en cuenta a los pueblos indígenas, para mayor información, cfr. MEREMINSKAYA, Elina. «El Convenio 169...*op. cit.*, p. 217

³⁶¹ MEREMINSKAYA, Elina. «El Convenio 169...*op. cit.*, p. 223

³⁶² Artículo 8 Convenio 169 de la OIT: *(1) Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario. (2) Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio. (3) La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos*

aplicar la legislación nacional. Y la segunda obligación, es que debe respetar las instituciones y costumbres de los pueblos siempre que estas sean compatibles con los Derechos Fundamentales y con los Derechos Humanos. Sostiene LILLO VERA, que en el artículo 8 establece un criterio acumulativo de excepción, esto es, para que las costumbres sean consideradas contrarias al Convenio, deben ser incompatibles a) con la legislación nacional, y b) con las disposiciones internacionales de Derechos Humanos³⁶³.

El artículo 9³⁶⁴ establece el deber del sistema jurídico estatal de respetar los métodos de represión de los delitos que emplean los Pueblos Originarios en sus comunidades, en la medida que estos sean compatibles con el ordenamiento jurídico y los Derechos Humanos. Así mismo, en el caso de entrar en discusión judicial dichas costumbres, deberá tenerse en cuenta también las costumbres de los pueblos en dichas materias.

Y el artículo 10³⁶⁵, señala que para la imposición de las penas a personas indígenas debe tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales, y recomienda dar preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.

Este reconocimiento de derechos de los Pueblos Indígenas a conservar sus costumbres e instituciones para reprimir los delitos cometidos por personas pertenecientes a sus comunidades, supone un cuestionamiento a los ordenamientos jurídicos estatales contruidos desde la lógica monocultural, y abre debates respecto de los límites a estas nuevas jurisdicciones que pueden establecerse desde el sistema jurídico estatal y los Derechos Humanos internacionalmente reconocidos³⁶⁶.

ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes.

³⁶³ Cfr. LILLO VERA, Rodrigo. «El Convenio 169 de la OIT... *op. cit.*, p. 7.

³⁶⁴ Artículo 9 Convenio 169 de la OIT: *(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.*

³⁶⁵ Artículo 10 del Convenio 169 de la OIT: *(1) 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. (2) Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.*

³⁶⁶ Cfr. LILLO VERA, Rodrigo. «El Convenio 169 de la OIT...*op. cit.*, p. 7.

El Convenio 169 es el texto clave en el ámbito regional en materia de derechos de Pueblos Indígenas. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en su diversa jurisprudencia ha establecido que el Convenio 169 forma parte del *corpus iuris* internacional en materia de derechos de los Pueblos Indígenas³⁶⁷, sirve para suplir los déficits de regulación nacional e internacional en esta materia³⁶⁸ y para complementar la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos³⁶⁹.

Este reconocimiento de derechos no es sencillo de incorporar en la práctica jurídica, destapando un dilema jurídico penal que produce un conflicto entre la aplicación de los derechos colectivos de los pueblos indígenas versus los derechos fundamentales que tienen en tanto personas. Para hacerse cargo de esta situación se plantearon diversas soluciones. La respuesta «universalista», apunta a que no deben aplicarse los Derechos Indígenas por ser contrarios a los derechos consagrados por el Estado, y sostienen que la aplicación de los Derechos Humanos debe ser uniforme sin excepciones construidas sobre la base de la diferencia cultural. Esta argumentación es criticada por responder a una visión asimilacionista de la concepción del derecho estatal que se concibe superior al indígena; sostiene la doctrina que esta posición no es admisible bajo la Convención³⁷⁰.

Una respuesta desde el «relativismo», sostiene que solo es posible entender una conducta o valorar un hecho desde la comprensión de la cosmovisión en que este hecho se produce, aplicando una visión desde dentro; de lo contrario, se estaría reproduciendo el etnocentrismo en la manera de comprender el derecho vigente de otras culturas, buscando en esas formas de justicia instituciones que cumplan las características del

³⁶⁷ Así lo reconoce la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el «Caso Comunidad Indígena *Yakye Axa*» vs *Paraguay*, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 17 de junio de 2005, párr. 163, la sentencia puede consultarse en línea en, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf. Y ha sido señalado en este sentido también por la doctrina, cfr. NASH ROJAS, Claudio y Catalina LAGOS TSCHORNEET al. *Erradicación de la violencia...op. cit.*, p. 24.

³⁶⁸ En este sentido se ha manifestado la CIDH, en los siguientes casos: «Caso Comunidad Indígena *Yakye Axa*» vs *Paraguay* párr. 127, *Caso «Comunidad Indígena Sawhoyamaya» vs Paraguay* (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 29 de marzo de 2006, párrafo 117, en línea http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf; *Caso «Pueblo Saramaka vs Surinam»*, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 28 de noviembre de 2007, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf, párr. 92. En este sentido ver también, NASH ROJAS, Claudio y Catalina LAGOS TSCHORNEET al. *Erradicación de la violencia...op. cit.*, p.24.

³⁶⁹ Corte IDH. «Caso Comunidad Indígena *Yakye Axa*» vs *Paraguay*, párr. 151

³⁷⁰ En este sentido ver: CARNEVALI RODRIGUEZ, Raúl. «El multiculturalismo: un desafío para el Derecho penal moderno.» *Política Criminal* (<http://www.politicacriminal.cl>), n° 3, 2007, pp. 1-28, y LILLO VERA, Rodrigo. «El Convenio 169 de la OIT...op. cit.

derecho occidental. Desde esta defensa de los conceptos y categorías nativas de las sociedades indígenas, pueden llegar a sostenerse situaciones contrarias a los Derechos Humanos; ROSARIO PALMA AYALA y RENATA SANDRINI CARREÑO formulan la siguiente crítica, que compartimos, a estas posiciones que se han usado para justificar la violencia contra las mujeres como formas de prácticas culturales o religiosas, olvidando que el modelo patriarcal es un legado que ha permeado y que puede estar presente en todas las culturas, por lo que no se puede encubrir la violencia contra las mujeres bajo el manto del respeto a la diversidad cultural y religiosa³⁷¹. Consideramos que ninguna costumbre puede suponer ninguna forma de violencia contra las mujeres, porque se estarían violando los Derechos Humanos reconocidos por Naciones Unidas y la Convención Belém do Pará. Ahora bien, es necesario tener presente que no puede realizarse una interpretación universal de los Derechos Humanos, y ello porque estos no fueron fruto de un consenso entre culturas, sino que fueron impuestos por la cultura dominante a través de su normativa internacional y estatal en una especie de imperialismo cultural³⁷². Para corregir esta situación y salvaguardar especialmente la integridad física, se sostiene desde el relativismo que las costumbres deben cumplir con los Derechos Humanos. Compartimos las críticas que se realizan a esta solución y la consideramos errada, al suponer que las diferentes sociedades no se relacionan entre sí, y funcionan como compartimiento estanco.

Una tercera corriente son las tesis «comunitaristas», que sostienen que el Estado debe consagrar los derechos culturales colectivos³⁷³.

La Corte Constitucional de Colombia, adoptando una postura de «relativismo cultural moderado» mediante su repetida jurisprudencia³⁷⁴, ha sentado la siguiente interpretación del Convenio 169 en relación con los Derechos Humanos —construidos a imagen y semejanza de las culturas occidentales—: el núcleo de los derechos intangibles incluye solo el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la

³⁷¹ Cfr. PALMA AYALA, Rosario y Renata SANDRINI CARREÑO. «Mujer mapuche y retos de la justicia intercultural: aplicación del derecho propio indígena en delitos de violencia intrafamiliar.» *Anuario de Derechos Humanos*, nº 10, 2014, pp. 155 y 156.

³⁷² Cfr. VILLEGAS DÍAZ, Myrna; MELLA-SEGUEL, Eduardo. *Cuando la costumbre se vuelve ley*. LOM Ediciones. 2017, pp. 141-142.

³⁷³ Cfr. CARNEVALI RODRIGUEZ, Raúl. «El multiculturalismo...*op. cit.*, p. 22.

³⁷⁴ Sentencia T-349/96, de 1996 M. P. Carlos Gaviria Díaz. La sentencia versa sobre la maximización de la autonomía de comunidad indígena. El texto de la sentencia puede consultarse en línea en, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-349-96.htm>

prohibición de la tortura³⁷⁵. Considera la Corte que el derecho colectivo de jurisdicción indígena no puede ser limitado por una obligación estricta e interpretación occidental de todas las normas del Estado o Internacionales, y ello porque de lo contrario, se estaría limitando el reconocimiento a la diversidad cultural, tanto que este carecería de significado³⁷⁶. En este sentido, sostiene la Corte Constitucional, que no todas las penas corporales pueden ser consideradas tortura; para que adquieran tal entidad estas deben producir sufrimientos graves y crueles, que se analizarán en el caso concreto tomando en cuenta la duración de la condena, los efectos en la integridad física y moral, su sexo, edad, condiciones de salud y el contexto sociopolítico en el que se practica³⁷⁷.

2. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

La Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas es aprobada por la Asamblea General en la 107ª Sesión plenaria de 13 de septiembre de 2007³⁷⁸ (en adelante Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas) y ratificada por Chile mediante el Decreto 79, de 4 de octubre de 2016, que Promulga la revisión sustantiva del N°1 del Acuerdo con el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo sobre el Proyecto: “Apoyo a la Generación de espacios de diálogo entre Pueblos Indígenas y el Sector Público”³⁷⁹. Es un texto más avanzado que el Convenio 169 de la OIT fruto del trabajo que durante el último cuarto de siglo, la Asamblea General venía realizando en relación a la situación de especial vulnerabilidad que amenaza a los Pueblos Indígenas. Dentro de este trabajo con Pueblos Indígenas la Asamblea de Naciones Unidas proclamó el Primer Decenio Internacional de los Pueblos Indígenas del Mundo³⁸⁰ desde el 10 de diciembre de 1994, y el consiguiente Segundo

³⁷⁵ Cfr. PALMA AYALA, Rosario y Renata SANDRINI CARREÑO. «Mujer mapuche...*op.cit.*, p. 155.

³⁷⁶ Caso González Wasorna, donde un indígena *embera chami*, reclamaba ante la Corte que el proceso de juzgamiento al que había sido sometido en su comunidad, no había respetado el derecho constitucional a la integridad física y psíquica, y la garantía del debido proceso.

³⁷⁷ Sentencia T-523/97 de 1997, M. P. Carlos Gaviria Díaz, en línea <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/T-523-97.htm>. La Corte se pronuncia respecto de la sanción del fuste o látigo, impuesta por la Asamblea General Páez a Francisco Cuembel.

³⁷⁸ El texto íntegro de la Declaración puede consultarse en http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf

³⁷⁹ El texto del Decreto 79, puede consultarse en línea <http://bcn.cl/24u3p>

³⁸⁰ Resolución. 48/163 de 18 de febrero de 1994 de la Asamblea General de las Naciones Unidas. La meta del Decenio según señala la Resolución es “*el fortalecimiento de la cooperación internacional para la solución de los problemas con que se enfrentan los pueblos indígenas en esferas tales como los derechos*”

Decenio Internacional de los Pueblos Indígenas del Mundo³⁸¹ desde enero de 2005. El propósito que abanderó los dos Decenios de las Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas se lograba así en 2007, cuando, después de más de quinientos años mirando hacia otro lado, se proclaman con carácter general los Derechos de los Pueblos Originarios y las personas que los conforman, derechos que habían sido secularmente negados³⁸².

Los principales derechos que establece la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, en particular respecto de las mujeres indígenas son los siguientes: derecho a mantener y desarrollar sus sistemas o instituciones políticos; derechos económicos y sociales, a disfrutar de forma segura de sus propios medios de subsistencia y desarrollo, y a dedicarse libremente a todas sus actividades económicas tradicionales y de otro tipo (artículo 20); atención a los derechos y necesidades especiales de los ancianos, las mujeres, los jóvenes, la niñez y las personas con discapacidad indígenas en la aplicación de esta declaración, y adopción de medidas por parte de los Estados, conjuntamente con los Pueblos Indígenas, para asegurar que las mujeres y la niñez indígenas gocen de protección y garantías plenas contra todas las formas de violencia y discriminación (Artículo 22); establecimiento y aplicación por parte de los Estados, conjuntamente con los Pueblos Indígenas pertinentes, de un proceso equitativo, independiente, imparcial, abierto y transparente, en el que se reconozcan debidamente las leyes, tradiciones, costumbres y sistemas de tenencia de la tierra de los Pueblos Indígenas, para reconocer y adjudicar los derechos de los Pueblos Indígenas en relación con sus tierras, territorios y recursos, comprendidos aquellos que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado (Artículo 27); derecho de los Pueblos Indígenas a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales

humanos, el medio ambiente, el desarrollo, la educación y la salud". En línea <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/48/163&Lang=S>

³⁸¹ Resolución 59/174 de 20 de diciembre de 2004 de la Asamblea General de las Naciones Unidas. La meta del Segundo Decenio según la Resolución es "*continuar fortaleciendo la cooperación internacional para la solución de los problemas a que se enfrentan los pueblos indígenas en esferas tales como la cultura, la educación, la salud, los derechos humanos, el medio ambiente y el desarrollo social y económico, por medio de programas orientados a la acción y proyectos específicos, una mayor asistencia técnica y las actividades normativas pertinentes*". En línea en, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/486/73/PDF/N0448673.pdf?OpenElement>

³⁸² En este sentido véase, TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, Soledad. «La declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; antecedentes, consecuencias y perspectivas. » Estudios internacionales, Universidad de Chile, 2010, p. 9.

de Derechos Humanos (Artículo 34) y derecho de los pueblos indígenas a determinar las responsabilidades de los individuos para con sus comunidades (Artículo 35).

Por último, respecto al ejercicio de los derechos enunciados de los Pueblos Indígenas, el artículo 46 señala que:

“Estarán sujetos exclusivamente a las limitaciones determinadas por la ley y con arreglo a las obligaciones internacionales en materia de Derechos Humanos. Esas limitaciones no serán discriminatorias y serán solo las estrictamente necesarias para garantizar el reconocimiento y respeto debidos a los derechos y las libertades de los demás y para satisfacer las justas y más apremiantes necesidades de una sociedad democrática”.

Y en cuanto a su interpretación, esta Declaración dispone que se interpretara con arreglo a los principios de la justicia, la democracia, el respeto de los Derechos Humanos, la igualdad, la no discriminación, la buena gobernanza y la buena fe.

IV. REGLAS DE BRASILIA SOBRE ACCESO A LA JUSTICIA DE LOS GRUPOS EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD

Las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de los Grupos en Situación de Vulnerabilidad en América Latina³⁸³ son aprobadas entre los días 4 y 6 de marzo de 2008, en el marco de la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana. Las Reglas son el resultado de las discusiones de las siguientes redes iberoamericanas de operadores y servidores del sistema judicial: Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos, Asociación Interamericana de Defensorías Públicas y la Federación de *Ombudsman* y la Unión Iberoamericana de Colegios y agrupaciones de abogados y abogadas. La importancia de las Reglas de Brasilia radica no solo en los compromisos que en ella se recogen, sino de quien emanan, que son precisamente las principales organizaciones de agentes que trabajan en la Administración de Justicia.

³⁸³ Puede consultarse el texto de las Reglas de Brasilia en línea en, <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf?view=1> Sobre un análisis más completo de las Reglas de Brasilia véase RIBOTTA, Silvina. «Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Vulnerabilidad, pobreza y acceso a la justicia.» *Revista Electrónica Iberoamericana* (Centro de Estudios de Iberoamérica. Universidad Rey Juan Carlos) 6, n° 2, 2012, pp. 1-37.

En la exposición de motivos del texto, se establece que el objetivo fue desarrollar los principios recogidos en la Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano³⁸⁴ del año 2002, en la cual se desarrolló como derecho fundamental el acceso a la justicia independiente, imparcial, transparente, eficaz, eficiente y equitativa. En las Reglas de Brasilia se profundiza más en el desarrollo de este derecho fundamental y se pone el foco especialmente los derechos de las personas vulnerables³⁸⁵.

Antes de analizar el contenido de las Reglas de Brasilia, debemos señalar siguiendo a ÁLVARO BURGOS MATA que el «derecho de acceso a la justicia» debe ser entendido como “un derecho de rango constitucional y reconocido en los tratados internacionales, que tiene todo ser humano para llegar a obtener por los medios establecidos en un estado de Derecho aquello que le corresponde o pertenece, ya sea de manera activa en virtud de una conducta desplegada, o de modo pasivo a raíz de un daño que se le ha causado y de cual debe encontrar reparo”³⁸⁶.

Las Reglas de Brasilia se dividen en cuatro capítulos: Preliminar, Efectivo acceso a la justicia para la defensa de los derechos, Celebración de actos judiciales, y Eficacia de las reglas. A su vez estos capítulos se estructuran en secciones y apartados donde se ubican las 84 reglas que componen el texto. Interesa destacar de este texto, su visión de conjunto de la sociedad a partir de la cual establece el concepto de las personas en situación de vulnerabilidad, señalando que a este efecto se considera en «condición de vulnerabilidad» aquellas personas que por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentren especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. Y podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, la edad, la discapacidad la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad. Para determinar la condición de vulnerabilidad las

³⁸⁴ Puede consultarse el texto completo de la Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano, en línea en, http://biblioteca.cejamerica.org/bitstream/handle/2015/4253/carta_derechos.pdf?sequence=1&isAllowed=y

³⁸⁵ Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad, p. 4.

³⁸⁶ BURGOS MATA, Álvaro. «El acceso a la justicia de grupos en condición de vulnerabilidad y las Reglas de Brasilia.» *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales* (Universidad de Costa Rica), n° 5, p. 2013, 352-353

Reglas señalan que deberá tenerse en cuenta las características específicas de cada país y su nivel de desarrollo social y económico.

Cada uno de estos elementos que se han de tener en cuenta o que pueden constituir causa de vulnerabilidad son definidos de forma específica en la Reglas, interesa destacar a los efectos de esta investigación los siguientes: pertenencia a comunidades indígenas, pertenencia a minorías, género y violencia sobre la mujer y victimización.

En el apartado 4º de la Sección 2ª, dedicada a las «personas beneficiarias de las Reglas», establece como debe abordarse por parte del sistema judicial la condición de vulnerabilidad por el hecho de la «pertenencia a comunidades indígenas». En este sentido la Regla 9ª, establece que deben promoverse las condiciones destinadas a posibilitar que las personas de los Pueblos Indígenas puedan ejercitar con plenitud sus derechos ante el sistema de justicia, y para ello los poderes judiciales deben asegurar que reciban un trato respetuoso de su dignidad, lengua y tradiciones culturales.

El apartado 9º, dedicado a la «pertenencia a las minorías», consta solo de la Regla 21, la cual establece como *causa de vulnerabilidad la pertenencia a una minoría nacional o étnica, religiosa y lingüística, debiéndose respetar su dignidad cuando tenga contacto con el sistema de justicia.*

En relación a la consideración a las causas de discriminación sobre la mujer, las Reglas de Brasilia en el apartado 8º relativo al Género, agrupa las reglas: 17, 18, 19 y 20. En este conjunto de reglas se establece que debe analizarse el ser mujer junto con otras causas de vulnerabilidad, (regla 17), en este sentido las Reglas de Brasilia están introduciendo un enfoque interseccional en el análisis de las problemáticas de género que se integra en la mirada que deben tener las personas que trabajan en el sistema de justicia.

Con relación a las personas de Pueblos Originarios, la Sección 6ª está dedicada al Sistema de resolución de conflictos dentro de las comunidades indígenas. Esta sección consta de dos Reglas. El apartado 48 dedicado a promover el “*estímulo de las formas propias de justicia en la resolución de conflictos surgidos en el ámbito de la comunidad indígena, así como a propiciar la armonización de los sistemas de administración de justicia estatal e indígena basada en el principio de respecto mutuo*”. Y la regla 49 indica que, dentro de la administración de la justicia estatal, se debe respetar el derecho a expresarse en el propio idioma, así como las resoluciones de conflictos que fueron

adoptadas por la comunidad indígena y cuando resulte conveniente indica la regla, deberá acudir a peritaje cultural.

Además, en la regla 18 se define que por «discriminación contra la mujer» debe entenderse:

“Toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menos cavar 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 la esfera política, social, cultural y civil o cualquier otra esfera”.

En la regla 19, se establece que debe considerarse «violencia contra la mujer» 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, ya sea con violencia físico o psíquica. Y por último la regla 20, señala que deben impulsarse medidas para eliminar la discriminación contra la mujer en el acceso al sistema de justicia para la tutela de sus derechos, en especial señala que deben establecerse mecanismos de protección eficaces, y procesos judiciales ágiles.

Observamos como las reglas confunden género y mujer empleando la categoría género cuando van a abordar problemáticas que van a centrar en como las sufren las mujeres, utilizando además la voz en singular. En este sentido, consideramos que es un avance que las Reglas de Brasilia conceptualicen y desarrollen conceptos clave en la lucha contra la violencia machista y la lucha contra las violencias sobre las mujeres, sin embargo, vemos como todavía existe rechazo a emplear categorías científicas como ‘género’ y describir la violencia como una forma de discriminación de género que no solo afecta a las mujeres y desvincularla de las expresiones como “basada en el sexo”, introduciendo una visión reduccionista del problema de la violencia machista.

Las Reglas relativas a la victimización se ubican en el apartado 5º, Reglas de la 10 a la 12. Interesa destacar de este grupo de Reglas el concepto amplio de víctima que abarca tanto a la víctima del delito, como a la familia inmediata o a las personas que están a cargo de la víctima directa (Regla 10). La regla 11 se refiere a la especial vulnerabilidad que implica la violencia doméstica o intrafamiliar, como vemos las reglas todavía emplean una terminología en relación a lo señalado anteriormente conservadora, en relación a la conceptualización de la violencia. Y en la regla 12, se

recogen las medidas que deben implementarse para mitigar los efectos de la victimización primaria, y la victimización secundaria, haciendo especial referencia a la protección que debe otorgarse a las víctimas de violencia física y psicológica, así como aquellas donde corre peligro su vida, y en especial, se señalan las víctimas de violencia intrafamiliar.

V. CRÍTICA FEMINISTA AL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

La Teoría Legal Feminista Internacional, ha permitido en primer lugar la deconstrucción de lo implícito y lo explícito, cuestionando su supuesta objetividad y racionalidad, simplemente por la base limitada con la que ha sido construido, excluyendo a las mujeres. Y, en segundo lugar, sostiene MIQUEL ACOSTA que es necesario preguntarse ¿son los Derechos Humanos útiles para las mujeres?, ¿en qué medida?³⁸⁷. Estas cuestiones son hoy completadas desde el feminismo postcolonial, decolonial y desde la teoría de la «despatriarcalización»³⁸⁸, que cambian el sentido de las posiciones anteriores, y plantean que la pregunta ya no es “¿qué hemos ganado con la creación de ONU-MUJER en América Latina?, sino ¿qué hemos perdido y estamos perdiendo con todo eso?”³⁸⁹. Trasladando estas cuestiones al campo que nos ocupa, esto es, la violencia machista que se ejerce sobre las mujeres, pasaremos a analizar su conceptualización en el marco de Naciones Unidas y del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y su posterior recepción por el ordenamiento jurídico chileno³⁹⁰.

³⁸⁷ La autora considera que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos no sólo no está concebido ni preparado para dar respuesta a las experiencias de las mujeres, sino que parecen contener una suerte de cláusulas de exclusión en base a la distinción público-privado. Véase en MIQUEL ACOSTA, Carmen. «Claves feministas sobre la incorporación del Derecho Internacional de los derechos humanos de las mujeres en España.» Madrid: Instituto Universitario de Estudios de la Mujer. Facultad de Filosofía y Letras. Universidad Autónoma de Madrid, septiembre de 2009.

³⁸⁸ Véase ampliamente en GALINDO, María. «Feminismo urgente... op cit.

³⁸⁹ *Ibíd*, p. 53.

³⁹⁰ En la actualidad existe un complejo entramado jurídico e institucional, que comprende jurisprudencia de diferentes Cortes Estatales e Internacionales, normas Internacionales, Regionales y Estatales, así como diferentes organismos e instituciones de control. Hasta donde nuestro estudio alcanza, hemos contabilizado más de 50 textos normativos o instituciones que tienen rango de actuación para el ámbito chileno, donde el discurso feminista jurídico ha intervenido, o se tutelan derechos aplicados a toda la humanidad.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante DUDH)³⁹¹, está redactada de forma poco clara para referirse a sus sujetos de protección, vacilando entre el género masculino y el neutro³⁹², a pesar de esto, no hay razón jurídica para concluir que su protección deba limitarse solo a los hombres³⁹³. Sin embargo, los Estados históricamente no han recogido como sujetos de protección a «las mujeres»³⁹⁴ los «géneros minorizados»³⁹⁵ ni las «pluralidades afectivo-sexuales»³⁹⁶, como consecuencia de esto, se producen violaciones de Derecho Humanos que no están debidamente tipificadas. Esta situación determina el nacimiento de un fuerte movimiento feminista que se pregunta, al igual que en 1792 hacía WOLLSTONECRAFT, si las mujeres somos seres humanos³⁹⁷.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha sido construido en base a la convención y la costumbre. Es creado por representantes de los Estados, Estados que estaban (están) organizados de forma que las mujeres eran (son) excluidas de las

³⁹¹ Es un documento declarativo adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948 en París. En línea http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf

³⁹² A mayores debemos tener en consideración las particularidades de género, que se manifiestan en las diferentes lenguas oficiales, a las que ha sido traducida la Declaración Universal. PALACIOS ZULOAGA, Patricia. *El tratamiento de la violencia de género en las Naciones Unidas*. Santiago de Chile. Centro de Derechos Humanos. Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2011, p. 14.

³⁹³ Vid. PALACIOS ZULOAGA, Patricia. *El tratamiento... op.cit.*, p. 8.

³⁹⁴ Usamos la categoría mujeres en plural, desde la conceptualización que realiza MARÍA GALINDO, quien defiende el uso del término mujeres, en contraposición al término mujer en singular, dado que el mismo solo toma en consideración al sujeto mujer, blanca, heteropatriarcal y de clase media, olvidándose de otras mujeres, indígenas, lesbianas, pobres, del sur. GALINDO “defiende que es necesario mencionar las identidades porque ellas actúan como un discurso contrahegemónico imprescindible y contiene la ilusión de lo diferente, por eso seduce socialmente”. GALINDO, María. «Feminismo urgente... op.cit.», p. 68

³⁹⁵ Con «géneros minorizados» nos referimos a todas aquellas personas que no encajan en el binomio sexo-género, ni entran dentro de las categorías heteronormativas ni normativizadas. Existiendo una tendencia a la invisibilización y minoración por parte de las decisiones legislativas, cuando no, a una patologización o criminalización. En este sentido las Naciones Unidas reconoce en la actualidad a las siguientes personas, lesbianas, gay, bisexuales, transexuales, travestis, transgénero, intergénero, que se resumen en las siglas LGBTTTI. El uso de este término, o el reconocimiento de dichas categorías como sujetos de derechos, aún no es consensual en el derecho internacional, así la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) perteneciente a la Organización de Estados Americanos (OEA), se refiere únicamente al colectivo LGBTI, haciendo referencia a los derechos de lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales. La categoría queer es empleada por los movimientos y agrupaciones de defensa de los derechos de la diversidad sexual, este último concepto engloba también a las personas pansexuales.

³⁹⁶ Habitualmente en las siglas LGBTTTIQ, suelen agruparse tanto diferencias de género, como las pluralidades de las opciones afectivo-sexuales. Consideramos que es necesario visibilizar las problemáticas de forma separada, porque, aunque los grupos humanos que permanecen en el margen comparten problemas comunes, sin embargo, unificar a las personas tiene como efectos negativos, que en la actualidad se homogeniza estos grupos humanos sin diferenciar entre la diversidad de género (hombre, mujer, trans, travesti, queer) y la diversidad afectivo-sexual (lesbiana, homosexual, asexual, pansexual, etc).

³⁹⁷ Vid. MACKINNON, Catherine. *Are woman human? And another international dialogues*. Harvard university Press, 2007.

instituciones de poder —es necesario tener presente, que ser mujer no implica defender políticas feministas, igualitarias o con perspectiva de género³⁹⁸—. Hay que tener en cuenta también, que los intereses que defienden los Estados en el ámbito internacional tienden a ser el dominante en el ámbito interno, es decir, los intereses que reafirma el punto de vista masculino³⁹⁹.

Cuando hablamos violencia sexual donde se incluyen violaciones como forma de tortura⁴⁰⁰ no existen razones jurídicas para no aplicar el artículo 8 de la DUDH⁴⁰¹, sin embargo, los diferentes Estados, fueron reticentes a incluir a las mujeres, los géneros minorizados y las pluralidades afectivo sexuales dentro de estas disposiciones legales de protección contenidas en la Declaración de Derechos Humanos y otros instrumentos. Hasta el punto, de que las violaciones y el uso del cuerpo de la mujer como arma de guerra no constituían crímenes de lesa humanidad hasta 1993⁴⁰². Hasta este momento, esta violencia era considerada una desafortunada realidad de los conflictos armados, que cometían todos los sectores participantes en la guerra⁴⁰³, siendo esta en nuestra opinión una de las consecuencias más graves de la no aplicación de los Derechos Humanos a las mujeres.

³⁹⁸ MARÍA GALINDO, considera que existen mujeres que se constituyen en la cara femenina del poder masculino, en este sentido, todas estas mujeres tendrían en común que enarbolan su condición de mujeres y hacen de ella una cargosa y repetitiva bandera, y ello porque es su capital político más importante. El ser mujeres, según GALINDO, es en el “marcado de la política patriarcal en América Latina, algo que se cotiza en alto precio. Estas mujeres, representan a las mujeres tan solo por el hecho de serlo y ocupan esos espacios respondiendo a un vínculo directo de legitimación patriarcal donde su vínculo afectivo sexual con “el hombre” las presenta como válidas socialmente. Lo que representan políticamente es el hecho de que como mujeres no constituyen amenaza alguna, ni para los valores patriarcales, ni para los privilegios masculinos, ni para el orden establecido en ninguna de sus formas y es ésta su oferta política fundamental.” Vid. GALINDO, María. «Feminismo urgente... *op. cit.* pp. 43-44

³⁹⁹ Vid. PALACIOS ZULOAGA, Patricia. *El tratamiento...op.cit.*, p. 8.

⁴⁰⁰ Cuando las mujeres que han sido torturadas o violadas en contexto de conflicto armado o dictadura por fin pueden acudir a los tribunales, para denunciar los hechos tan graves que se han cometido en su contra, o bien no cuentan con las pruebas, al ser tipos penales que exigen que se aporte o bien se encuentran prescritos. Por ello es necesario que este tipo de crímenes se consideren de lesa humanidad, para que o bien no prescriban o la forma de articular la prescripción por parte de los países se modifique ampliando los plazos. En este sentido véase ampliamente, DÍAZ, Ingrid. «La violencia sexual y de género como crimen de lesa humanidad: análisis penal a propósito del delito de violación sexual y la aplicación de estándares internacionales en el ordenamiento interno.» En *Temas de Derecho Penal y Violación de Derechos Humanos*, editado por Victor Manuel Quinteros. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012, pp. 142 y ss.

⁴⁰¹ Artículo 8 DUDH. Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.

⁴⁰² El Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia en 1993 condenó por vez primera como crimen de lesa humanidad la violación y como forma de atentado cuando esta se da de forma masiva o sistemática contra las mujeres.

⁴⁰³ Vid. ESCOBAR RIVERA, Consuelo y Valeska JARPA SILVA. «El nuevo delito de feminicidio en Chile (Tesis de pregrado).» Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Departamento de Ciencias Penales, 2013. <http://www.tesis.uchile.cl/handle/2250/116225> (último acceso: 25 de julio de 2014), pp. 11 y ss.

Naciones Unidas desde 1946 ha elaborado instrumentos jurídicos relativos a la discriminación sobre la mujer⁴⁰⁴, pero el salto cualitativo como se ha mencionado no se produce hasta el año 1993, cuando son aprobados diferentes textos internacionales que posibilitarán la sanción de la violencia contra la mujer y el incumplimiento de los Estados en su persecución.

Además, debe tenerse en cuenta que la legislación estatal en materia de violencia contra la mujer y la no discriminación y protección de los Pueblos Indígenas está influenciada y debe responder a compromisos que el Estado de Chile tiene asumidos tras la ratificación de Tratados y Convenios Internacionales. Por ello se hace necesario que la protección de los derechos de las mujeres mapuche se fundamente de forma transversal con los principales instrumentos pertinentes a los Pueblos Indígenas y de protección de las mujeres⁴⁰⁵ que brinda el Sistema de Naciones Unidas y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

VI. RECAPITULACIÓN

El estudio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos fue abordado desde la perspectiva decolonial de género, con el objetivo de conocer cuál era el nivel de protección que existía a nivel internacional para las mujeres y para los Pueblos Indígenas, así como conocer cuál era el nivel de compromiso que había asumido el

⁴⁰⁴ Si bien es cierto que las Naciones Unidas antes de 1993 venía haciéndose cargo mediante diferentes instrumentos, de la discriminación “únicamente hacia la mujer”, estos textos no establecían obligaciones para los Estados, ni se referían expresamente a los problemas de violencia, quedando esta violencia “protegida” en la esfera de lo privado, en la que los Estados no intervenían. Los instrumentos previos específicos relevantes en materia antidiscriminatoria de las Naciones Unidas, son los siguientes: la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, creada por el Consejo Económico y Social en 1946; la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la mujer de 1967; la I Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre la Mujer (México) en 1975; la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación de la Mujer, conocida por sus siglas en inglés CEDAW, de 1979 - y su Protocolo Facultativo que fue aprobado el 10 de diciembre de 1999; II Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre la Mujer (Copenhague) en 1980; Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la violencia doméstica de 1985; III Conferencia Mundial das Naciones Unidas sobre a Mujer (Nairobi) en 1985; Resolución 1991/18 del Consejo Económico y Social, que insta a los estados miembros a que refuercen y promulguen medidas legislativas que prohíban la violencia contra la mujer, de 1991; Recomendación 19º sobre violencia contra la mujer de la CEDAW de 1992, especialmente importante porque es la primera vez que este organismo elabora un artículo relativo a la violencia contra las mujeres.

⁴⁰⁵ MATTUS, Charlotte. «Los derechos de las mujeres Mapuche en Chile, pilares invisibles de la reistencia de su pueblo.» Instituto de Estudios Políticos de Grenoble, universidad Pierre Mendès France, Francia, 2009, p. 34.

Estado de Chile en el reconocimiento de los Derechos Humanos. Sobre esta base se ha establecido el marco jurídico que permita el reconocimiento de la Justicia Indígena.

A lo largo de los epígrafes anteriores se ha puesto de manifiesto como el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, al igual que ha sucedido en el ámbito Estatal⁴⁰⁶, se ha construido por hombres y se ha configurado como un marco jurídico internacional de corte patriarcal⁴⁰⁷, que no ha protegido en su redacción ni en su aplicación los derechos de la pluralidad de personas, especialmente cuando estas eran mujeres e indígenas⁴⁰⁸. Las críticas al Derecho Internacional de los Derechos Humanos como orden patriarcal y la presión desde los Pueblos Originarios han hecho que sobre todo a partir de finales de segunda mitad del siglo XX el Derecho Internacional de los Derechos Humanos empiece a abrirse a la discusión de nuevas problemáticas, entre ellas discriminación y violencia contra las mujeres y Derechos de los Pueblos Originarios, todavía muchos de ellos en procesos de autodeterminación.

Si bien este paulatino reconocimiento especialmente en sus primeras fases es muy controvertido, en el caso del reconocimiento de los Derechos Humanos de las mujeres, las críticas se centran en poner de relevo que este se ha desarrollado desde el paradigma heterooccidental hegemónico⁴⁰⁹ preocupado por la reivindicación de sus justos derechos de igualdad y no discriminación, que coparon la agenda internacional, y se establecieron como universales, cuando solo afectaban de una parte de la población mundial, no reconociendo la diversidad de mujeres. Y en el caso de los Derechos Humanos de los Pueblos Originarios, por diseñarse desde planteamientos asimilacionistas y asistencialistas⁴¹⁰ y sin las voces de los Pueblos Originarios. Si bien compartimos las críticas señaladas, consideramos es menester señalar que gracias a la continua presión que se sigue ejerciendo desde los movimientos de mujeres y de Pueblos Originarios, en el Derecho Internacional cada vez tienen más peso sus voces y la legislación internacional está haciéndose eco de las problemáticas que atraviesan la vida de la pluralidad de mujeres y las demandas de los Pueblos Originarios. Por ello, los

⁴⁰⁶ En este sentido PALACIOS ZULOAGA, Patricia. *El tratamiento...op.cit.*, p. 8; MIQUEL ACOSTA, Carmen. «Claves feministas

⁴⁰⁷ GALINDO, María. «Feminismo urgente... op. cit.», p. 53.

⁴⁰⁸ DÍAZ, Ingrid. «La violencia sexual y de género... op. cit.», p.

⁴⁰⁹ GALINDO, María. «Feminismo urgente... op. cit.», pp. 45 y 53.

⁴¹⁰ En este sentido: MEREMINSKAYA, Elina. «El Convenio 169... op. cit.», p. 221 y LILLO VERA, Rodrigo. «El Convenio 169 de la OIT y la defensa penal de indígenas.» Minuta Regional, Defensorías Regionales, Defensoría Penal Pública, 2010, pp. 5-6.

estándares internacionales se han convertido en una herramienta imprescindible para la defensa de los derechos individuales y colectivos de las mujeres mapuche en la esfera estatal e internacional.

En concreto en Chile se han suscrito los principales estándares internacionales a este respecto: Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer, Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, Convención Belém do Para, Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre derechos de los Pueblos Indígenas. Sin embargo, es necesario recordar que lo ha hecho con mucho retraso y cuando la ha adoptado fue comprometiéndose lo mínimo posible, rebajando el nivel de protección y reduciendo las dimensiones del conflicto en ese hecho. Ejemplo de ello, es que se prefiera en el contexto chileno el uso de «violencia intrafamiliar» al uso del concepto regional «violencia contra las mujeres», que continúa ubicando la violencia en una dimensión privada.

Desde la perspectiva decolonial de género consideramos especialmente significativo el reconocimiento internacional de la Justicia Indígena porque su puesta en valor tiene consecuencia positivas para las mujeres indígenas en especial aquellas que viven en zonas rurales, porque les permite tener acceso a su propio sistema de justicia y a que este esté reconocido por el Estado de Derecho que en nuestra opinión viene a reforzar lo establecido en el artículo 7 CBP, esto es, sancionar la violencia pero también contribuir a erradicarla. Negar esta posibilidad, como hace el Estado de Chile como se analizará *infra*, supone considerar que sólo los métodos de justicia occidentales son los idóneos para sancionar y reinsertar al delincuente en la sociedad, cuando además está demostrado desde la criminología crítica que los métodos penales no resultan efectivos ni para reducir la delincuencia, ni para reinsertar al delincuente, tampoco en agresores machistas, además debe tenerse en cuenta que todos los organismos internacionales aconsejan evitar las penas privativas de libertad en personas de origen indígena.

Reconocer las Justicias Indígenas y en concreto la que se practica en las comunidades del Pueblo mapuche permite evitar su desaparición y contribuye a visibilizar en el seno de las propias comunidades la violencia contra las mujeres como comportamientos que exigen un reproche. De forma que el propio reconocimiento favorece que las instituciones de Justicia Indígena se revitalicen y su existencia es fundamental para la transmisión de valores entre ellos, la sanción de las conductas

machistas y patriarcales. Y, por lo tanto, para la supervivencia de la propia forma de vida.

En atención a garantizar el derecho de acceso a la justicia, entendiendo por este, no solo la posibilidad de que el Estado elimine de sus instituciones de justicia sesgos discriminadores a personas racializadas, sino también por el reconocimiento mutuo de las justicias. Consideramos que es necesarios y posible con base en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos poner en funcionamiento formas de coordinación sobre la base del mutuo respeto y reconocimiento entre las dos jurisdicciones, en Chile.

Los estándares internaciones sobre los que justificar jurídicamente esta posición vienen dados principalmente por las obligaciones contraídas en el Convenio 169 de la OIT (artículo 8, 9 y 10) y la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas⁴¹¹, que desarrolla en más profundidad el Derecho de los Pueblos Originarios a regirse por sus sistemas o instituciones políticos, económicos, sociales y de justicia incluyendo la posibilidad de determinar la responsabilidad de las personas que infringen las normas.

En conclusión, el desarrollo de los Derechos Humanos en la esfera internacional ha avanzado mucho en las últimas décadas, y estos instrumentos estar concebidos desde la óptica occidental son una herramienta útil para las mujeres indígenas a la hora de reivindicar su derechos colectivos e individuales.

⁴¹¹ En este sentido véase *supra* en la Pate Segunda, Epígrafe III, subepígrafe 2 Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

TERCERA PARTE

VIOLENCIA MACHISTA CONTRA LAS MUJERES MAPUCHE. ANÁLISIS DE LAS LEYES DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR Y SU APLICACIÓN EN LOS TRIBUNALES PENALES Y DE FAMILIA EN LA ARAUCANÍA

I. INTRODUCCIÓN

La construcción legal del concepto de violencia intrafamiliar y femicidio, al igual que sucede en el resto de países del mundo y en la legislación internacional, debe explicarse teniendo en cuenta como indican LIDIA CASAS BECERRA y MACARENA VARGAS PAVEZ “el contexto sociopolítico de adopción de medidas legislativas y de políticas públicas de la región destinadas a combatir la violencia contra las mujeres, considerando este tipo de violencia una grave violación de los derechos humanos”⁴¹². La fuerza que tomaron las reivindicaciones sobre los derechos de las mujeres y en concreto sobre la violencia a la que estamos sometidas es el resultado del trabajo de organizaciones feministas, indígenas y académicas que, sobre todo desde las últimas décadas del siglo pasado, comenzaron a poner de manifiesto la impunidad de los malos tratos, muerte o asesinato principalmente de mujeres en el entorno familiar a manos de sus familiares, parejas, o exparejas⁴¹³.

Los años 70 fueron clave para el desarrollo del movimiento feminista y de mujeres. Sobre todo, en las sociedades occidentales, las demandas sobre la situación de las mujeres, donde especialmente la violencia machista, cobró un gran protagonismo. Estas demandas sirvieron de motor para la articulación de grupos de presión que determinaron agendas políticas que incluían los derechos de las mujeres. Chile no es una excepción

⁴¹² Cfr. CASAS BECERRA, Lidia, y VARGAS PAVEZ Macarena. «La respuesta estatal a la violencia intrafamiliar.» *Revista de Derecho* XXIV, n° 1, julio 2011, p. 34.

⁴¹³ Sobre cómo surge como preocupación pública la violencia machista, conceptualizada en esta época como violencia doméstica véase Araujo, Kathya, Virginia Guzmán y Amalia Mauro. «El surgimiento de la violencia doméstica como problema público y objeto de políticas.» *Revista de la Cepal*, n° 70, abril 2000, pp. 133-136.

dentro de este movimiento mundial. Sin embargo, se hace necesario reconocer que el golpe de Estado del 11 de septiembre de 1973 llevado a término por el General Pinochet, que impuso una dictadura militar de ideología neoliberal y católica⁴¹⁴ que se prolongó hasta 1990. Supuso un periodo de 17 años durante los cuales se cometieron sistemáticas violaciones de Derechos Humanos colocando la situación de las mujeres en un segundo plano. Al mismo tiempo, determinó una evolución del movimiento indígena, feminista y de mujeres condicionado por los asesinatos, la tortura, la represión, el exilio y la supervivencia. No es el propósito de la presente investigación realizar un estudio sobre las dificultades del movimiento feminista ni las luchas mapuche en Chile, pero sí es necesario tener en cuenta que la existencia de la dictadura modificó radicalmente la evolución y desarrollo del feminismo y políticas públicas, así como las prioridades de los movimientos indígenas y partidos políticos. Como ejemplo de una de las consecuencias de la dictadura en la actualidad téngase en cuenta la reciente Ley 20.968, de 22 de noviembre de 2016, que tipifica delitos de tortura y de

⁴¹⁴ En relación a la ideología y objetivos que fundamentaron y/o sostuvieron el golpe de estado de los militares. Sostiene VERÓNICA VALDIVIA ORTIZ DE ZÁRATE, que en el ejército existían diferentes corrientes de opinión, discurso nacionalista, neoliberal, estatista-desarrollista, y corporativista. Las tesis que finalmente se impusieron fueron las del ideal del nacionalismo chileno para fundamentar un régimen donde Chile y lo chileno se convertía en una fuente inspiradora para mantener la tradición y fundamentar la idea de la Patria chilena. Y en el plano económico, los mandos militares no tenían información suficiente para hacerse cargo de esta tarea, por lo estuvieron fuertemente sometidos a las presiones de los sectores gremialistas y neoliberales, que terminaron por consolidar un orden neoliberal-autoritario. La llegada de los “Chicago Boys”, de la mano del General Pinochet se debió a la ayuda civil que necesitaron los militares para hacerse cargo de la gestión económica del país e implicó una crisis ideológica en las filas castrenses, pues no todo el ejército compartía estos postulados. Cfr. VALDIVIA ORTIZ DE ZARATE, Verónica. «Estatismo y neoliberalismo: un contrapunto militar Chile 1973-1979.» *Historia* (Santiago) n° 34, 2001.

En esta línea, VEIT STRASSNER estudio la relación de la Iglesia Católica chilena y la dictadura. Sostiene en su investigación que los militares de la dictadura eran católicos y utilizaron la influencia que tiene en la opinión pública la Iglesia para legitimar su poder, basado en el patriotismo, la modernización y la doctrina de la seguridad nacional. Y la Iglesia en esta situación, también intentaba influir en la política, para salvaguardar sus propios intereses por ello no se opuso a esta relación donde ambas partes ganaban. En un primer momento, solo 6 de los 40 obispos se pronunciaron a favor del golpe. Tardó meses en pronunciar una crítica pública al golpe y al régimen, mientras que en sus “pronunciamientos dio legitimidad moral al régimen militar”. Sin embargo, al año y medio de levantamiento militar, y constituidos ya los objetivos y metas de los militares, y su intención de permanecer en el poder, y no ceder el gobierno a la población civil, la Iglesia, con el Cardenal Silva Sánchez a la cabeza crea la Vicaría de la Solidaridad, y acusa a la política de los militares como causa de la miseria que padecía el país y la población. La Vicaría durante los siguientes años mostró su compromiso con los Derechos Humanos, ayudando a un promedio de 90.000 personas por año, y realizando 11.000 asistencias jurídicas. Gracias a la labor de la Vicaría se limitó el poder de los militares. Cfr. VEIT STRASSNER, M. A. «La Iglesia chilena desde 1973 a 1993: De buenos samaritanos, antiguos contrahetes y nuevos aliados. Un análisis proliológico.» *Teología y Vida* XLVII, 2006, pp. 80-84.

tratos crueles, inhumanos y degradantes⁴¹⁵, donde se establece en el artículo 3° por vez primera la consideración de los delitos sexuales como una forma de tortura⁴¹⁶.

En Chile, el primer proyecto de ley contra la violencia intrafamiliar tiene su origen en el Grupo de Estudios Constitucionales, que en los años 80 propugnaba el retorno del país a la democracia, y fruto de este compromiso en 1988 elabora los primeros proyectos contra la violencia intrafamiliar, tomando como referente los convenios internacionales que promovían el respeto a los Derechos Humanos⁴¹⁷. Ha de tenerse en cuenta que el 5 de octubre de 1988 se celebra el plebiscito para decidir si el dictador Augusto Pinochet seguirá o no en el poder hasta el 11 de marzo de 1997. En el referéndum gana el ‘no’, lo que confirma la voluntad popular de terminar con la dictadura militar y regresar el país a la democracia⁴¹⁸. Este importante hecho histórico marca el proceso de transición al sistema parlamentario y retrasa la aprobación de una norma que se haga cargo de la violencia machista.

La existencia propiamente de una ley que se inscriba dentro de las tendencias de criminalización y penalización de la violencia contra las mujeres en las relaciones de pareja e intrafamiliar tendrá que esperar hasta que el país asiente su nuevo periodo democrático, donde toma fuerza el movimiento feminista. La diferencia de movimientos feministas y movimientos de mujeres es clave para comprender la construcción del discurso político y las estrategias de red y alianzas que se van a establecer en este periodo. Sobre todo, en el caso chileno, se debe tener en cuenta, que si bien, todas las mujeres podían estar de acuerdo en sancionar la violencia que se ejercía en contexto de pareja o intrafamiliar sobre las mujeres, no todas eran feministas, lo que hará que la búsqueda de soluciones a esta violencia, los métodos y discursos se vayan forjando en torno a cuestiones ideológicas. Las demandas de las mujeres se centran especialmente en dotar de protagonismo a las víctimas, realizar investigación penal y criminológica en

⁴¹⁵ El texto de la ley puede consultarse en línea en, <http://bcn.cl/1yi9x>

⁴¹⁶ Esta información se puede ampliar en la Propuesta de Indicaciones, elaborada por Corporación Humanas y firmada por la abogada Camila Maturana Kesten para el “Proyecto de Ley que modifica el Código Penal en lo tocante a la tipificación del delito de tortura (Boletín Legislativo N° 9.589-17), 9 de septiembre, 2015. Primer trámite constitucional, discusión particular ante la Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios, Cámara de los Diputados (en línea) <https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmTIPO=DOCUMENTOCOMUNICACIONCUENTA&prmID=7792> (Consultado el 1° de febrero de 2017)

⁴¹⁷ Información en línea <http://www.camara.cl/memoria/hito.aspx?prmHITOID=22> (recopilada el 12 de mayo de 2015)

⁴¹⁸ El triunfo del ‘no’ supuso la convocatoria para 1989 de elecciones democráticas conjuntas para la presidencia y parlamento del país, que condujeron al fin de la dictadura militar y al comienzo de un período denominado transición democrática.

violencia sobre las mujeres en contexto de pareja e intrafamiliar e instar reformas en la Administración de Justicia centrándose especialmente en una mayor intervención penal en las agresiones a mujeres⁴¹⁹.

La feminista chilena JULIETA KIRKWOOD analiza el impacto de estos movimientos de mujeres y feministas en Chile y sostiene que a pesar de las diferencias ideológicas entre las mujeres y los diferentes grupos feministas, fueron capaces de poner sobre la mesa temas que antes eran invisibles: violencia sexual y doméstica; prostitución; abusos en la planificación familiar, sus causas y sus consecuencias. Temas que gracias al trabajo feminista pasaron a considerarse como verdaderas violaciones de Derechos Humanos⁴²⁰.

En este contexto se crea en 1991 el Servicio Nacional de la Mujer y el 27 de agosto de 1994, se aprueba la Ley N° 19.325, que Establece Normas sobre Procedimientos y Sanciones relativos a los Actos de Violencia Interfamiliar⁴²¹ (en adelante Ley N° 19.325). Durante este periodo de tiempo las reivindicaciones indígenas también ganarán presencia en el espacio público, pero centradas particularmente en la recuperación de las tierras y respecto a la cultura. Ejemplo de esta lucha es la aprobación de la Ley N° 19.253 de 5 de octubre de 1993, que Establece Normas sobre Protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de desarrollo Indígena (en adelante Ley N° 19.253 o Ley Indígena).

La primera investigación con entrevistas sobre violencia machista en relaciones de pareja en Chile se realizó en 1992, en este estudio se entrevistaron a 1.000 mujeres de la Región Metropolitana, y los resultados indicaron que el 25,9% de las encuestadas habían vivido violencia física y el 33,9% reconocieron ser víctimas de violencia psicológica. Un segundo estudio en esta materia se realizó en el año 2001, en esta ocasión la muestra incluyó encuestadas en la Región Metropolitana y en La Araucanía, en este segundo estudio el 50% de las mujeres encuestadas reconoció haber vivido violencia en su relación de pareja. Y los factores que el estudio resalta como asociados a la violencia son: haber sido testigos de violencia entre sus madres y padres, bajo nivel de

⁴¹⁹ Cfr. JIMÉNEZ ALLENDES, María Angélica, y Paula MEDINA GONZÁLEZ. «Nuevas formas de control penal en los delitos de violencia contra la pareja.» *Nova Criminis Visiones Criminológicas de la Justicia Penal*, n° 2, junio 2011, p. 200.

⁴²⁰ KIRKWOOD, Julieta. «Feministas y políticas.» ... *op. cit.*, p. 68.

⁴²¹ La Ley 19.325 se encuentra actualmente derogada, su contenido puede ser consultado en <http://bcn.cl/1uw7t>

escolaridad, carencia de empleo remunerado, consumo de alcohol y falta de redes de apoyo vecinal⁴²².

II. LEY 19.325, DE 27 DE AGOSTO DE 1994, ESTABLECE NORMAS SOBRE PROCEDIMIENTOS Y SANCIONES RELATIVOS A LOS ACTOS DE VIOLENCIA INTERFAMILIAR

1. Proyecto de Ley sobre Violencia Doméstica de 1991

La Ley N° 19.325 tiene su origen en una moción presentada en la Cámara de Diputados bajo el nombre de Proyecto de Ley sobre Violencia Doméstica, Boletín N° 451-07, del 21 de agosto de 1991 (en adelante Proyecto de Ley sobre Violencia Doméstica) por la diputada Adriana Muñoz D'Albora del Partido por la Democracia (PPD) y el diputado Sergio Aguiló Melo, de la Izquierda Cristiana⁴²³, elaborado en coordinación con el Servicio Nacional de la Mujer (en adelante SERNAM)⁴²⁴, al frente del cual estaba la Ministra Directora, María Soledad Alvear Valenzuela del Partido Democracia Cristiana (DC), por lo que contaba con el apoyo del Ejecutivo. Este proyecto de ley fue adherido por los diputados Armando Arancibia (Partido Socialista, PS), Jaime Estévez (PPD), Mario Hamuy (DC), Juan Pablo Letelier (PS), Jorge Molina (DC), Carlos Montes (DC) y Sergio Ojeda (DC).

El proyecto se presentó en el primer año de legislatura después de la dictadura. El gobierno estaba en manos de la Concertación de Partidos por la Democracia⁴²⁵ y el presidente del país era Patricio Aylwin Azócar (DC). Los debates sobre el Proyecto de ley fueron polémicos y se dilataron durante toda la legislatura de Patricio Aylwin, y será finalmente aprobado en el inicio de mandato del presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle (DC).

⁴²² Cfr. SALAZAR VILLARROEL, Deyanira y Eugenia VINET REICHARDT. «Mediación familiar y violencia de pareja.» *Revista de Derecho XXIV*, n° 1, julio 2011, p. 14.

⁴²³ BCN. *Historia de la Ley 19.325, Establece normas sobre procedimiento y sanciones relativos a los actos de violencia intrafamiliar*, p. 5

⁴²⁴ *Ibid.*, p. 13)

⁴²⁵ Coalición de partidos políticos de izquierda, centroizquierda, demócratacristianos y centro que gobernó ininterrumpidamente en Chile desde el 11 de marzo de 1990 hasta el 11 de marzo de 2010.

En el considerando de dicho proyecto se afirma que existe escasa información oficial, pero se citan diversos estudios realizados desde el ámbito de la investigación, de los cuales quiero destacar los siguientes datos por servirnos de base para contextualizar cuál era el nivel de violencia machista que sufrían las mujeres y la reducida protección que les brindaban la policía y los tribunales a finales de los años ochenta en Chile — recordar que estos son los años centrales de la dictadura—. El 80% de las mujeres encuestadas reconoció haber sufrido violencia, siendo los tipos de violencia más frecuentes la física (bofetadas, puñetazos, puntapiés, empujones y golpes con objetos), la psicológica (insultos, descalificaciones, amenazas) y la sexual (uso de la fuerza en relaciones sexuales o violación). En relación al tratamiento policial, el 91% de las mujeres que presentaron denuncias de agresión ante los Juzgados de Policía Local tenían un vínculo estable con el agresor. El 83,3% de las agresiones denunciadas fueron calificadas judicialmente de agresiones leves, tramitadas en los tribunales civiles, por lo cual no existió sanción penal, aun cuando un 52% de dichas mujeres habían sufrido más de 3 lesiones. Los datos del Instituto Nacional de Estadística (INE) para los años 81 a 84 indican que el delito de lesiones es el tercer delito de mayor frecuencia, pero el 70% de las causas son sobreseídas por falta de pruebas. Estas cifras nos ayudan a comprender que entre el año 1900 y 1986, los tribunales solo habían emitido 115 fallos de segunda instancia referidos a la violencia sobre la mujer, indicándose en los mismos que la agresión a las mujeres se debía a incumplimiento de los roles socialmente asignados⁴²⁶.

1.1. Objetivos e innovaciones del Proyecto de Ley sobre Violencia Doméstica.

En el año 1991 las instituciones de justicia en Chile para abordar la violencia machista sobre las mujeres se mostraban ineficientes. El Estado en esa altura solo contaba con tribunales letrados de menores, tribunales civiles y tribunales penales. Como se desprende de los datos recogidos en el Proyecto de Ley, los tipos del Código Penal ni encajaban ni eran aplicados adecuadamente para abordar la violencia machista sobre las mujeres e intrafamiliar. En este contexto, la moción presentada por Adriana Muñoz y Sergio Aguiló Melo, puede entenderse como una propuesta de mínimos, que

⁴²⁶ BCN. *Historia de la Ley 19.325... op. cit.* pp. 5-6.

se diseña para encajar en un sistema jurídico anticuado, para hacerse cargo de una materia novedosa jurídicamente hablando, lo que en sí debe leerse como un gran avance⁴²⁷.

El Proyecto de Ley surge para hacerse cargo de una realidad, la violencia que se produce en el interior de las familias, poniendo especialmente atención sobre la violencia que se ejerce sobre las mujeres. Señala las falencias de las actuales normas jurídicas, en especial:

“Las penales que sancionan las conductas atentatorias contra la integridad física no son efectivas respecto de los episodios de violencia doméstica. La mayoría de estos casos no configuran el tipo penal descrito en el artículo 399 del Código Penal⁴²⁸, por tratarse de pateaduras, puñetes, golpes, que no pueden probarse por realizarse estos actos en la casa común, sin testigos, y en los pocos casos que existen, es difícil su declaración, lo cual lleva al sobreseimiento en las causas”⁴²⁹.

Y propone diferentes soluciones a esta situación, destacadamente: configurar un nuevo tipo penal denominado «violencia intrafamiliar», establecer un procedimiento nuevo para abordar esta violencia donde la conciliación emerge como una herramienta estrella junto a la aplicación de medidas cautelares que pueden ser impuestas por el juez, después de la denuncia de violencia intrafamiliar y crear los tribunales de familia como jurisdicción en temas civiles de orden familiar (custodias, alimentos, divorcios, etc.) y violencia intrafamiliar⁴³⁰.

⁴²⁷ La doctrina especializada se ha referido sistemáticamente a esta ley como un gran avance legislativo en la lucha contra la violencia y en la toma de consciencia sobre el reproche social que merece la violencia. En este sentido entre otros trabajos pueden verse CASAS BECERRA, Lidia, y Macarena VARGAS PAVEZ. «La respuesta estatal a la violencia intrafamiliar.» *Revista de Derecho* XXIV, n° 1, julio 2011, p. 134.

⁴²⁸ Art. 399 CP de Chile: *Las lesiones no comprendidas en los artículos precedentes se reputan menos graves, y serán penadas con relegación o presidio menores en su grado mínimo o con multa de once a veinte sueldos vitales*. La redacción de este artículo se modificó a través de la Ley 19.450, de 15 de mayo de 1997, que sustituye escalas de multas que señala y modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, la Ley N° 18.287 y el Decreto ley N° 645, de 1925, de forma que para el caso que nos ocupa en la actualidad, la multa que se impone es de unidades tributarias, y no de sueldos vitales.

⁴²⁹ BCN. *Historia de la Ley 19.325... op. cit.*, p. 31.

⁴³⁰ Respecto de los objetivos del proyecto de ley, puede consultarse la intervención de la diputada Adriana Muñoz D'Albora, en la discusión en sala, realizada el 19 de enero de 1994. *Ibíd.*, pp. 386-387.

1.2. Tramitación del Proyecto de Ley de Ley 19.325, Establece Normas sobre Procedimientos y Sanciones relativos a los Actos de Violencia Intrafamiliar.

La moción presentada por la diputada Adriana Muñoz y el diputado Sergio Aguiló Melo es un texto estratégico que viene impulsado principalmente por dos factores: el peso que el movimiento feminista y de mujeres logra en Chile en los años noventa, situando la protección de los derechos humanos, la democracia y la violencia en el interior de la familia en la agenda política⁴³¹. Y el segundo factor, los compromisos que Chile asume en materia de Derechos Internacionales, entre ellos el Pacto de San José de Costa Rica de 1969, y la Declaración de Eliminación de Discriminación contra la mujer de 1967, entre otros. Sin embargo, la comprensión de la violencia intrafamiliar como una violación de los Derechos Humanos supuso en Chile un gran avance, que se logró con matices, luego de un pesado proceso legislativo.

Si revisamos la Historia de la Ley 19.325, documento elaborado por la BIBLIOTECA NACIONAL DEL CONGRESO, nos encontramos con un texto de 437 páginas donde se recogen todos los trámites constitucionales, así como los debates y posturas que se defendieron en cada uno de ellos. Son un total de 8 fases de tramitación: Primer Trámite Constitucional que se inicia en la Cámara de Diputados, por ser el lugar donde se presenta la moción, en ella se realizaron un total de diez instancias de debate y/o realización de informes. El Segundo Trámite Constitucional, correspondiente al debate en el Senado, finalizó con un total de seis instancias de debate y/o informes. El Tercer Trámite Constitucional, consistente en devolver a la Cámara de origen, en este caso la de Diputados el texto para su discusión, celebró dos instancias, y se aprobó la creación de una comisión mixta, por la que se abrió lo que podemos considerar un cuarto Trámite de Comisión Mixta: Senado-Cámara de Diputados, que realizó cuatro sesiones y/o informes u oficios. El quinto trámite al que se acudió, fue el Veto Presidencial a través del cual se introducen nuevas mejoras, y constó de siete instancias hasta que se remiten a los últimos Trámites del Tribunal Constitucional, donde se generan dos oficios. Y finalmente tuvo lugar el Trámite de finalización en la Cámara de Diputados, y la Publicación de la ley en el Diario Oficial. Este resumen esquemático de la tramitación del proyecto de ley, sirve en primer lugar para imaginar la dificultad a la que tuvo que

⁴³¹ PRIETO BRAVO, MARCELA. *Violencia Intrafamiliar en contra de la mujer en Chile. Normativa, Instituciones y procedimiento en Sede Familia y Penal*. Editorial Metropolitana. Santiago de Chile, 2015, p. 69.

hacer frente el equipo impulsor del proyecto de ley, así como la directora del SERNAM, para lograr la aprobación de la Ley de Violencia Intrafamiliar de 1994, un total de 33 instancias diferentes⁴³² que se ventilaron a lo largo de un periodo de tres años. Y, en segundo lugar, presta utilidad para situar los trámites y los debates a los que me referiré cuando aborde las posturas que se defendieron por representantes tanto en la Cámara de Diputados como en el Senado, a lo largo de las discusiones legislativas, en concreto en relación con los fundamentos para tipificar la violencia intrafamiliar, y la introducción de la conciliación como una forma de resolución de las causas de este tipo de violencia.

2. La definición de violencia intrafamiliar y bien jurídico protegido en la Ley N° 19.325

2.1. Discusión legislativa sobre la definición y alcance del concepto de violencia intrafamiliar.

El nombre original con el que se presentó el proyecto de ley por parte de la diputada Adriana Muñoz y el diputado Sergio Aguiló que recordemos se había elaborado junto con el SERNAM fue el de “Proyecto de Ley sobre violencia doméstica”. En el considerando número 2 del proyecto se define la violencia doméstica como aquella violencia ejercida sobre la mujer por su cónyuge, conviviente o parientes, y se indica que constituye una de las expresiones más crudas y soterradas de discriminación contra la mujer y una grave vulneración de las garantías constitucionales⁴³³.

La primera reforma que sufrió el proyecto es su denominación, pasando de referirse a la violencia doméstica, como proponían Adriana Muñoz y Sergio Aguiló, a tipificar la violencia intrafamiliar a propuesta de la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía⁴³⁴. Este cambio de nombre respondió a una crítica al adjetivo de

⁴³² Para más información véase BCN. *Historia de la Ley 19.325...op. cit.*, pp. 4-5.

⁴³³ *Ibid.*, p. 5

⁴³⁴ Informe de la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía, sobre el Proyecto de Ley que define las Conductas de Violencia Doméstica o Violencia Intrafamiliar y Establece el Procedimiento para Prevenir las y Sancionarlas de la Cámara de Diputados del 30 de julio de 1992, Cuenta en Sesión 30, Legislatura 325, para más información véase, *ibid.*, pp. 5-7.

doméstica, dado que “idiomáticamente es relativo a la casa u hogar, y podía llevar a una interpretación equivocada donde se restringiese el ámbito de aplicación del artículo 1° para el intérprete”⁴³⁵; defendió la Comisión que la denominación intrafamiliar hacía más comprensible el contenido de la ley⁴³⁶. Este criterio se acogió en todas las instancias de tramitación del proyecto de ley, pasando a denominarse desde el 30 de julio de 1992 “Proyecto de ley sobre violencia intrafamiliar”⁴³⁷, conceptualización que se mantuvo en la ley que finalmente se aprobó que recordemos se denomina, Ley 19.325 Establece Normas sobre Procedimientos y Sanciones relativos a los Actos de Violencia Interfamiliar.

2.2. El bien jurídico protegido en la violencia intrafamiliar y objeto de la ley

Tanto el Proyecto de Ley de Violencia Doméstica como su sucesor el Proyecto de Ley de Violencia Intrafamiliar nacieron con la intención de proteger la familia, eso sí, poniendo especialmente el foco en la situación de desprotección y violencia en que vivían las mujeres, como se indica en el considerando del Proyecto de Ley⁴³⁸. Esta protección de la familia se hace expresa, y el mejor ejemplo de ello es la ampliación de la protección a los hijos legítimos o ilegítimos⁴³⁹, haciéndose cargo el proyecto de ley de la protección de estas niñas y niños que vivían en la discriminación jurídica y social que implicaba la categoría de ilegítimo que estuvo vigente en Chile hasta 1998.

Que el proyecto de ley apostase como bien jurídico protegido por la familia, y no en exclusiva por la de la integridad física y psíquica de la mujer víctima de violencia en contexto de pareja, consideramos responde a varios elementos. En primer lugar, a la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran tanto mujeres como infancia y

⁴³⁵ *Ibid.*, p. 34.

⁴³⁶ Sobre la discusión conceptual en el ámbito de los estudios feministas véase en la página 62y ss. las diferencias conceptuales entre violencia doméstica y violencia intrafamiliar, así como las críticas a estos conceptos.

⁴³⁷ BCN. *Historia de la Ley 19.325... op. cit.*, p. 5.

⁴³⁸ *Ibid.*, pp. 5-7.

⁴³⁹ La distinción de hijos legítimos e ilegítimos se introduce en la legislación chilena vía reforma del Código Civil, por la Ley 10.271, de 2 de abril de 1952, Introduce diversas modificaciones en el Código Civil, (puede consultarse en línea en, <http://bcn.cl/1vluj>) y en concreto modifica el artículo 35 y 36 del C.C. indicando que, salvo los hijos del matrimonio verdadero, todos los demás serán ilegítimos. Este artículo fue derogado por la Ley 19.585, de 26 de octubre de 1998, Modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación. En su artículo primero numeral séptimo esta ley establece la derogación del artículo 35 y 36 del Código Civil, eliminando de la legislación chilena las discriminatorias categorías de hijos legítimos e ilegítimos.

personas mayores, enfermas o con algún tipo de diversidad funcional o discapacidad, que integran el núcleo familiar. Pero también a una estrategia de éxito del proyecto, porque al incluir a un número amplio de relaciones familiares se garantizaba superar las posibles críticas que se pudiesen realizar sobre la base de que una ley pensada solo para la protección de las mujeres podría ser entendida como una norma que no respetase la igualdad de todas las personas y en consecuencia declarada inconstitucional.

Durante la tramitación del proyecto de ley desde diferentes instancias y corrientes políticas se justificará que el bien jurídico protegido por la misma debe ser la protección de la familia y no únicamente la mujer. Para ello se despliegan diferentes argumentos. El informe de la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía, acoge el criterio del Informe N° 38 del Centro de Estudios y Asistencia Legislativa de la Universidad Católica de Valparaíso, que sostiene que a pesar de ser los casos de violencia sobre mujeres los más comunes, la ley no puede referirse exclusivamente a su protección, porque de hacerlo se descartaría la posibilidad del hombre como víctima lo que conllevaría una situación de discriminación y, por tanto, se vulnerarían los principios constitucionales⁴⁴⁰. La protección de la infancia también será un argumento sobre el que se afiance la familia como bien jurídico a proteger y no solamente la violencia contra la mujer; en este sentido la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia indica que “en una de cada cuatro familias chilenas, la mujer es golpeada; en una de cada tres familias ella es agredida psicológicamente y el 56% de los niños son golpeados por su padre, madre o ambos, y el 72% de los hombres golpeadores han sido niños maltratados”⁴⁴¹. A lo largo de la Historia de la Ley 19.235, existe unanimidad a la hora de plantear la integridad de la familia como el bien jurídico a proteger en la ley y se hace especial referencia a la vulnerabilidad específica de la mujer y el fracaso del sistema legal y policial para protegerla, justificando la necesidad de aprobar esta ley.

El gran avance desde un punto de vista dogmático que trajo consigo esta norma fue introducir la sanción de la violencia intrafamiliar, describiendo en su artículo primero, a qué conducta se hace referencia y qué personas podrán ser sujeto activo y pasivo de la misma. La redacción del citado artículo indica:

⁴⁴⁰ BCN. *Historia de la Ley 19.325... op. cit.*, p. 23.

⁴⁴¹ *Ibíd.*, p. 51.

“Se entenderá por violencia intrafamiliar, todo maltrato que afecte la salud física o psíquica de quien, aun 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 está bajo el cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familiar que vive bajo un mismo techo.

El que incurra en estos actos, aun cuando no conviva con el grupo familiar, será sancionado en la forma que establece el artículo 4° de esta ley. Se comprenden dentro de estos actos y se regirán por las normas de esta ley, las faltas contempladas en los números 4° y 5° del artículo 494 del Código Penal, si se reúne cualquiera de los elementos señalados en el inciso precedente.”

Con relación al objeto de la ley y el bien jurídico protegido, vemos que esta primera ley chilena no establece un tipo específico que sancione exclusivamente la violencia sobre la mujer, sino que se centra en el bienestar de la familia, sancionando la violencia que sus integrantes pudieren producir. Estamos, por lo tanto, ante una ley que buscó proteger el modelo tradicional de familia pues su objetivo era desde un enfoque terapéutico la mantención y recomposición de la familia pese a los actos de violencia⁴⁴². A este tipo de leyes que buscaban proteger a la mujer a través de la protección de la familia se las denomina leyes de primera generación⁴⁴³. En este sentido se especifica quiénes podrán ser los ofensores o sujetos activos del delito: ascendientes, cónyuge o conviviente. Y víctima o sujeto pasivo del delito, serán las personas ascendientes, cónyuges o convivientes, descendientes mayores, menores de edad o en situación de incapacidad y dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familiar. Interesa destacar que el precepto exige la convivencia del sujeto activo con el grupo familiar para ser aplicado, de forma que excluye del ámbito de protección las relaciones de noviazgo.

⁴⁴² En este sentido véase, VILLEGAS DÍAZ, Myrna (dir.). «Violencia contra la mujer en Chile y Derechos Humanos. Informe temático 2017.» Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2018, p. 16.

⁴⁴³ Los organismos internacionales, han clasificado como leyes de primera generación en la materia de prevención, sanción y erradicación de la violencia contra la mujer, aquellas que se promulgan principalmente en la década de los 90, como consecuencia de la ratificación de los países de América de la Convención Belém do Pará. Estas leyes se centran en sancionar la violencia doméstica o intrafamiliar. En este contexto se reforma algunos de los Códigos Penales de América Latina para sancionar dicha violencia. Véase NACIONES UNIDAS. *Unidos para poner fin a la violencia contra las mujeres*. Campaña del Secretario General de las Naciones Unidas Capítulo Regional Latinoamérica y el Caribe, 27 de enero de 2009, disponible en <https://www.cepal.org/mujer/noticias/paginas/0/36550/SpanishCampaign.pdf> (consultado el 24 de enero de 2018); En este sentido también, Cfr. TOLEDO VASQUEZ, Patsili. *Femicidio/feminicidio*. 1ª edición. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Didot, 2014, p.147.

Al referirse estrictamente a la familia o personas que puedan ser convivientes, se señala que el bien jurídico es la protección de la familia y no solo de la mujer: la discusión se planteó sobre qué era lo que debía entenderse por familia a efectos de tipificar la violencia intrafamiliar. La esencia de este debate respecto del alcance del concepto de familia, se recoge en las palabras del diputado conservador Errazuriz Eguiguren (Renovación Nacional⁴⁴⁴) quien señaló:

“El artículo 1° bajo el título ‘De la Violencia Intrafamiliar’, agrupa a personas que van más allá de la familia, porque nadie puede decir que forma parte de la familia el pupilo o los que están ‘bajo cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familia que vive bajo el mismo techo’; por ejemplo, la empleada doméstica. Deseo aclarar el punto debido a que, por la vía de la interpretación amplia de la familia, sencillamente se puede llegar a decir el día de mañana que, si bien la Constitución no definió ese concepto, esta ley sí lo hizo. Aquí hay un equívoco en cuanto al título, porque no es solo la violencia intrafamiliar, sino la que se produce en contra de cualquier persona que vive bajo el mismo techo, sea el matrimonio u otras personas, aunque no estén ligadas por vínculos de consanguinidad”⁴⁴⁵.

En las palabras del señor Errazuriz, al igual que ya se habían manifestado otras opiniones desde los grupos conservadores, lo que subyace es una preocupación por lo que ha de entenderse por familia y matrimonio. Recordemos que se contempla la protección de las hijas e hijos ilegítimos. Lo que nos da una idea de la preocupación de los grupos ideológicamente conservadores, ante la posibilidad de abrir categorías como la de familia y matrimonio para parejas del mismo género/sexo al debate público⁴⁴⁶. En este sentido, es necesario tener presente que todavía hoy en Chile, la definición de matrimonio permanece intocable, y no existe una ley de matrimonio igualitario y tampoco se permiten las co-maternidades ni co-paternidades, negándose incluso la posibilidad del reconocimiento de la filiación de una hija o hijo en el caso de las parejas de mujeres lesbianas que deciden vía fecundación in vitro ser madres; tampoco se

⁴⁴⁴ Sobre su biografía puede consultarse la web de la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile https://www.bcn.cl/historiapolitica/resenas_parlamentarias/wiki/Maximiano_Err%C3%A1zuriz_Eguiguren (consultado el 8 de octubre de 2018).

⁴⁴⁵ BCN. *Historia de la Ley 19.325...* op. cit., p. 398.

⁴⁴⁶ Téngase en cuenta, el debate que abordó la Cámara respecto de la posición de Chile ante la IV Conferencia Mundial de la Mujer, donde la postura del Estado fue defender el rol tradicional de la familia y rechazó el uso de la categoría género. Véase ampliamente OLEA, Raquel, Olga GRAO, y Francisca PÉREZ. *El género en apuros...* op. cit., p. 60-61

reconoce la posibilidad de acceder a adopción a parejas de mujeres u hombres, tengan o no suscrito un acuerdo de unión civil.

2.3. La competencia jurisdiccional para causas de violencia intrafamiliar.

Uno de los temas más complejos fue decidir respecto de la competencia para resolver causas de violencia intrafamiliar, y por ende qué jurisdicción tendría dicha competencia. El tema competencial es de gran complejidad porque involucra, en primer lugar, “normas orgánicas constitucionales”⁴⁴⁷, por incidir en la organización y atribuciones de los tribunales”⁴⁴⁸. En este sentido, a lo largo de los debates, se valoró la carga de trabajo, el número de tribunales existentes en el país, y las materias sobre las que se podrá decidir; recordemos que en el proyecto se contempla la posibilidad de imponer medidas cautelares, las cuales restringen libertades fundamentales, competencias del juez penal tradicionalmente. A esta complejidad se suma el contexto de reformas legislativas en la agenda del ejecutivo y el legislativo⁴⁴⁹; en concreto tuvo especial peso en los debates legislativos la posibilidad de que en el corto plazo se aprobase un orden jurisdiccional nuevo especializado en familia⁴⁵⁰, creación que estaba

⁴⁴⁷ Las normas relativas a la organización y atribuciones de los tribunales de menores tienen carácter orgánico constitucional, por ello se exige para su aprobación el quórum de cuatro séptimos de los diputados y senadores en ejercicio. BCN. *Historia de la Ley 19.325... op. cit.*, p. 75.

⁴⁴⁸ *Ibid.*, p. 144.

⁴⁴⁹ Si bien la reforma que más se tuvo en cuenta a la hora de los debates legislativos fue la propuesta de creación de los Tribunales de Familia, como jurisdicción especializada, que el momento de entrada en vigor, vendría a dejar probablemente sin aplicación parte del contenido de la ley. En los debates legislativos también se mencionaron otras reformas que ya contaban con proyecto de ley presentado, o bien estaba su presentación en la agenda del ejecutivo. Entre ellas cabe señalar el Proyecto de Ley que Modifica el Código civil en materia de régimen patrimonial del matrimonio y otros cuerpos legales que indica (Boletín N° 432-07), presentado vía Mensaje del Ejecutivo, el día 6 de agosto de 1991, un importante debate que abrió este proyecto de ley fue la equiparación del hombre y la mujer en el adulterio igualando la responsabilidad civil y penal, en línea <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/6914/> (consultado el 14/01/2018); el Proyecto de Ley que “Modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y otros cuerpos legales en materias relativas al delito de violación” presentado vía mensaje presidencial el 3 de agosto de 1993, la ley interfiere en el debate al abarcar la tipificación del delito de violación, que en relación a al Proyecto de Ley de Violencia Intrafamiliar, se discutirá si este entra en el delito de malos tratos o no, y también es relevante porque despenaliza el adulterio, en línea <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/6584/> (consultado el 14/02/2018); el Proyecto de Ley acerca del maltrato a menores y que establece la Defensoría del Menor, presentada vía moción de los senadores, véase Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Historia de la Ley N° 19.304, de 20 de abril de 1994, que Modifica artículo 8 ° del Código Penal y el artículo 66 de la Ley N° 16.618, que fija texto de la Ley de Menores, en línea <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7026/> (consultado el 14/01/2018);

⁴⁵⁰ En concreto y avanzando un poco en la historia legislativa, el 3 de noviembre de 1997 a través de Mensaje Presidencial N° 81-336 se presenta el “Proyecto de Ley que crea los Tribunales de Familia” que tras casi siete años en discusión parlamentaria se aprobarán el 30 de agosto de 2004 en la Ley N° 19.968

en el imaginario del legislador y a la que se hacen repetidas alusiones a lo largo del debate legislativo⁴⁵¹. A este respecto, la primera discusión en Sala de la Cámara de Diputados, a través del diputado informante, Sergio Ojeda Uribe, tratará de acotar la discusión indicando que “no debe legislarse sobre la base de expectativas futuras o inciertas o de anuncios o sugerencias”⁴⁵². Con este contexto de fondo, las discusiones competenciales giran en torno a cuatro posibilidades jurisdiccionales: Juzgado letrado de menores, Juzgado de lo civil, Juzgado de lo penal y Juzgados de policía local. Observamos cómo en este debate, el legislador nunca tuvo en mente una jurisdicción indígena.

Los debates en torno a qué orden jurisdiccional era el más adecuado fueron los siguientes. En la moción parlamentaria presentada por la diputada Adriana Muñoz y el diputado Sergio Aguiló la competencia se otorgaba, según queda establecido en su artículo 2º, al juez/a de letras de menores del domicilio de la víctima⁴⁵³ siempre y cuando las causas no constituyan lesiones graves y menos graves. En este caso la competencia correspondería a los Tribunales del crimen⁴⁵⁴. Posteriormente la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, otorga la competencia a los Juzgados de Policía Local⁴⁵⁵. La siguiente modificación se establece

que Crea los Tribunales de Familia. Véase BCN. Historia de la Ley 19.968 Crea los Tribunales de Familia.

⁴⁵¹ Podemos encontrar referencias a la futura creación de los tribunales de familiar, entre otras en las intervenciones de del diputado Sergio Aguiló, en la discusión en sala del Cámara de Diputados (p. 102, 103), intervenciones de la Ministra Directora del Servicio Nacional de la Mujer, doña Soledad Avelar, la Comisión de Constitución del Senado (p.208); en el Senado durante la Discusión en Sala (p. 394).

⁴⁵² Cfr. BCN. *Historia de la Ley 19.325... op. cit.*, p. 144.

⁴⁵³ *Ibíd.*, p. 8. Para facilitar la comprensión de las propuestas ténganse en cuenta que los Juzgados de Letras de Menores, son el resultado de la reforma operada por la Ley N° 14.550 de 3 de marzo de 1961, que Crea los Juzgados de Letras de Menores y Modifica las Leyes que señala (ley vigente), en línea <http://bcn.cl/1wwrf>. Anteriormente estos juzgados eran denominados Juzgados Especiales de Menores. Con la reforma de 1961 se moderniza este orden jurisdiccional y se crean nuevos Juzgados de Letras de Menores. Las competencias de los Juzgados de Menores son: abandono de familia, pago de pensiones alimenticias y protección de menores.

⁴⁵⁴ Cfr. BCN. *Historia de la Ley 19.325... op. cit.*, p. 103.

⁴⁵⁵ Cfr. *Ibíd.*, p. 54. Para facilitar la comprensión de la propuesta ténganse en cuenta que los Juzgados de Policía Local se regulan en el Decreto Ley N° 15.231 de 23 de mayo de 1978, que Fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley N° 15.231, sobre Organización y Atribuciones de los Juzgados de Policía Local, en línea en, <http://bcn.cl/1uy01>. Las competencias de los Juzgados de Policía Local se regulan en la Ley 18.287, de 7 de febrero de 1984, que Establece procedimiento ante los Juzgados de Policía Local. Estos Juzgados existen en todas las ciudades cabeceras de región y en las ciudades importantes del país. La administración de justicia es ejercida por funcionarios/as que se denominan Jueces de Policía Local, y por los alcaldes para los casos en los que lo establece la Ley 15.231. Los jueces/zas de Policía Local poseen las cualidades y requisitos para ser juez de Letras de Mayor cuantía de simple departamento, y son nombrados por la municipalidad que corresponda a propuesta de la Corte de Apelaciones respectiva previa apertura de concurso público. Ante las decisiones que tomen los Jueces de Policía local cabe recurso ante la Corte de Apelaciones respectiva. Las competencias que corresponden a los Juzgados de Policía Local son: infracciones de las ordenanzas,

en el Segundo informe de las Comisiones Unidas de Constitución, Legislación y Justicia y de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía, donde se devuelve la competencia al “juez de letras de menores del domicilio del ofendido y, en las comunas en donde no existieren, al juzgado de policía local”⁴⁵⁶ y para los casos de los delitos de lesiones graves y menos graves; en este caso la competencia recae en los Tribunales del crimen. Posteriormente en la Comisión de Constitución del Senado, se aprobó la indicación que otorgaba la competencia al Juzgado Letrado de turno en lo civil, dentro de cuyo territorio jurisdiccional se encuentra ubicado el hogar donde vive la víctima⁴⁵⁷ y a los tribunales del crimen cuando los hechos que fundamentan la denuncia o la demanda sean constitutivos de delito⁴⁵⁸. Esta regulación sería consagrada en los sucesivos trámites, hasta que finalmente quedó aprobada en la ley 19.325⁴⁵⁹.

Los argumentos para otorgar la competencia sobre las causas de violencia intrafamiliar al Juzgado Letrado de Menores hacían referencia, en primer lugar, a que los tribunales civiles no tienen una estructura adecuada para responder de una manera óptima a las necesidades que plantea la especialidad de los asuntos de violencia intrafamiliar; en especial se señala la inexistencia de asistentes sociales en planta, la falta de capacitación de jueces y juezas, tanto en los aspectos sociológicos y psicológicos que son relevantes en estos asuntos, así como también la toma de decisiones relativa a tuición de hijas e hijos menores, alimentos, visitas, etc., que en la actualidad son del conocimiento de los juzgados de menores. Teniendo esto en cuenta, sostiene la senadora Laura Soto González⁴⁶⁰ que “entregar la aplicación de esta ley a los

reglamentos, acuerdos municipales y decretos de alcaldía; infracciones de la Ley N° 11.704, de 20 de octubre de 1954 sobre Rentas Municipales, infracciones de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, de la Ley de Educación Primaria Obligatoria, del Decreto Ley N° 678, de 1974 que establece Calificación Cinematográfica, del Decreto con fuerza de Ley N° 216, de 15 de mayo de 1931, sobre registro de empadronamiento vecinal, y las leyes sobre pavimentación; expedido y consumo de bebidas alcohólicas, venta de boletos de la Lotería de la Universidad de Concepción y Polla Chilena; espectáculos públicos y diversiones y carreras, letreros de nombre de calles en los inmuebles, tránsito y pesca.

⁴⁵⁶ Cfr. BCN. *Historia de la Ley 19.325... op. cit.*, pp. 130 y 137.

⁴⁵⁷ La competencia sigue situándose en el Título II “De la competencia y del procedimiento”, artículo 2°, pero modifica la competencia, del tribunal letrado de menores, al tribunal de turno de lo civil. Véase *ibíd.*, p. 221.

⁴⁵⁸ Establece en el artículo 7° la competencia para los hechos constitutivos de delito en el Tribunal del Crimen. Véase *ibíd.*, p. 227.

⁴⁵⁹ Véase a modo de ejemplo la Historia de la Ley 19.325, el Oficio de Modificaciones del Senado, otorga la competencia sobre la comisión de actos de violencia intrafamiliar al Juez Letrado de turno en lo civil en su artículo 2° (p. 307), y al juez del tribunal del Crimen cuando los hechos sean constitutivos de delito (pp. 285, 289, 312).

⁴⁶⁰ La Biblioteca del Congreso Nacional en la reseña biográfica de la senadora Laura Soto González, es abogada de formación, sus intervenciones en los trámites del Proyecto de Ley, se producen desde las filas

juzgados civiles implicaría la ineficacia en la administración de justicia, obligando a los afectados a recurrir a distintos tribunales para obtener una solución integral a su problema⁴⁶¹. Situación que es aplicable también a los tribunales del crimen, y donde además se corre el riesgo de que se produzcan dilaciones innecesarias por la duplicidad de competencias en temas conexos⁴⁶². En atención a estas críticas efectuadas a la jurisdicción civil y criminal sostiene la senadora Laura Soto González, que los juzgados de menores son los únicos que pueden realmente hacerse cargo de la protección del núcleo familiar y la víctima, evitando la dilación y la duplicidad de procesos, siendo los únicos que pueden abordar el problema de forma global al tener ya en la actualidad las competencias para conocer sobre tuición, alimentos, y derecho de visitas⁴⁶³. Además, su estructura y funcionamiento permiten soluciones más ágiles, y ya cuentan con asistentes sociales por lo que están más dotados para resolver este tipo de casos. Haciéndose cargo del contexto legislativo, la senadora añadió que era necesaria la creación de los juzgados especializados de familia, porque derivar a las mujeres a los tribunales de menores, aun siendo en este momento los más idóneos, en el fondo significa un retroceso para las mujeres, porque por un vacío del sistema se las está igualando con la condición de incapaz⁴⁶⁴.

El diputado Carlos Hernán Bosselin también es partidario de que la competencia corresponda a los juzgados de menores y ello porque en estos rige el principio de la inmediación, de modo que el juez/a tiene realmente contacto con las partes, tiene capacitación específica y una preparación psicológica especial para abordar estas situaciones. Critica la propuesta del Senado, que otorga la competencia a la justicia ordinaria, donde las y los jueces están limitados para poder realizar conciliaciones por la

del Partido Demócrata Cristiano, que posteriormente abandonaría para ingresar a las filas del Partido por la Democracia en 1997. Su biografía está vinculada a la defensa de los Derechos Humanos, causa que en la época dictatorial la lleva al exilio. En línea https://www.bcn.cl/historiapolitica/resenas_parlamentarias/wiki/Laura_Soto_Gonz%C3%A1lez (consultado el 13/01/2018).

⁴⁶¹ Cfr. BCN. *Historia de la Ley 19.325... op. cit.*, p. 266.

⁴⁶² Idem.

⁴⁶³ La ley que establece y regula los juzgados letrados de menores es la Ley 14.550 de 3 de marzo de 1991, que Crea los Juzgados de Letras de Menores y Modifica las leyes que señala. En su artículo 2º establece que el tribunal conocerá indistintamente sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, protección de menores. En línea <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=27761> (consultado el 14/01/2018).

⁴⁶⁴ Cfr. BCN. *Historia de la Ley 19.325... op. cit.*, p. 267.

rigidez de las normas de Procedimiento Civil que no permiten la interacción con las personas involucradas sino solo con sus representantes⁴⁶⁵.

La Corte Suprema, si bien no se opuso a la atribución de competencia a los juzgados letrados de menores, sí emitió un informe crítico respecto de otorgarles la competencia a los mismos, haciendo constar “que no era una política judicial recomendable aumentar la ya recargada competencia de estos tribunales, cuya estructura y naturaleza no coinciden con materias como las contenidas en el proyecto, además, si se amplían las competencias a estos tribunales deberían ampliarse los recursos y medios necesarios para atenderlas adecuadamente”⁴⁶⁶. Otro elemento que jugó en contra a la hora de otorgar la competencia a los juzgados letrados de menores se sostuvo por las Comisiones Unidas, señalando su falta de implementación a nivel país como juzgados especializados a los que recurrir. Esto en la práctica obliga a que la mayoría de los casos relativos a la familia son abordados por los jueces y juezas letrados con competencia común, esto es civil, penal, del trabajo y de menores. Este fue el principal argumento que jugó para no atribuir la competencia a los juzgados letrados de menores⁴⁶⁷.

El Servicio Nacional de Menores y otras organizaciones especializadas también se manifiestan partidarios de que la competencia recaiga en el Juzgado Letrado de Menores, justificando este apoyo en que sería altamente inconveniente que los casos en que se vea afectado un menor pase a un tribunal ordinario, significando esto un retroceso en la ley⁴⁶⁸.

La defensa respecto de otorgar la competencia a los Juzgados de Policía Local de forma exclusiva, no tuvo largo recorrido. Si bien la propuesta realizada por Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, supera la Discusión en Sala de la Cámara de Diputados, finalmente terminó por ser una propuesta minoritaria.

⁴⁶⁵ *Ibid.*, p. 322.

⁴⁶⁶ Cfr. BCN. *Historia de la Ley 19.325... op. cit.* 130.

⁴⁶⁷ A pesar de que las Comisiones Unidas establecieron la competencia en los tribunales letrados de menores y en los de policía local, realizaron una crítica a la escasa implementación a nivel país de los tribunales letrados de menores. Cfr. BCN. *Historia de la Ley 19.325... op. cit.*, p. 130.

⁴⁶⁸ La referencia a al posicionamiento del Servicio Nacional de Menores, se conoce a través de la intervención de Sergio Aguiló, realizada durante el Tercer Trámite Constitucional en la Discusión en Sala, de la Cámara de los Diputados. En dicha intervención, el diputado también hace constar que la propuesta de este organismo para la regulación de la competencia, es situar esta en los juzgados de letras correspondientes, pero cuando las víctimas fuesen menores, los casos sean competencia de los tribunales de menores. BCN. *Historia de la Ley 19.325... op. cit.*, p.317.

El diputado Tomás Jocelyn-Holt⁴⁶⁹, defendiendo la competencia de los tribunales de policía local, señalaba que los tribunales civiles no cuentan con las condiciones que requiere hacerse cargo de un cúmulo de responsabilidades que implica conocer de estos casos: entre estas responsabilidades se encuentra la producción de las conciliaciones. Sostiene el diputado que, mientras no se creen los tribunales de familia, esta competencia estaría mejor en los juzgados de policía local, y ello porque son más cercanos a las personas y resulta más fácil acceder a ellos⁴⁷⁰.

El diputado Sergio Aguiló se manifestó contrario a situar la competencia en los juzgados de policía local, señalando que estos se ocupan de asuntos vinculados con las infracciones de la Ley de Tránsito y Ordenanzas Municipales, por lo que carecen de la formación y especialidad que requiere tratar los asuntos de violencia intrafamiliar⁴⁷¹. En oposición también se pronunció el senador por el partido Renovación Nacional, Jorge Miguel Otero Lathrop⁴⁷², quien indicó que no sería eficiente radicar en estos tribunales la competencia de las causas de violencia intrafamiliar, porque ya conocen una gama considerable de asuntos⁴⁷³.

En la consulta realizada a la Corte Suprema, respecto de situar la competencia en el orden jurisdiccional civil, la Corte se pronunció indicando que no era conveniente aumentar la carga de estos tribunales con las materias objeto del Proyecto de Ley⁴⁷⁴. Sin embargo, el senador Otero formuló una indicación para sustituir la competencia y radicarla en el Juzgado de Letras de turno en lo civil en cuyo territorio jurisdiccional se encuentre ubicado el hogar donde vive de la víctima⁴⁷⁵. Justificó esta indicación, señalando que la naturaleza de los hechos y la imposición de las medidas cautelares correspondían al orden jurisdiccional penal; sin embargo, en los casos de violencia

⁴⁶⁹ La Biblioteca del Congreso Nacional en la reseña biográfica del diputado Tomás Jocelyn Holt Letelier señala que es abogado y su actividad como diputado en las filas del Partido Demócrata Cristina se inicia en 1991 y finalizó en 2002. En línea https://www.bcn.cl/historiapolitica/resenas_parlamentarias/wiki/Tomás_Jocelyn_Holt_Letelier (consultado 13/01/2018).

⁴⁷⁰ BCN. *Historia de la Ley 19.325... op. cit.*, p. 400.

⁴⁷¹ Intervención realizada en la Discusión en Sala de la Cámara de Diputados, cfr. *ibíd.*, p. 103.

⁴⁷² La Biblioteca del Congreso Nacional en la reseña biográfica del senador Jorge Miguel Otero Lathrop, recoge que pertenece al Partido Renovación Nacional, y profesionalmente es abogado, desempeñándose como académico, y en el sector privado. En línea https://www.bcn.cl/historiapolitica/resenas_parlamentarias/wiki/Jorge_Miguel_Otero_Lathrop (consultado el 14/01/2018).

⁴⁷³ BCN. *Historia de la Ley 19.325... op. cit.*, p. 208.

⁴⁷⁴ Véase, Oficio de Corte Suprema a Cámara Revisora, *Historia de la Ley 19.325, Establece normas sobre procedimiento y sanciones relativos a los actos de violencia intrafamiliar*, p. 184.

⁴⁷⁵ *Ibíd.*, p. 208.

intrafamiliar en muchos supuestos hay que adoptar medidas de inmediato dentro del campo civil, por lo que el Tribunal Civil es el más idóneo⁴⁷⁶.

A medida que se avanzó en la tramitación del proyecto de ley también existió una corriente que teóricamente situaba la competencia íntegramente en los tribunales del crimen, y no solo para aquellos casos que, como ya se recogía en la moción de la diputada Adriana Muñoz y el diputado Sergio Aguiló, constituyesen una infracción penal⁴⁷⁷. El principal argumento que se usó fue apelar a la naturaleza de los hechos, los cuales entraban en el marco estrictamente penal, porque los delitos que incluye el artículo 1º, ya eran competencia de estos tribunales del crimen. Y además las medidas conducentes a la protección de las víctimas también estarían mejor situadas en este orden jurisdiccional, por lo que estos tribunales serían los más idóneos para ostentar la competencia sobre los hechos constitutivos de violencia intrafamiliar. Se estaría esgrimiendo el argumento de tribunal más especializado para otorgar la competencia, mencionado por el diputado Andrés Chadwick Piñera⁴⁷⁸ y el senador Jorge Miguel Otero Lathrop, quienes, sin embargo, presentaron una moción para situar la competencia en el tribunal letrado civil. Esta asignación de la competencia a la esfera de lo privado, salvo para los casos graves, mantiene la violencia intrafamiliar como una cuestión doméstica, sin darle la relevancia de delito público que merece el tratamiento de las agresiones y malos tratos de violencia intrafamiliar.

La doctrina consultada durante los trámites legislativos mantuvo posiciones diferentes respecto de dónde se debe situar la competencia jurisdiccional de las causas de violencia intrafamiliar. En opinión del constitucionalista Humberto Nogueira Alcalá, la violencia intrafamiliar es una falta infraccional, aun cuando el maltrato pueda llegar a constituir delito: por ello sostiene que el tribunal ordinario debe ser el competente⁴⁷⁹. El Instituto Chileno de Derecho Procesal manifiesta que al interior del organismo existen

⁴⁷⁶ Estas ideas fueron expresadas Jorge Miguel Otero Lathrop, en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, quien se posicionó favorable al orden jurisdiccional civil, no sin antes plantear que la naturaleza de los hechos que dan lugar a la violencia son materia penal, cfr. *ibíd.*, p. 208.

⁴⁷⁷ Como ya se ha indicado la moción presentada por Muñoz y Aguiló establecía la competencia en el juzgado de letras de menores, y para los casos de infracción contemplada en el Código Penal, la competencia recaería en el Tribunal del Crimen respectivo (artículo decimotercero), véase BCN. *Historia de la Ley 19.325... op. cit.*, p. 10.

⁴⁷⁸ La Biblioteca del Congreso Nacional en la reseña biográfica de Andrés Pío Bernardino Chadwick Piñera, que es un abogado y político chileno, perteneciente al Partido Unión Demócrata Independiente, en línea

https://www.bcn.cl/historiapolitica/resenas_parlamentarias/wiki/Andrés_P%C3%ADo_Bernardino_Chadwick_Pi%C3%91era (consultado el 14/1/2018).

⁴⁷⁹ BCN. *Historia de la Ley 19.325... op. cit.*, p. 192.

diversas opiniones, aunque la tesis mayoritaria es situar la competencia en el juzgado letrado de menores⁴⁸⁰. Por su parte, el penalista Juan Bustos Ramírez⁴⁸¹ destaca que la violencia intrafamiliar debe resolverse en el orden penal, pero reconoce que para que eso sea posible en Chile son necesarias reformas fundamentales, como son neutralizar los patrones culturales que influyen en el sistema judicial penal tradicional, evitar la revictimización, lograr la rapidez procedimental, y buscar un sistema de penas y ejecución que tenga relación con la naturaleza del conflicto, de forma que se adapte a la víctima. Es necesario también, indica Bustos Ramírez, consagrar alternativas a la intervención penal, y ofrecer la posibilidad de superar el conflicto a través del diálogo entre las partes mediante un procedimiento de conciliación⁴⁸².

Finalmente, la competencia jurisdiccional quedó regulada en el artículo 2º⁴⁸³, recayendo en el Juzgado de Letras de turno en lo civil, dentro de cuyo territorio jurisdiccional se encuentre ubicado el hogar donde vive la víctima, y si los hechos fuesen constitutivos de delito, señalaba el artículo 7º⁴⁸⁴ que estos debían ser remitidos al Tribunal del Crimen⁴⁸⁵.

2.4. El procedimiento en causas de violencia intrafamiliar.

La Ley 19.325 contempló la creación de procedimientos a favor de las víctimas y el establecimiento de un procedimiento judicial ágil y breve, en el cual se permitía a las

⁴⁸⁰ *Ibid.*, p. 193.

⁴⁸¹ El senador Juan José Bustos Ramírez es penalista de profesión y militante del Partido Socialista (en línea https://www.bcn.cl/historiapolitica/resenas_parlamentarias/wiki/Juan_Jos%C3%A9_Bustos_Ram%C3%ADrez consultado el 12/01/2018).

⁴⁸² BCN. *Historia de la Ley 19.325... op. cit.*, p. 193.

⁴⁸³ Este artículo no está en vigor desde el día 1 de octubre de 2005, y se deroga mediante el artículo 134 de la Ley 19.968, Crea los Tribunales de Familia, publicada el 30 de agosto de 2004, accesible en <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30692> (consultado 12/12/2017).

⁴⁸⁴ El artículo 7º pertenece al Título IV de la Ley, dedicado a las disposiciones generales, y establece la remisión al Tribunal del Crimen en los siguientes términos: “*si el hecho en que se fundamenta la denuncia o demanda es constitutivo de delito, el tribunal civil deberá enviar de inmediato el proceso al Juzgado de Letras en lo criminal que sea competente para conocer de éste. El tribunal del crimen, reuniéndose los elementos constitutivos de un acto de violencia intrafamiliar, gozará de la potestad cautelar que se establece en la letra h) del artículo 3º de esta ley.*”

⁴⁸⁵ Tener presente que cuando la Ley 19.325 entra en vigor, todavía en Chile está vigente el sistema procesal antiguo, donde en el orden penal están vigentes los Tribunales del Crimen. Con la Reforma Procesal Penal se crearán los Juzgados de Garantía y los Tribunales Orales de los Penal,

partes llegar a una conciliación, apreciar la prueba en conciencia y determinar sanciones alternativas para el agresor⁴⁸⁶.

El procedimiento por el cual se han de sustanciar las causas de violencia intrafamiliar aparece recogido en el artículo 3º de la Ley⁴⁸⁷. Este se conforma de ocho apartados, donde se regula lo que en su momento fue un nuevo procedimiento, la conciliación. En este sentido, como novaciones de la ley cabe destacar, el carácter mixto de este tipo de causa, y las diferentes opciones de iniciar el procedimiento que se recogen en artículo 3º letra a) el juicio podrá iniciarse por denuncia oral o escrita, o demanda que podrá interponer la persona víctima o cualquier persona que tenga conocimiento directo de los hechos. Establece también la citada letra, que tanto Carabineros como la Policía de Investigaciones están obligados a recibir la denuncia y ponerla en inmediato conocimiento del juez competente.

En relación con la información que ha de contener la demanda o denuncia, la letra b) del artículo tercero, indica que deberá contener una narración de los hechos, los nombres de la persona o personas afectadas y del autor o autores de los mismos, así como los nombres de las personas que componen el núcleo familiar. De no contenerse toda la información necesaria, serán Carabineros o la Policía de Investigaciones quienes de oficio practiquen las diligencias para poder individualizar la identidad del ofensor u ofensores.

La letra c) señala expresamente que tanto agresor como víctima, podrán actuar y comparecer personalmente, sin necesidad de mandatario judicial y de representación letrada, a menos que el juez/a así lo ordene expresamente. Esta orden será dada por el juez/a siempre que una de las partes aparezca personada con representación letrada, a efectos de garantizar la igualdad de armas en el procedimiento. Si esto sucede y a la parte correspondiente goza de privilegio de pobreza la Corporación de Asistencia Judicial se hace cargo de su representación.

En relación con la celeridad del proceso, la letra d) indicaba que el tribunal contaba con 8 días una vez recibida la denuncia o la demanda para citar al denunciante o demandante, al afectado y al ofensor a comparecer en juicio, bajo el apercibimiento de

⁴⁸⁶ Cfr. PRIETO BRAVO, MARCELA. *Violencia Intrafamiliar... op. cit.*, pp. 69-70.

⁴⁸⁷ Al igual que en el caso de artículo 2º de la ley, el artículo 3º también dejó de estar en vigor desde el día 1 de octubre de 2005, y se deroga mediante el artículo 134 de la Ley 19.968.

procederse en rebeldía de quien no asistiera. Era también potestad jurisdiccional la citación de integrantes del núcleo familiar. Las partes a este acto de juicio debían concurrir provistas de todos los medios de prueba de que dispusieran, incluyendo los testigos a quienes consten personalmente los hechos. En estos juicios no se aplicaban las inhabilidades de los números 1º, 2º, 3º, 4º y 5º del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil⁴⁸⁸ las cuales hacen referencia al cónyuge y los parientes legítimos, ascendientes y descendientes y hermanos ilegítimos⁴⁸⁹, pupilos, criados domésticos o dependientes de la parte que los preste y los trabajadores y labradores dependientes de la persona. Se puede exigir por ley su testimonio, y ello porque estas personas son clave en términos de prueba, porque permiten mediante su testimonio verificar hechos de lesiones y quién las ha producido, que, de otra manera, al producirse en la intimidad del domicilio familiar son difícilmente probables⁴⁹⁰.

La letra e) hace referencia a la forma de notificación que ha de ser personal y se deberá entregar copia íntegra de la resolución y de la demanda o denuncia.

Especial relevancia tiene para el objeto de esta investigación el contenido de la letra f), en la cual se incentiva la conciliación como forma de resolución de los hechos de violencia intrafamiliar, —sobre esta institución profundizaremos *infra*⁴⁹¹—. El tenor de la ley recoge lo siguiente:

“La audiencia se celebrará con las personas que asistan. Luego de escuchar al ofensor, el juez someterá a los interesados las bases sobre las cuales estima posible una conciliación y personalmente las instará a ello. Las opiniones que el tribunal emita al efecto no serán causal de inhabilitación. En la conciliación se podrá convenir sobre toda y cualquier materia, a fin de garantizar la debida convivencia del núcleo familiar y la integridad física o psíquica del ofendido. La conciliación pondrá término al juicio y se estimará como sentencia ejecutoria para todos los efectos legales.”

⁴⁸⁸ Artículo 358 del Código de Procedimiento Civil. “Son también inhábiles para declarar: 1º. El cónyuge y los parientes legítimos hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad de la parte que los presenta como testigos; 2º. Los ascendientes, descendientes y hermanos ilegítimos, cuando haya reconocimiento del parentesco que produzca efectos civiles respecto de la parte que solicite su declaración; 3º. Los pupilos por sus guardadores y viceversa; 4º. Los criados domésticos o dependientes de la parte que los presente. Se entenderá por dependiente, para los efectos de este artículo, el que preste habitualmente servicios retribuidos al que lo haya presentado por testigo, aunque no viva en su casa; 5º. Los trabajadores y labradores dependientes de la persona que exige su testimonio”.

⁴⁸⁹ Indicar que el Código data de 1902, por lo que la terminología que ocupa, debe entenderse dentro de ese contexto histórico.

⁴⁹⁰ Indicar, asimismo, que el Código de Procedimiento Civil, busca la concordancia con el Código civil,

⁴⁹¹ La conciliación se aborda ampliamente *infra* en el subepígrafe 3 La conciliación en la Ley N° 19.325.

La presente ley contenía una regulación expresa de la conciliación, lo que demuestra la importancia que a esta institución se le dio como mejor fórmula de resolución de un conflicto de violencia intrafamiliar, a fin de garantizar la debida convivencia del núcleo familiar y la integridad física o psíquica del ofendido. El valor que esta ley otorga a la conciliación se refuerza en el apartado g) del artículo tercero, el cual señala que la conciliación es obligatoria para las partes envueltas en una causa de violencia intrafamiliar, y solo en supuesto de que la conciliación no prospere o el ofensor se halle en rebeldía, podrá el tribunal recibir la causa a prueba. Los efectos jurídicos de la conciliación son dos: pone término al juicio y genera sentencia ejecutoria para todos los efectos legales.

La letra h) consta de cuatro párrafos, en los cuales regula el rol de juez, así como sus competencias dentro del procedimiento. El párrafo primero, se refiere a las competencias, entre las que se encuentran las de decretar medidas precautorias destinadas a *“garantizar la seguridad física o psíquica del afectado y la tranquila convivencia, subsistencia económica e integridad patrimonial del núcleo familiar”*. Del tenor del artículo se desprende nuevamente ese doble bien jurídico en disputa en la ley, por un lado, la integridad física de la persona agredida, y por el otro la conservación de la familia y su patrimonio. Se contiene también en este primer párrafo una lista no taxativa de las medidas temporales que el juez podrá adoptar en aras a proteger esos bienes jurídicos, en este sentido podrá:

“Prohibir, restringir o limitar la presencia del ofensor en el hogar común; ordenar el reintegro al hogar del quien injustificadamente hay sido obligado a abandonarlo; autorizar al afectado para hacer abandono del hogar común y disponer la entrega inmediata de sus efectos personales; prohibir o limitar la concurrencia del ofensor al lugar del trabajo del ofendido, a menos que trabajen en un mismo establecimiento; provisoriamente fijar alimentos y establecer un régimen de cuidado personal, crianza y educación de los hijos menores que integren el núcleo familiar; y, decretar prohibición de celebrar actos o contratos sobre determinados bienes de quienes lo integren”.

Indica el párrafo segundo que estas medidas solo podrán extenderse por un plazo de sesenta días hábiles, prorrogables a ciento ochenta días hábiles en total. Además, durante la vigencia de las mismas, estas podrán ser modificadas, limitadas, sustituidas o dejadas sin efectos por el tribunal. En relación con el cumplimiento de las medidas el párrafo cuarto indica que el juez/a dispondrá de las facultades establecidas para ello en

el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, incluyendo la posibilidad de decretar auxilio de la fuerza pública, con las facultades de descerrajamiento y allanamiento, si fuera necesario.

La Ley es clara en el párrafo tercero del artículo 3º h), al restringir las competencias del tribunal para conocer de procesos de tuición o cuidado de menores, alimentos definitivos, divorcio o separación de bienes, que corresponderán exclusivamente al respectivo tribunal⁴⁹².

La letra i) se refiere a la práctica de la prueba y la posibilidad de recabar informes médicos, psicológicos, de asistentes sociales u otros que se estimen convenientes, entre ellos de la Administración del Estado, u otros organismos públicos u empresas privadas.

La letra j) contiene el plazo del que dispone el juez/a para dictar sentencia, que será de diez días, así como el contenido o pronunciamientos que la misma debe contener. La misma podrá referirse a los números 1º, 4º y 6º del artículo 170 de Código Civil, es decir respecto de la designación precisa de las partes litigantes, su domicilio y profesión y oficio (art. 1 CPC); las consideraciones de hecho o de derecho que sirven de fundamento de la sentencia (art. 4 CPC); así como la decisión del asunto controvertido (...) (art. 6 CPC). Además, deberá contener un pronunciamiento expreso respecto de

“La concurrencia del hecho constitutivos de violencia intrafamiliar, si afecta o no a la salud física o psíquica del ofendido, la responsabilidad del denunciado o demandado y, en su caso, la sanción que se le aplica. Asimismo, por tiempo que no exceda de sesenta días, podrá mantener, ampliar, modificar, substituir, reducir o dejar sin efecto las medidas precautorias que hay decretado.”

La letra k) del artículo 3º, establece un procedimiento de apelación sin formalismos, al indicar que la misma se podrá interponer verbalmente, sin formalidad alguna, se verá en cuenta, sin esperar la comparecencia personal de las partes, y gozará de preferencia para su fallo.

⁴⁹²Iniciado que sea un juicio por tuición o cuidado de menores, alimentos definitivos, divorcio o separación de bienes, corresponderá exclusivamente al respectivo tribunal resolver sobre las medidas precautorias que estén vigentes al momento de iniciarse tal procedimiento y que estén directamente relacionadas con la materia.

2.5. Sanciones y medidas de seguridad y corrección.

En el Título III se recogen las sanciones y las medidas de seguridad y corrección a las que puede ser condenada una persona. Específicamente el artículo 4 establece: (1) las medidas de asistencia obligatoria a programas terapéuticos o de orientación familiar por un plazo no superior a seis meses; (2) multa a beneficio municipal y, (3) prisión en cualquiera de sus grados. Establece el párrafo segundo del mismo artículo la obligación del tribunal de agravar las penas, en caso de que el condenado incumpliera las medidas precautorias. Permite también el presente artículo la sustitución de la multa y la pena de prisión por trabajos en beneficio de la comunidad.

Los artículos 5º y 6º, se refieren al cumplimiento de las medidas precautorias, y la forma en que las mismas deben ser vigiladas, autorizando al juez/a a valerse de otras instituciones para la fiscalización y realización de informes sobre su cumplimiento (artículo 5). El incumplimiento de las medidas precautorias, deben sancionarse según lo establecido en el artículo 240 del Código de Procedimiento Civil, el cual indica que la pena por incumplimiento es la reclusión menor en su grado medio a máximo.

2.6. El Registro especial de personas condenadas por actos de violencia intrafamiliar.

La Ley 19.325 introduce también una importante novedad que se establece en el artículo 8º, que sigue vigente en la actualidad, y es la creación de un registro especial de personas condenadas por sentencia ejecutoria como autoras de actos de violencia intrafamiliar. Este registro estará a cargo del Servicio de Registro Civil e identificación. Sobre este registro nos referiremos ampliamente cuando abordemos su funcionamiento en la actualidad⁴⁹³.

⁴⁹³ Véase esta información en la presente Parte Segunda, *infra* en el epígrafe V, subepígrafe 4 El Registro especial de sanciones y medidas accesorias por violencia intrafamiliar. Inscripción y omisión de anotaciones.

3. La conciliación en la Ley N° 19.325.

3.1. La conciliación en el contexto de la recepción de los mecanismos alternativos a la resolución de conflictos en Chile.

El objetivo del presente epígrafe es doble, en primer lugar, nos ayuda a contextualizar la recepción de una institución de derecho anglosajona como es la conciliación en Chile. Y en segundo lugar, situar su origen nos permite apuntalar como hilo conductor de la crítica desde la perspectiva feminista decolonial, señalando que en Chile existe una colonialidad jurídica que puede rastrearse hasta la época colonial y que continua en la actualidad, con la importación de instituciones jurídicas de países del Norte Global que son considerados ejemplos de modernidad y desarrollo — favoreciendo la globalización—, sin un estudio claro sobre su implementación e impacto en el contexto jurídico y social interno⁴⁹⁴.

Con el nacimiento del Estado de Derecho y la construcción del Poder Judicial, independiente y diferenciado del Ejecutivo, las personas cedimos el monopolio de la resolución de nuestros conflictos a la Administración de Justicia y a sus órganos jurisdiccionales, encargados de aplicar las normas jurídicas mediante el proceso judicial⁴⁹⁵. La construcción del sistema jurídico tal como hoy lo conocemos responde a procesos de evolución donde unas técnicas de resolución de conflictos han dado lugar a otras, por ello también existen tradiciones de justicia y jurídicas diferentes.

La conciliación es una de las formas de resolución que se incluye dentro de lo que ha venido denominando «medios alternativos a la resolución de conflictos o MARC». Si avanzamos en la historia de la búsqueda de soluciones, se comprueba cómo las diversas sociedades, culturas y comunidades decidían a través de la participación guiadas por una tercera persona neutral y colectivamente valorada⁴⁹⁶. Por ello, aunque suele señalarse el origen de las formas alternativas al proceso en las instituciones del *Common*

⁴⁹⁴ La crítica a la importación de teorías del norte puede encontrarse tanto en la teoría decolonial, en especial la construcción que se hace en torno a la colonialidad del saber, (ver supra en la Primera Parte el epígrafe II. APORTES DE LA DECOLONIALIDAD PARA LA COMPRESIÓN DEL SISTEMA JURÍDICO OCCIDENTAL MONOCULTURAL EN CHILE. Y también en la teoría de la Criminología del Sur, construcción teórica que se aborda *infra* en la Quinta Parte, epígrafe III. MARCO TEÓRICO. LA CRIMINOLOGÍA DEL SUR

⁴⁹⁵ MACHO GÓMEZ, Carolina. «Origen y evolución de la mediación. El nacimiento del movimiento ADR en Estados Unidos y su expansión a Europa.» *Anuario de derecho civil* 67, n° 3, 2014, p. 933.

⁴⁹⁶ *Ibid.*, p. 933.

Law en Estados Unidos, Australia, Canadá o Nueva Zelanda⁴⁹⁷, esto debe ser matizado. Señala MARÍA AMAYA FERNÁNDEZ LÓPEZ, que la diversidad de modelos y la heterogeneidad en las resoluciones se debe a la presencia de diversas etnias y Pueblos Indígenas que trasladaron sus formas de resolver conflictos al ámbito institucional⁴⁹⁸.

En inglés tradicionalmente se ha utilizado la expresión *Alternative Dispute Resolution* (ADR) pero en la actualidad se apuesta por una fórmula más genérica para denominarlos: *Adequate Dispute Resolution*; se prefiere hablar de adecuación del método de resolución de conflictos y no de alternatividad⁴⁹⁹. En el ámbito anglosajón se acumulan más de cuatro décadas de experiencia de coordinación con el sistema donde se han establecido relevantes prácticas mediadoras institucionalizadas⁵⁰⁰.

En América Latina la promoción de los mecanismos alternativos a la resolución de conflictos, no son el resultado de luchas indígenas por el reconocimiento de su justicia o de movimiento civiles que reivindicuen el derecho de acceso a la justicia, sino todo lo contrario, es un ejemplo de lo que BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS denomino «transnacionalización de la regulación jurídica del Estado-nación», concepto que emplea el autor para referirse a cualquier situación en la que puedan vincularse los cambios en el Derecho estatal de un país a presiones internacionales, formales o informales de otros Estados, agencias internacionales u otros actores transnacionales⁵⁰¹. Siguiendo esta conceptualización CARLOS DEOCON sostiene que la incorporación de los MARC fue el resultado de la presión a partir de los años 80 por parte de organismos multilaterales y agencias de cooperación de ayuda al desarrollo para que los medios alternativos de resolución de conflictos se conviertan en prioridad, insistiendo en las

⁴⁹⁷En inglés tradicionalmente se ha ocupado la expresión *Alternative Dispute Resolution* (ADR) pero en la actualidad se apuesta por una fórmula más genérica para denominarlos *Adequate Dispute Resolution*, y se prefiere hablar de adecuación del método de resolución de conflictos y no de alternatividad. En el ámbito anglosajón se acumulan más de tres décadas de experiencia de coordinación con el sistema donde se han establecido relevantes prácticas mediadoras institucionalizadas. Véase en este sentido (Delgado Castro 2016, 242) y FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Amaya. *La mediación en Procesos...* op. cit., p. 30.

⁴⁹⁸ FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Amaya. *La mediación en Procesos...* op. cit., p. 42.

⁴⁹⁹ DELGADO CASTRO, Jordi. «Algunos métodos alternativos de resolución de conflictos: una relectura de los MARC con pretensión dogmática y vocación procesal.» En *Mecanismos alternativos de solución de conflictos*, de María F. VASQUEZ PALMA (dir.). Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas de Santiago, 2016, p. 242.

⁵⁰⁰ FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Amaya. *La mediación en Procesos...* op. cit., p. 30.

⁵⁰¹ Cfr. DE SOUSA SANTOS, Boaventura. *La globalización del derecho...* op. cit., p. 80

ventajas económicas de estas formas no judicializadas de resolver conflictos también aplicables a los pueblos indígenas⁵⁰².

El contexto geopolítico en el que se impulsan los MARC en América Latina ha sido denominado por CARLOS DEOCON «globalización inducida», concepto que acuña el autor para designar al fenómeno mundial que se desarrolla en la década de los ochenta del siglo pasado, consistente en la mundialización comercial y en la apertura económica impuesta y regulada por los organismos financieros mundiales (Banco Mundial, Fondo Monetario Internacional y la Organización Mundial del Comercio). En este contexto, añadir al ya conocido concepto de globalización el adjetivo de inducida no es baladí, sino que nos aporta información al indicar que la adopción de las políticas públicas que exige la globalización se lleva a cabo de forma coaccionada y como contraprestación a una refinanciación de la deuda externa y no por la libre voluntad de los pueblos afectados⁵⁰³.

Como consecuencia de las políticas de globalización que se derivaron del Consenso de Washington⁵⁰⁴, se crearon los Programas de Ajuste Estructural impuestos por el Fondo Mundial Internacional, se modificó la política arancelaria a cambio de inversiones en infraestructura, se impusieron privatizaciones y la apertura a las importaciones estimuladas por la aprobación de proyectos de desarrollo. El resultado de esta política económica es una reestructuración de gran parte del aparato estatal. En el ámbito de la administración de justicia, esto se plasmó en una reducción de sus funciones, principalmente aquellas que tienen que ver con la promoción de los derechos económicos, sociales y culturales y sus correspondientes prestaciones públicas; la ampliación y profundización de otras relativas a los derechos individuales, principalmente la propiedad privada y concernientes a la seguridad y el orden público, y la privatización de los servicios públicos y la reducción presupuestal⁵⁰⁵. Dentro de esta lógica mercantilista, una de las fórmulas que se ensayó en América Latina promovida

⁵⁰² DEOCON, Carlos. «Resolución de conflictos y pueblos indígenas.» DE MIKEL BERRAONDO (Coord.). Bilbao: Instituto de Derechos Humanos. Universidad de Deusto, 2006, p. 586.

⁵⁰³ DEOCON, Carlos. «Resolución de conflictos y pueblos indígenas... *op. cit.*, p. 587.

⁵⁰⁴ Siguiendo también a Carlos Deocon, indicar que los Acuerdos de Washington es el nombre que reciben el conjunto de acuerdos informales alcanzados durante la década de los 80 entre las principales compañías transnacionales, la Reserva Federal norteamericana, el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, entre otros organismos financieros, que diseñan las líneas gruesas de la globalización económica, formalizados en 10 cánones en 1890 por John Williamson, ex presidente del Banco Mundial, cfr. DEOCON, Carlos. «Resolución de conflictos y pueblos indígenas... *op. cit.*, p. 589.

⁵⁰⁵ DEOCON, Carlos. «Resolución de conflictos y pueblos indígenas... *op. cit.*, pp. 589.590.

por determinados proyectos de cooperación internacional del Programa de Administración de Justicia en Latinoamérica, dependiente de la Agencia de Cooperación para el Desarrollo de Estados Unidos, fue la implementación de modelos de informalización de la justicia inspirados en los mecanismos alternativos de resolución de disputas y de justicia restaurativa de Estados Unidos, que generaban espacios cívicos de resolución de conflictos. Las ventajas que este modelo ofrece desde la visión de la globalización es que son métodos de resolución de conflictos más simples; esto reduce los costes, abarata la administración de justicia, que se irá descentralizando del aparato del Estado⁵⁰⁶. Además, se presentan los MARC como la fórmula idónea para abordar los conflictos que puedan surgir entre “los pueblos indígenas y los Estados, entre aquellos y las empresas multinacionales y para los casos en que los pueblos indígenas se ven envueltos en conflictos armados que se desarrollan en su territorio”⁵⁰⁷.

En Chile, la implementación de los mecanismos alternativos a la resolución de conflictos, señala CRISTIAN RIEGO se ha producido principalmente fuera del ámbito de los tribunales de justicia y con escasas conexiones de estos mecanismos con el proceso judicial. El objetivo de la implementación de estos fue –en línea con lo que señalaba CARLOS DEOCON–, evitar que los casos llegasen al proceso judicial formal, objetivo que también se replicó en las leyes de violencia intrafamiliar⁵⁰⁸ y salvo en la mediación

⁵⁰⁶ *Ibid.*, p. 586.

⁵⁰⁷ Enfocando esta situación desde la mirada de los pueblos indígenas para identificar cuáles son los peligros, que el impulso desde el Estado e intereses extranjeros de los medios alternativos de resolución de conflictos pueden tener para sus comunidades, es necesario diferenciar tres escenarios distintos de conflicto que enfrentan los pueblos indígenas. En primer lugar, indica CARLOS DEOCON se produce un desplazamiento de la línea divisoria entre la jurisdicción y medios alternativos, ampliándose las controversias que podrán ser resueltas a través de los MARC. En segundo lugar, la apuesta por los MARC no se realiza desde el mejoramiento por la administración de justicia o el reconocimiento de la justicia indígena, sino como una fórmula de abaratamiento de costes y menos injerencia del sistema judicial. En tercer lugar, al limitar el alcance de la jurisdicción se verán limitadas sus competencias a la hora de garantizar los derechos fundamentales de las personas, situación especialmente preocupante cuando este conflicto se produce entre comunidades indígenas e intereses del estado, comerciales o sobre la propiedad privada, que se verán beneficiados en detrimento de la protección de personas o comunidades indígenas⁵⁰⁷. En cuarto lugar, se corre el riesgo de que los derechos fundamentales y los bienes jurídicos importantes para los pueblos indígenas, no se resuelvan por parte de la jurisdicción, entendida esta como el medio más contundente, garantista y donde incluso se puede hacer uso de la fuerza pública para garantizar su eficacia, obligándoles a acudir a los medios alternativos de resolución de conflictos en sus diversas modalidades de conciliación, mediación, arbitraje y negociación⁵⁰⁷. Esto supone cuando esta vía no es voluntaria una justicia diferenciada por razón de origen étnico, que en el caso de los pueblos indígenas genera discriminación e indefensión al no tener los recursos económicos suficientes para entablar negociaciones con igualdad de armas frente a los intereses comerciales de grandes compañías como pueden ser las mineras o agrícolas. Más ampliamente DEOCON, Carlos. «Resolución de conflictos y pueblos indígenas... *op. cit.*, pp. 586-590.

⁵⁰⁸ En este sentido ver en la página 164 y ss; 218 y ss.

familiar, no han estado vinculados a un proyecto de mejoramiento de la accesibilidad al sistema judicial formal⁵⁰⁹.

La doctrina jurídica —escrita en español— desde una perspectiva crítica con los procesos de mercantilización, ofrece diferentes definiciones de lo que debemos entender por «mecanismos alternativos a la resolución de conflictos». LUIS OCTAVIO VADO GRAJALES, entiende estos procedimientos como un sistema que rescate para las partes de la capacidad de decisión sobre su problema o litigio que se fue perdiendo con el perfeccionamiento del Estado de Derecho⁵¹⁰. Y MARÍA AMAYA FERNÁNDEZ LÓPEZ los define como “una miscelánea de procedimientos y metodologías cuya finalidad común es la de resolver conflictos de una forma eficaz sin tener que acudir a los mecanismos institucionalizados de forma oficial”⁵¹¹. Esta forma de resolver no es o no debe ser una privatización de la justicia, ni mucho menos una renuncia a la misma, sino la existencia de diversos mecanismos para conseguir justicia⁵¹². Pensamos al igual que la doctrina señalada que esta es la manera adecuada de introducir los MARC en el ordenamiento jurídico, esto es, poniendo en el centro a las personas, y no buscando únicamente la reducción de costes. La Administración de Justicia debe ser vista como una inversión que se hace para mejorar la calidad de vida de las personas en la sociedad y nunca como un coste de forma que, a mayor inversión, mayor calidad de vida.

3.2. La introducción de la conciliación en los debates legislativos de la Historia de la Ley 19.325.

El Proyecto de Ley sobre Violencia Doméstica, presentado a la Cámara de Diputados por la diputada Adriana Muñoz y el diputado Sergio Aguiló en agosto de 1991, era un texto de quince artículos y un artículo transitorio, de los cuales, en ninguno se hace referencia a la conciliación. Sin embargo, la conciliación como método de resolución de causas de violencia intrafamiliar formó parte del texto de la Ley N°

⁵⁰⁹ RIEGO, Cristian. «Los sistemas alternativos de resolución de conflictos y la reforma procesal civil.» En *Mecanismos alternativos de solución de conflictos. Un estudio multidisciplinar*, de María F. VÁSQUEZ PALMA (Dir.), Raul CARNEVALI RODRIGUEZ y Diego PALOMO VELEZ (Coords.), 255-261. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas de Santiago, 2016, p. 257.

⁵¹⁰ Cfr. VADO GRAJALES, Luis Octavio. «Medios Alternativos de Resolución... *op. cit.*, 587.

⁵¹¹ FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Amaya. *La mediación en Procesos... op. cit.*, p. 42.

⁵¹² VADO GRAJALES, Luis Octavio. «Medios Alternativos de Resolución de Conflictos.» en <https://www.cejamericas.org/Documentos/DocumentosIDRC/7nuevo.pdf> (consultado el 20 de enero de 2018), p. 376.

19.325, y fue uno de los temas de controversia en 19 de las 33 instancias de discusión, informe o debate del Proyecto de Ley⁵¹³. En la Historia de la Ley N° 19.325 se puede hacer el seguimiento de dos problemáticas que abordó el Legislativo en el diseño de la implementación de este nuevo procedimiento. En primer lugar, los debates relativos a la justificación de introducir esta nueva institución en Chile; y posteriormente, como debía regularse el procedimiento de conciliación.

El primer argumento a favor de esta fórmula de resolución y la primera propuesta también de regulación la presenta el Ejecutivo en sus indicaciones de 2 de diciembre de 1991 publicadas en el mensaje n° 233-322⁵¹⁴, en cuya indicación octava se propone incluir la conciliación⁵¹⁵. Con esta indicación el ejecutivo hace una apuesta por la conciliación, como una forma de protección idónea de los Derechos Humanos de las

⁵¹³ Señalo a continuación los trámites que en la Historia de la Ley 19.325 recogen menciones a la conciliación. En el *Primer trámite constitucional: Cámara de Diputados*, aparecen menciones a la conciliación en: Indicaciones al ejecutivo (pp. 14-17); Informe de la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía al Congreso (pp. 24-37); Discusión en Sala de la Cámara de Diputados (pp. 49-119); Informe de Comisiones de Constitución y Derechos Humanos unidas (pp.127-139); Discusión en sala relativa a la definición de conductas de violencia intrafamiliar y procedimientos para prevenirlas (pp.143-172); Oficio de Cámara de Origen a Cámara Revisora (pp.178-183); *Segundo Trámite Constitucional: Senado*, Oficio de Corte Suprema a Cámara Revisora y Primer Informe de Comisión de Constitución (p. 184); Primer Informe de Comisión de Constitución (pp. 211-215, 223-229); Discusión en Sala (p.294); Segundo Informe de Comisión de Constitución (pp. 272-273); Oficio de Cámara Revisora a Cámara de Origen (p.412); *Tercer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados*, Discusión en Sala (pp. 320-325); Informe de la Comisión Mixta (pp. 337, 349); *Trámite de Veto Presidencial*, Oficio de Cámara de Origen al Ejecutivo (pp. 386,387); Informe de la Comisión de constitución (p. 388); Discusión en Sala (pp. 396, 400).

⁵¹⁴ En la Historia de la Ley 19.325, se recoge este trámite con la siguiente referencia “Formula indicación al Proyecto de ley sobre Violencia Doméstica, iniciado en moción de los H. Diputados Sergio Aguiló y Adriana Muñoz (Boletín N° 451-07), pp. 13 y ss.

⁵¹⁵ La conciliación se incluye en una nueva redacción del artículo 7º, Artículo Séptimo; El tribunal podrá de Oficio o a petición de parte, adoptar en cualquier estado del proceso y con el objeto de cautelar el bien protegido por esta ley, las siguientes medidas:

a) Ordenar la suspensión de la cohabitación del presunto agresor en la vivienda donde habita el grupo familiar, si estima que la continuación de la convivencia significa un riesgo para la integridad física o psíquica de alguno de sus integrantes. La vigencia de la medida la determinará el Juez según las circunstancias del caso;

b) Prohibir el acceso del imputado al domicilio o lugar de trabajo del ofendido. El Juez, cuando lo estime pertinente, de oficio o a petición de parte establecerá la vigencia de la medida dispuesta de acuerdo a los antecedentes de la causa.

c) Fijar una pensión de alimentos provisorios, si correspondiese, de acuerdo a los antecedentes de la causa y a la ley 14.908 y al título XVIII, Libro I del Código Civil;

d) Establecer el régimen provisorio de cuidado personal, crianza y educación de los hijos, si correspondiere;

e) Procurar que las partes arriben a un acuerdo sobre las cuestiones precedentemente indicadas recurriendo a atención psicológica primaria prestada por el tribunal. En caso de incumplimiento de las medidas decretadas por el tribunal, en virtud de la presente disposición se apremiará al infractor de acuerdo al artículo 15 de la ley 14.908.

El Juez en cualquier estado de la causa podrá llamar a conciliación partes. Las opiniones que el Juez emita no lo inhabilitarán para seguir conociendo la causa.

mujeres, infancia y personas con discapacidad o diversidad funcional⁵¹⁶. Consideramos que el Ejecutivo tuvo la convicción de que esta forma alternativa al proceso civil/penal es la más idónea, y ello porque, en primer lugar, permite su aplicación para resolver cuestiones penales, como la suspensión de cohabitación (art. 7° a) y la prohibición del acceso del imputado al domicilio o lugar de trabajo del ofendido (art. 7° b); y también cuestiones civiles, relativas a la pensión de alimentos (art. 7° e) y al establecimiento de un régimen provisional de cuidado personal, crianza y educación de los hijos si correspondiere (art. 7° d). En segundo lugar, permite la flexibilidad del procedimiento para que el juez/a pueda llamar a conciliación de las partes en cualquier momento. Y, en tercer lugar, el juez/a podrá ser libre de emitir cualquier opinión, dado que las mismas no podrán ser, en caso de que el proceso de conciliación fracase, alegadas por las partes posteriormente para una inhabilitación dentro de la causa para recusar al tribunal.

La conciliación como la mejor garantía de la protección del bien jurídico, aunque enfocado desde otra posición, fue también el argumento que se presentó en la discusión en Sala de la Cámara de Diputados⁵¹⁷, donde las diputadas y diputados tienen la posibilidad de expresarse individualmente⁵¹⁸. En la discusión general no se expuso

⁵¹⁶ En la presentación de las indicaciones el Ejecutivo considera que este tipo de iniciativas, refiriéndose al proyecto de ley, contribuye a prevenir y sancionar un determinado tipo de conductas que no solamente inciden en el campo de lo ilícito penal, sino que, también “representan una cruel y soterrada forma de violación de los derechos humanos y de garantías individuales básicas, como lo es la violencia intrafamiliar ejercida principalmente sobre la mujer, los menores y los minusválidos”. De esta afirmación derivamos como se indica en el texto principal, que el Ejecutivo al incluir la conciliación dentro de sus indicaciones, entendía que, con ella, estaba protegiendo a las mujeres, infancia y personas con diversidad funcional o discapacidades de la violencia intrafamiliar. Cfr. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL E CHILE. *Historia de la Ley 19.325... op. cit.*, p. 13.

⁵¹⁷ El título íntegro de la sesión es como recoge la Historia de la Ley, Discusión en Sala. Cámara de Diputados. Legislatura 325. Sesión 42, fecha 19 de enero, 1993. Discusión general, se aprueba en general. Definición de Conductas de Violencia Intrafamiliar y Procedimiento para prevenirlas y sancionarlas. Primer trámite constitucional, *cfr.* BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL E CHILE. *Historia de la Ley 19.325... op. cit.*, pp. 69 y ss.

⁵¹⁸ En la presente tesis, y en relación a las posturas que se emiten en los debates legislativos, se incluirá una pequeña reseña biográfica de las personas que ostentan cargos en el Congreso, información que es extraída de la reseña biográfica que figura en la web de la Biblioteca del Congreso, y es consultada en línea

https://www.bcn.cl/historiapolitica/resenas_parlamentarias/index.html?categ=por_periodo&periodo=1990-2018 (consultado el 13/01/2018).

La inclusión de esta pequeña referencia persigue diversos objetivos. Si tenemos en cuenta el contexto jurídico-legislativo, en el momento en que se está discutiendo la ley Chile es todavía un país que no tiene derecho al divorcio, no tiene tribunales de familia, y en los tribunales del crimen todavía se aplica el sistema antiguo. A esto debemos tener en cuenta que es un país que recién termina de salir de una dictadura militar. Si tenemos en cuenta todo esto, la información respecto de la profesión y el partido político al que pertenece cada persona nos permite valorar con mayor claridad las aportaciones que realiza al debate legislativo. Y ello porque nos está aportando información respecto de su formación académica y laboral pero también respecto de sus valores, que van a influir a la hora de considerar cual es el bien protegido por la ley o si el reproche social que implica la sanción de las acciones de violencia

postura contraria a la conciliación. Y las intervenciones que se realizaron, se hicieron eco de las dos corrientes existentes. Una primera corriente apuesta por la solución a través del Derecho penal, sancionando la agresión como cualquier otro delito. Y una segunda postura apuesta por la introducción de la conciliación o un sistema terapéutico con connotaciones y orientación de sistema social que paralizase el procedimiento penal para abordar los conflictos de violencia intrafamiliar⁵¹⁹. El argumento que se acoge para justificar la implementación de la conciliación es que permite salvaguardar el proceso de integración familiar mejor que el castigo⁵²⁰. En una línea muy similar se expresa el asesor de la Ministra Directora del Servicio Nacional de la Mujer, doña Soledad Alvear Valenzuela,⁵²¹ el penalista Juan José Bustos Ramírez pone el foco en la protección de la familia y sostiene que la conciliación “es una fórmula que se aplica en la actualidad en diversas legislaciones extranjeras, especialmente en los países de Europa, y aseveró que en el proyecto está en juego la familia y su conservación, en cuya perspectiva resulta absolutamente adecuado el llamado a conciliación practicado por el tribunal”⁵²².

intrafamiliar debe ser de naturaleza pública o privada. En definitiva, nos permite analizar cuáles son los discursos en materia de política criminal y protección de la mujer que se defienden desde los diferentes partidos políticos y si hay diferencias relevantes o no. La inclusión del nombre, y no solamente del apellido, también nos aporta información respecto del sexo/género de la persona que está hablando. Diferenciar si se trata de la voz de una mujer o de un hombre importa a la hora de analizar desde una perspectiva de género lo que se está proponiendo y nos habla del lugar de privilegio del que parte cada persona. Esta información que aporta la biografía de las personas —como se ha indicado en el primer capítulo—, las epistemologías feministas la consideran imprescindible para construir una ciencia no patriarcal, donde se estudia tanto el objeto, en este caso la ley, como el sujeto, las personas que lo han construido, en este caso las y los congresistas. Y, por último, y quizás más importante, es que creo que introduciendo los nombres de las personas que han trabajado en la redacción y discusión de las normas, se produce también un ejercicio de interculturalidad, en diálogo con el Pueblo Mapuche, en cuya cultura el nombre y el apellido son de vital importancia. Y ello porque conecta a las personas que están aquí con las que son del pasado a través del apellido, y también con las generaciones del futuro, que pueden ver que familias son responsables para bien, o para mal de las decisiones tomadas. Esta importancia del apellido en la cultura mapuche, forma parte de mi aprendizaje participando como observadora en el proceso de Consulta Previa los Pueblos Indígenas para la Creación del Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio, organizado por el Consejo de Cultura de la Región del Libertador General Bernardo O’Higgins, en la que solamente participó el Pueblo Mapuche en dicha región. En línea <http://www.cultura.gob.cl/wp-content/uploads/2016/12/dialogo-culturas.pdf> (p. 213).

⁵¹⁹ Ideas expuestas en la intervención del diputado Sergio Ojeda Uribe (abogado y político de le Partico Demócrata Cristiano, en línea

https://www.bcn.cl/historiapolitica/resenas_parlamentarias/wiki/Sergio_Ojeda_Uribe, consultado el 12/01/2018). Cfr. BCN. *Historia de la Ley 19.325... op. cit.*, p. 72

⁵²⁰ Idea expresada por el Diputado Baldemar Carrasco Muñoz (profesor y político del Partido Demócrata Cristiano, en línea https://www.bcn.cl/historiapolitica/resenas_parlamentarias/wiki/Baldemar_Carrasco_Mu%C3%B1oz, consultado el 12/01/2018), cfr. BCN. *Historia de la Ley 19.325... op. cit.*, p. 113.

⁵²¹ La Biblioteca del Congreso Nacional en la reseña biográfica de Soledad Alvear Valenzuela, señala que es una abogada y política militante del Partido Demócrata Cristiano. En línea, https://www.bcn.cl/historiapolitica/resenas_parlamentarias/wiki/Mar%C3%ADa_Soledad_Alvear_Valenzuela (consultado el 14/01/2018).

⁵²² Cfr. BCN. *Historia de la Ley 19.325... op. cit.*, p. 211.

La Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía⁵²³ justifica su apoyo a la indicación del Ejecutivo respecto de la conciliación, señalando que el Derecho Penal ha fracasado en la persecución y sanción de la violencia intrafamiliar. Señala que el Derecho Penal es punitivo y no rehabilitador, esto implica que su objeto son las conductas que ya han sucedido, no el comportamiento futuro, por ello, los programas que enseñan al victimario a controlar sus agresiones todavía son poco frecuentes. El segundo argumento que pone sobre la mesa, es la importancia de la agencia humana⁵²⁴ de las personas que trabajan en la administración de justicia penal — la policía, los actuarios y los jueces— quienes “no han considerado la violencia intrafamiliar y en especial contra la mujer como una cuestión penal, y, por lo tanto, se han negado a detener, juzgar y condenar al autor”⁵²⁵. Dentro de las críticas al sistema penal, señalan los problemas de índole probatorio, poniendo de manifiesto la dificultad de sustentar la carga de la prueba. Por último, la Comisión de Derechos Humanos analiza las consecuencias de la multa o la pena de prisión para el condenado por violencia intrafamiliar, indicando que toda pena termina por penalizar a la víctima: si se trata de una multa, se pagará con el dinero de la familia, y si se trata de reclusión para el agresor puede causar dificultades financieras porque la familia pierde parte de su sostén económico. Además, añade la Comisión, una vez finalizado el cumplimiento de la pena de prisión, es probable que el hombre se haya vuelto más violento de lo que era anteriormente. Por todo ello, hay un sector de la doctrina que entiende que especialmente en las sociedades más tradicionales, la aplicación del sistema penal perjudica a las mujeres, quedando todavía más aisladas de sus familias extendidas, y los parientes del esposo intentan vengarse de ella⁵²⁶.

Para sostener las virtudes de la introducción de la conciliación en contraposición al proceso penal se resalta la existencia de diversas terapias y tratamientos que se han realizado con hombres maltratadores, en particular el programa educativo del SERNAM dirigido a hombres condenados que acuden voluntariamente, con el objetivo de

⁵²³ El título integro que recoge la Historia de la Ley es “Informe de la Comisión de Derechos-Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía, sobre el Proyecto de Ley que define las conductas de violencia doméstica o violencia intrafamiliar y establece el procedimiento para prevenirlas y sancionarlas. Cámara de Diputados. Fecha 30 de julio, 1992. Cuenta en Sesión 30. Legislatura 325”. BCN. *Historia de la Ley 19.325... op. cit.*, p. 19 y ss.

⁵²⁴ Entendemos por agencia humana, la habilidad o capacidad de las personas para tomar decisiones y actuar con la intención de producir un efecto, buscando un propósito.

⁵²⁵ BCN. *Historia de la Ley 19.325... op. cit.*, p.24.

⁵²⁶ *Ibid.*, pp. 24-25.

revitalizar el vínculo de la pareja⁵²⁷, o el programa de asistencia a víctimas de este mismo servicio⁵²⁸. Tomando estas experiencias en cuenta, la Comisión de Derechos Humanos considera que la conciliación es el procedimiento que permite ayudar tanto a la víctima como al agresor, especialmente porque con este procedimiento se puede contrarrestar la agencia humana y se reducen los problemas probatorios como del ámbito estrictamente penal. Para conseguir esto, sostiene la Comisión de Derechos Humanos, se hace necesario implementar diferentes reformas legales, no solo penales⁵²⁹, indicando expresamente que “la ley que se ocupe del problema de la violencia intrafamiliar debe orientarse, además de sancionar, a resolver y ayudar en la terapia de las causas de la violencia”⁵³⁰. Dentro de la Comisión, el diputado Bosselin⁵³¹ propone seguir las recomendaciones del Colegio de Psicólogos, que indican que las materias de familia no deben resolverse en procedimientos controversiales, porque estos, “lejos de crear la concordia o poner coto a las diferencias que se puedan estar creando las incrementarán, y lejos de fortalecer la familia, la van a terminar por destruir”⁵³². Finalmente, la Comisión de Derechos Humanos propone un sistema penal donde se permita la conciliación y la existencia de terapias que ayuden tanto a la víctima como al agresor a comprender y superar el fenómeno de la violencia intrafamiliar⁵³³.

Una tercera línea de argumentos a favor de la conciliación se encuentra en el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia sobre el Proyecto de Ley sobre Violencia Intrafamiliar de 10 de diciembre de 1992. Cuenta en Sesión 30. Legislatura 325 (Boletín N° 451-07-2)⁵³⁴. La Comisión de Constitución considera que la solución a la violencia intrafamiliar pasa por proteger a las víctimas, castigar al agresor y rehacer en la medida de lo posible la relación afectiva, cuando los integrantes deseen mantener la relación. Recalcó que por lo general la víctima no quiere la prisión de su

⁵²⁷ *Ibid.*, p. 27.

⁵²⁸ *Ibid.*, p. 30.

⁵²⁹ *Ibid.*, p. 25.

⁵³⁰ *Ibid.*, p. 28.

⁵³¹ La Biblioteca del Congreso Nacional en la reseña biográfica del diputado recoge que Carlos Hernán Bosselin Correa, abogado de profesión, ingresa al cargo de diputado por el Partido Demócrata Cristiano en 1989, e integró la Comisión Permanente de Constitución, Legislación y Justicia en el periodo 1990-1994. En línea

https://www.bcn.cl/historiapolitica/resenas_parlamentarias/wiki/Carlos_Hernán_Bosselin_Correa (consultado el 14/01/2018).

⁵³² BCN. *Historia de la Ley 19.325... op. cit.*, pp. 320.

⁵³³ *Ibid.*, p. 24.

⁵³⁴ *Ibid.*, pp. 69 y ss.

agresor, sino resolver el problema de la violencia. Por ello el juez/a debe tener por norte la búsqueda de la conciliación, evitando entrar al proceso y a la prueba sin antes intentar una conciliación. Y si es necesario de forma excepcional también estará facultado para suspender la audiencia, con el objeto de procurar la conciliación de las partes.

Este argumento también es defendido por la Señora Ministra Directora del Servicio Nacional de la Mujer, doña Soledad Alvear Valenzuela, en su intervención en el Primer Informe de Comisión de Constitución⁵³⁵, donde sostuvo que la conciliación se adecúa mejor al interés de la víctima, porque lo que quiere es que se “le ayude a solucionar el conflicto y no, precisamente la penalización del ofensor”⁵³⁶ postura que mantuvo en sus siguientes intervenciones a lo largo de la tramitación del Proyecto de Ley⁵³⁷.

El cuarto y quinto argumento que se presenta para apoyar la conciliación los formula la diputada María Angélica Cristi⁵³⁸, quien sostiene que la obligación del juez de instar a las partes a llegar a una conciliación, permitirá que muchos agresores puedan tomar consciencia de la gravedad que encierra la violencia intrafamiliar. Y, en segundo lugar, indica que la conciliación permite resolver la situación de la violencia intrafamiliar de una forma más simple⁵³⁹.

En conclusión, a lo largo de la tramitación del proyecto de ley, existió unanimidad en el reconocimiento de la utilidad de la institución de la conciliación como método alternativo al proceso judicial para solucionar la violencia intrafamiliar. Los argumentos que se sostuvieron para justificar la conciliación pueden resumirse en cinco. El primero de ellos defiende que la conciliación contribuye a la protección del bien jurídico, este

⁵³⁵ El título íntegro que recoge la Historia de la Ley es Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, sobre violencia intrafamiliar. Senado, a 29 de octubre de 1993. Cuenta en Sesión 11. Legislatura 327. BCN. *Historia de la Ley 19.325... op. cit.*, p. 185.

⁵³⁶ BCN. *Historia de la Ley 19.325... op. cit.*, p. 211.

⁵³⁷ Este argumento fue defendido también por la Señora Ministra, en su intervención en la Sesión celebrada en el Senado. Legislatura 327. Sesión 14. Fecha de 16 de noviembre de 1993. Discusión general, se aprueba en general. Normativa sobre violencia intrafamiliar. En esta oportunidad valoro como fortalezas del proyecto las medidas cautelares y las sanciones alternativas a la prisión, por responder mejor a los deseos de las víctimas, acogiendo el argumento de que las víctimas no quieren el ingreso en prisión de su agresor, sino resolver el problema de la violencia. Este es también el argumento que acogió para defender la conciliación como el norte que debe guiar al juez durante el proceso. BCN. *Historia de la Ley 19.325... op. cit.*, pp. 239 y ss.

⁵³⁸ La Biblioteca del Congreso Nacional en la reseña biográfica de María Angélica Cristi Marfil es militante del Partido Unión Demócrata Independiente, y fue diputada por la Región Metropolitana desde 1990 a 2014 por seis periodos consecutivos. En línea en https://www.bcn.cl/historiapolitica/resenas_parlamentarias/wiki/Mar%C3%ADa_Ang%C3%A9lica_Cristi_Marfil

⁵³⁹ BCN. *Historia de la Ley 19.325... op. cit.*, p. 323.

bien jurídico protegido varía dependiendo de quien lo enuncie, puede ser los derechos humanos (entendidos como el derecho a la integridad física, o a la dignidad de la persona), la convivencia del grupo familiar, o la conservación de la familia⁵⁴⁰. El segundo argumento que se ofreció es que, dado que el sistema penal ha funcionado mal, la conciliación es la oportunidad de aprobar una ley con garantías de un funcionamiento mejor. El tercer argumento que se sostiene es que, además, se ajusta mejor a lo que las víctimas quieren, al no querer las mujeres que sus parejas ingresen en prisión. El cuarto argumento es que permitirá al agresor tomar consciencia de la gravedad de su violencia. Y, en quinto lugar, se presenta la conciliación como una salida sencilla a las causas de violencia intrafamiliar.

3.3. Regulación de las materias que pueden ser objeto de conciliación

Durante los trámites legislativos de la Ley 19.325 se confrontaron dos posturas diferentes respecto de las materias que pueden ser objeto de conciliación y el orden jurisdiccional competente. La postura mayoritaria abogaba por la conciliación como el medio para resolver cualquier materia incluidas cuestiones penales. Y la segunda postura, plateaba un uso más restringido de la conciliación, señalando que no pueden ser objeto de conciliación materias penales.

La primera postura sostiene que la conciliación en causas de violencia intrafamiliar puede realizarse sobre cualquier materia tanto civil como penal, y ello apelando a la naturaleza de estas causas o juicios que afectan a la privacidad de la familia. Se sostiene desde este paradigma que las causas de violencia intrafamiliar son de naturaleza privada, por lo tanto, no cabe su inicio vía querrela. Y siendo un conflicto de naturaleza privada⁵⁴¹, las partes pueden disponer de ella.

⁵⁴⁰ Sobre el bien jurídico protegido véase supra Tercera Parte, Epígrafe II, subepígrafe 2, apartado 2.2. El bien jurídico protegido en la violencia intrafamiliar y objeto de la ley.

⁵⁴¹ Argumento esgrimido por la Comisión de Constitución en su Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, sobre violencia intrafamiliar. Senado a 6 de diciembre de 1993. Cuenta en Sesión 18. Legislatura 327, cfr. BCN. *Historia de la Ley 19.325... op. cit.*, p. 268.

La segunda postura minoritaria, sostenida entre otras y otros congresistas, por la senadora Laura Soto González, en la Comisión de Constitución⁵⁴², defiende que la conciliación no debe producirse respecto de la parte infraccional, y ello porque ésta debe estar reservada a la acción pública por tratarse de un delito, y por tanto no cabe el perdón del ofendido, pero sí es posible que se realice la conciliación en el aspecto civil.

Finalmente, en la Ley 19.325 no introdujo límites a las materias que podían ser objeto de conciliación. Por el contrario, el artículo 3° f) estableció que “*en la conciliación se podrá convenir sobre toda y cualquier materia, a fin de garantizar la debida convivencia del núcleo familiar y la integridad física o psíquica del ofendido*”⁵⁴³.

3.4. La conciliación como una instancia obligatoria o voluntaria para las partes y la obligación de instar a las partes a la conciliación.

Durante la tramitación del Proyecto de Ley, se mantuvieron dos posiciones enfrentadas respecto a cómo debía establecerse la conciliación. Una corriente se mostró partidaria de obligar a las partes a realizar un procedimiento de conciliación, el cual debe ser previo a la vista. En oposición a la obligatoriedad de la conciliación el senador Ruiz de Giorgio⁵⁴⁴, sostiene que no es adecuado mantener la obligatoriedad de la instancia de conciliación, sino que ésta debe plantearse como una posibilidad, donde debe decidir el juez/a si es idóneo que la misma se realice, teniendo en cuenta la situación de la mujer y la presión a la que está sometida, por ello también sostiene que la conciliación no debe realizarse con el ofensor presente, debido a que puede influir en la voluntad de la víctima⁵⁴⁵.

Finalmente, en la ley quedó establecido que la conciliación debe ser voluntaria para las partes en el artículo 7° f) de la Ley N. 19.325:

⁵⁴² Véase, Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, sobre violencia intrafamiliar. Senado a 6 de diciembre de 1993. Cuenta en Sesión 18. Legislatura 327, BCN. *Historia de la Ley 19.325... op. cit.*

⁵⁴³ BCN. *Historia de la Ley 19.325... op. cit.*, pp. 432-433.

⁵⁴⁴ La Biblioteca del Congreso Nacional en la reseña biográfica del senador José Ruiz de Giorgio señala que su carrera política está marcada por su formación como marino y la defensa de los trabajadores. Sus cargos electos los gana desde las filas del Partido Demócrata Cristiano. En línea https://www.bcn.cl/historiapolitica/reseñas_parlamentarias/wiki/Jos%C3%A9_Ruiz_de_Giorgio (consultado el 13/01/2018).

⁵⁴⁵ BCN. *Historia de la Ley 19.325... op. cit.*, p. 273.

“La audiencia se celebrará con las partes que asistan. Luego de escuchar al ofensor, el juez someterá a los interesados a las bases sobre las cuales estima posible una conciliación y personalmente las instará a ello. Las opiniones que el tribunal emita al efecto no serán causal de inhabilitación. En la conciliación se podrá convenir sobre toda o cualquier materia, a fin de garantizar la debida convivencia del núcleo familiar y la integridad física o psíquica del ofendido. La conciliación pondrá término a juicio y se estimará como sentencia ejecutoria para todos los efectos legales”.

Tal y como quedó la regulación definitiva, se le indica al juez/a que debe instar la conciliación entre las partes, para cuyo cometido se le otorga total libertad, pudiendo en el acto de conciliación decir lo que estime oportuno, al no constituir sus opiniones una causal de inhabilitación. Consideramos que, si bien la conciliación tal como queda redactada es preceptiva para las partes, en el sentido de que deben asistir al acto de conciliación, pero no están obligadas a conciliar, queda regulada de tal manera que puede percibirse como coactiva especialmente por las mujeres que lleguen a este procedimiento de forma poco empoderada, dependiendo de lo que el juez/a diga para instar la conciliación.

3.5. La presencia de las partes en el acto de conciliación.

Otro tema que generó posturas encontradas, fue determinar si el acto de conciliación debía realizarse con las partes por separado, o ambas partes presentes. La postura minoritaria, representada en la opinión del senador José Ruiz de Giorgio, defendió que el acto de conciliación, por las características que presenta la violencia contra las mujeres, y la situación en la que llegan al tribunal, debe hacerse separadamente entre la víctima y el agresor, dado que éste puede inferir presiones a la mujer para que concilie sin sentirse satisfecha con el acuerdo, por ello el trámite de conciliación no debe realizarse con el ofensor presente⁵⁴⁶. Sin embargo, la postura mayoritaria y que finalmente prevaleció, se sostuvo que el acto de conciliación debe realizarse con ambas partes presentes, por entender que resulta inadecuada para la transparencia del proceso que este acto se celebre sin ambas partes presentes⁵⁴⁷.

⁵⁴⁶ Ibid., p. 273.

⁵⁴⁷ Idem.

3.6. El plazo y la audiencia de conciliación.

La Ley 19.325 reguló la conciliación en el artículo tercero, indicando que las partes debían ser citadas a comparecer dentro de los primeros 8 días hábiles (art. 3° f), después de recibida la denuncia o demanda por el juez/a. En esta instancia, las partes podrán asistir acompañadas de todos los medios de prueba que estimen oportunos, incluidos testigos. Si el juez/a lo considera necesario, citará también a distintas personas de la familia para que acudan a esta instancia. La presencia de representación letrada no fue obligatoria, pero el juez/a podía ordenarla expresamente, solicitándose de ser necesaria la representación por la Corporación de Asistencia Judicial en el caso de gozar de privilegio de pobreza (art. 3° c).

La audiencia, señala el artículo 3° f), se celebrará con las personas que asistan. El juez/a, una vez que escuche al ofensor, y conociendo previamente las anotaciones que el demandado o denunciado tuviere en el registro especial de violencia intrafamiliar que figuren en el Registro Civil (art. 3° d)⁵⁴⁸, *“someterá a los interesados a las bases sobre las cuales se estima posible una conciliación y personalmente las instará a ello. Las opiniones que el tribunal emita al efecto no serán causal de inhabilitación”* (artículo 3° f). Instadas las partes a la conciliación, se realizará en ese mismo acto, si no hay oposición de las partes, produciendo término al juicio, y se estimará como sentencia ejecutoria para todos los efectos legales.

El problema que se plantea y sobre el que la Ley 19.325 no estableció una posible solución, se produce cuando se celebra un acto de conciliación, pero las partes no llegan a un acuerdo, en la vista de conciliación se pudo haber desvelado información que puede ser usada por las partes en el juicio, y la imparcialidad del juez/a también puede verse afectada, dado que ha estado presente en el acto de conciliación, y ahora será la persona que deba sentenciar la causa de violencia intrafamiliar.

⁵⁴⁸ La Ley 19.325, en su artículo 8° estableció la creación de un registro de personas que hayan sido condenadas, por sentencia ejecutoriada, como autoras de actos de violencia intrafamiliar. Los datos de este registro los suministra el tribunal de ejecutoria que debe señalar el hecho sancionado y la medida aplicada. El Servicio de Registro Civil e Identificación quedó encargado de este registro especial. La creación de este registro fue una propuesta realizada en la Comisión de Constitución del Senado por el senador Ruiz de Giorgio, quien sostuvo que esta información sería muy importante para el juez a la hora de contar con elementos adicionales de importancia a la hora de determinar si es posible una conciliación. Véase, BCN. *Historia de la Ley 19.325... op. cit.*, p. 272.

3.7. La adopción de medidas precautorias.

Uno de los temas más polémicos que afectó a la regulación de la conciliación fue determinar el plazo del que dispone el tribunal para citar a las partes. Este debate giró en torno a dos posiciones, aquellas que defendían que se podían imponer medidas precautorias sin necesidad de celebrar una audiencia, y un segundo sector que entendía que para la imposición de las medidas precautorias era necesario que se celebrara una vista, en la cual también se podía celebrar el acto de conciliación⁵⁴⁹.

La posición que finalmente quedó consagrada en el artículo 3º letra h) de la Ley 19.325 permite al juez o jueza mediante resolución fundada, esto es, sin la necesidad de celebrar una audiencia donde se escuche a las partes, decretar cualquier medida precautoria destinada a garantizar la seguridad física o psíquica de la persona afectada y la tranquila convivencia, subsistencia económica e integridad patrimonial del núcleo familiar. Con el requisito de que la resolución debe estar fundada, se elimina la obligatoriedad de practicar una audiencia con las partes para la imposición de las medidas precautorias.

3.8. La naturaleza de la conciliación que establece la Ley 19.325

La conciliación es definida por la Real Académica de la Lengua como la acción y efecto de conciliar, en su primera acepción. En su acepción jurídica establece que es el “acuerdo de los litigantes para evitar un pleito o desistir del ya iniciado”⁵⁵⁰. Esta definición, indica MARÍA AMAYA FERNÁNDEZ LÓPEZ, señala que la conciliación está

⁵⁴⁹ Las medidas precautorias se regularon en el artículo 3º h), en el cual se establece una serie de medidas que el juez puede adoptar, de oficio o a petición de parte, sin ser esta una lista taxativa. En concreto el artículo recoge prohibir, restringir o limitar la presencia del ofensor en el hogar común; ordenar el reintegro al hogar de quien justificadamente haya sido obligado a abandonarlo; autorizar al efecto para hacer abandono del hogar común y disponer la entrega inmediata de sus efectos personales; prohibir o limitar la concurrencia del ofensor al lugar de trabajo del ofendido, a menos que trabajen en un mismo establecimiento; provisoriamente fijar alimentos y establecer un régimen de cuidado personal, crianza y educación de los hijos menores que integren el núcleo familiar; y, decretar prohibición de celebrar actos o contratos sobre determinados bienes de quienes lo integren.

Contempla la ley, que estas medidas precautorias se establecen de forma temporal por el juez, hasta un plazo máximo de sesenta días hábiles, prorrogables en casos graves hasta ciento ochenta días hábiles en total. Estas medidas precautorias, de estar vigentes, serán resueltas por el tribunal correspondiente que esté a cargo del juicio por tuición, cuidado de menores, alimentos definitivos, divorcio o separación de bienes.

⁵⁵⁰ Véase el Diccionario de la Real Académica de la Lengua Española en su versión en línea, <http://dle.rae.es/?id=A8sPkQX> (consultado el 16/1/2018).

relacionada con el proceso, como una fase inmediatamente anterior al mismo en la cual se desarrolla un arreglo o acuerdo entre las partes para evitar el proceso judicial, para terminarlo o diseñando los términos del acuerdo con el fin de facilitar la labor judicial⁵⁵¹.

La Ley 19.325 regula la conciliación como una fase dentro del proceso, (artículo 3° d) donde dos o más partes son guiadas por una tercera persona con una posición vertical o superior, para buscar una solución al conflicto de violencia intrafamiliar, que sea satisfactoria para todas ellas⁵⁵². Durante el proceso de conciliar la persona que ostenta el rol de autoridad referencial está en una posición puede persuadir a las partes dirigiendo los debates y contribuyendo al acercamiento entre ellas para procurar el acuerdo. Recordar en este sentido que la ley no establecía ningún límite a las opiniones que el juez o jueza podían emitir para buscar la conciliación entre las partes (artículo 3° f) ni la obligación de informes antropológicos o intervención de mediadoras o mediadores interculturales, sino que la actuación de las y los jueces en cada caso se regía por su propia valoración (art. 3° i).

La doctrina en términos generales discute si la conciliación debe considerarse una fórmula autocompositiva o heterocompositiva. Esta discusión es relevante a los efectos de analizar la naturaleza de la conciliación que se estableció en la derogada Ley de Violencia Intrafamiliar de 1994. La doctrina diferencia dos criterios para establecer la clasificación. Un primer criterio se fija en el poder que ostenta la tercera persona (en nuestro caso el juez/a) para imponer una solución a las partes en conflicto. Y un segundo criterio atiende a la participación o no de esta tercera persona en el proceso de conciliación.

Si atendemos al criterio del poder que ostenta la figura del conciliador/a, la conciliación tendría naturaleza autocompositiva⁵⁵³ si la persona que realiza la conciliación puede también imponer la solución. Sería de naturaleza heterocompositiva en cambio, si la persona que realiza la conciliación únicamente puede establecer las bases sobre las cuales es posible realizar la conciliación, y son las partes las que deciden

⁵⁵¹ FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Amaya. *La mediación en Procesos de Violencia de Género*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2015, p. 113.

⁵⁵² *Ibid.*, p. 114.

⁵⁵³ *Ibid.*, p. 115.

si aceptan o no la propuesta o prefieren que el tribunal reciba la causa a prueba. Este último modelo es el que quedó establecido en el artículo 3º g) de la Ley 19.325.

Atendiendo al segundo criterio, la participación de una tercera persona⁵⁵⁴, la doctrina entiende que la autocomposición es una solución que proviene de la voluntad de una o de ambas partes en el litigio, y consiste en la renuncia del derecho propio en beneficio de interés ajeno. Sostiene OCTAVIO LUÍS VADO GRAJALES⁵⁵⁵ que las manifestaciones unilaterales de autocomposición son el desistimiento, el allanamiento y el perdón del ofendido. Desde esta postura doctrinal se considera que el hecho de que participen terceras personas con labores de negociación, pero sin capacidad de decisión, no modifica la naturaleza autocompositiva de la decisión, pues el poder para adotar una solución sigue estando en las partes⁵⁵⁶. Para este sector doctrinal, la heterocomposición es la solución del litigio que viene dada por un tercero ajeno al problema que tiene capacidad para resolver el conflicto de forma vinculante. Las formas clásicas de heterocomposición siguiendo esta postura son el arbitraje y el proceso judicial, y la conciliación se incluiría cuando el tercero tiene la capacidad de resolver el conflicto de forma vinculante⁵⁵⁷. En esta línea se sitúa también Martín Larriona⁵⁵⁸ quien sostiene que la conciliación puede producirse o no con la intervención de una tercera persona, pero cuando esta está presente, ineludiblemente estaremos ante una fórmula

⁵⁵⁴ Este criterio también es seguido por Luis-Andrés CUCARELLA GALIANA, que explica en el ámbito del Derecho Privado las fórmulas autocompositivas, donde incluye con intervención de tercero la conciliación y la mediación, y dentro de las fórmulas heterocompositivas el arbitraje y el proceso. El autor sostiene esta diferencia sobre la base del rol que tiene la persona encargada de llegar a un acuerdo. Para CUCARELLA GALIANA, en la conciliación el tercero se limita a intentar aproximar posiciones entre las partes enfrentadas, en la mediación el tercero puede llegar a realizar propuestas de resolución de controversia. Y en el arbitraje y en el proceso, el tercero se coloca jurídicamente supra partes, estando estas obligadas a cumplir la decisión tomada. Véase CUCARELLA GALIANA, Luis-Andrés. «Violencia de género y mediación en la legislación autonómica.» En *Violencia de género y Justicia*, de Raquel Carolina Merino (dir.), & Cristina Alonso Salgado (coord.), 771-784. Santiago de Compostela, Galicia: Universidad de Santiago de Compostela, Servizo de Publicacións e Intercambio Científico, 2013, p. 771-773.

⁵⁵⁵ El autor diferencia entre procedimientos o caminos y formas que adopta la solución. En el grupo de procedimientos o caminos recoge proceso, arbitraje, negociación, mediación y conciliación. En el segundo grupo, incluye el desistimiento, allanamiento, perdón del ofendido, transacción, renuncia al derecho, a la reclamación o a la defensa. Y señala que la conciliación puede tener por resultado, todas las fórmulas indicadas, esto es: allanamiento, desistimiento, perdón del ofendido, transacción, renuncia al derecho, renuncia a la reclamación y renuncia a la defensa. Véase, VADO GRAJALES, Luis Octavio. «Medios Alternativos de Resolución... *op. cit.*, p. 376.

⁵⁵⁶ *Ibid.*, pp. 373-374, y FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Amaya. *La mediación en Procesos... op. cit.*, p. 115.

⁵⁵⁷ Véase VADO GRAJALES, Luis Octavio. «Medios Alternativos de Resolución... *op. cit.*, p. 375.

⁵⁵⁸ Martín Larriona, citado en FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Amaya. *La mediación en Procesos... op. cit.*, p. 115

heterocompositiva. En este sentido serán medios heterocompositivos la conciliación cuando participa una tercera persona, el arbitraje y el procedimiento judicial.

Si atendemos al criterio de participación de una tercera persona para sustentar la naturaleza de la conciliación en el caso de la conciliación que establece la Ley 19.325, en el artículo 3º, si bien puede parecer que queda regulada de forma autocompositiva, dado que las partes pueden rechazar la propuesta de conciliación del juez o jueza y por lo tanto ir a juicio donde se valorarán las pruebas. Pero en la práctica pensamos que la conciliación que se desarrolló estuvo más cerca de un procedimiento de naturaleza heterocompositiva, y ello porque el juez o jueza contó con una posición de dominio durante el proceso de conciliación, donde las partes tuvieron poca capacidad de decisión para oponerse a la conciliación y decidir ir a un juicio. Así lo demuestra el alto número de conciliaciones que se produjeron durante la vigencia de la norma, por ejemplo, entre los años 1995 y 1997 se resolvieron por conciliación el 92,5% de los casos de violencia intrafamiliar⁵⁵⁹.

3.9. Críticas a la regulación de la conciliación.

La primera crítica que realizamos a la conciliación, es la regulación que de esta institución se establece en el artículo 7º, que otorga un poder muy elevando a la figura del juez/a para lograr un acuerdo. Esta regulación buscaba que las causas se resolvieran por conciliación utilizándose incluso esta institución en aquellos casos en los que el agresor era reincidente. En nuestra opinión a la luz de las cifras aportadas, cabe señalar una despreocupación o falta de previsión del Legislativo para garantizar los derechos de las mujeres, lo cual puede constituir una vulneración de la Convención Belém do Pará, en concreto su artículo 4º f), donde se consagra el derecho de las mujeres a la igualdad y protección ante la ley, y el artículo 4º g), que establece el derecho a un recurso sencillo y competente, que la ampare contra los actos que violenten sus derechos. Esta regulación por tanto se convirtió en una limitación en el derecho de acceso a la justicia, considerado como un Derecho Humano esencial derivado de la dignidad de la

⁵⁵⁹ BCN. *Historia de la Ley N° 20.066... op. cit.*, pp. 53 y 243.

persona⁵⁶⁰, donde se priorizó la reconciliación en términos de pareja antes que la protección de la familia y la integridad física de víctima.

A esta situación se llegó también por el hecho de que la celebración de audiencias de conciliación sin una formación de los jueces y juezas del orden civil y penal en el fenómeno de la violencia machista, por lo que la mayoría de los jueces y juezas desconocían que el patrón de comportamiento de los agresores responde a lo que se ha denominado una violencia cíclica, donde existen agresiones, reconciliaciones conocidas como periodo luna de miel, y nuevamente agresiones que cada vez son más violentas, con escalas de violencia de psicológica a física⁵⁶¹. La situación de opresión y sometimiento en la que llegan las mujeres al acto de conciliación, es de miedo y desigualdad frente a sus agresores, por ello aceptan las conciliaciones sin la capacidad ni empoderamiento para negociar sus condiciones. Se producen, como indicaba la diputada Ximena Vidal Lázaro⁵⁶²,

“Conciliaciones falsas, avenimientos inexistentes en que el integrante proveedor de la familia dicta las pautas forzosas bajo las cuales se consiguen los acuerdos en los tribunales dejando a las víctimas en una posición de indefensión donde solo podían guardar silencio y soportar el maltrato para asegurar la provisión de necesidades de la familia”⁵⁶³.

Esta situación demuestra que, desde los tribunales, se buscó más la reconciliación de la pareja que una conciliación civil y penal.

La escasez de recursos económicos y humanos en el poder judicial y otras instancias interventoras con que se contó para atender una media de 80.000 denuncias anuales generaron una sobrecarga administrativa en los tribunales⁵⁶⁴; esta situación

⁵⁶⁰ En este sentido, MARABOTTO LUGARO, Jorge A. «Un derecho humano esencial: el acceso a la justicia.» *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2003, p. 296.

⁵⁶¹ Sobre el funcionamiento de la violencia machista en relaciones de pareja véase: NAFS, Antonio Escudero, Cristina POLO USAOLA, Marisa LÓPEZ GIRONÉS, y Lola AGUILAR REDO. «La persuasión coercitiva, modelo explicativo del mantenimiento de las mujeres en una situación de violencia de género. I: Las estrategias de la violencia.» *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría XXV*, nº 95 (julio/ septiembre 2005), pp. 85-117.

⁵⁶² La Biblioteca del Congreso Nacional en la reseña biográfica de la diputada Ximena Vidal Lázaro, indica que ha trabajado en la Oficina Solidaria y en labores sociales, y es militante de Partido por la Democracia. Las primeras elecciones al parlamento en las que participó fueron las de 2001. En línea https://www.bcn.cl/historiapolitica/resenas_parlamentarias/wiki/Ximena_Vidal_L%C3%A1zaro (Consultado el 1/02/2018).

⁵⁶³ BCN. *Historia de la Ley N° 20.066... op. cit.* p. 125.

⁵⁶⁴ Datos aportados por el SERNAM, véase BCN. *Historia de la Ley N° 20.066... op. cit.*, p. 291. Los datos sobre cifras sobre el total de conciliaciones que se celebraron, varía dependiendo de la fuente que se

favoreció el abuso de la conciliación, regulada por ley como instancia obligatoria, como una salida más ágil que el procedimiento judicial. Este contexto tendió a que las causas se resolviesen con criterios desiguales de interpretación⁵⁶⁵ y mayoritariamente por conciliación muchas veces forzada e ineficaz en sus contenidos⁵⁶⁶.

El abuso que se realizó de la conciliación es especialmente llamativo en aquellos casos en que el agresor era reincidente, fenómeno frecuente en la violencia machista⁵⁶⁷, donde se pone también de manifiesto que no funcionó como se esperaba el Servicio de Registro Civil e Identificación encargado de llevar un registro especial de las personas que hayan sido condenadas por sentencia ejecutoria como autores de actos de violencia intrafamiliar (art. 8), al no tenerse en cuenta estos antecedentes a la hora de celebrar nuevas conciliaciones entre las mismas personas o a la hora de establecer medidas precautorias. Así queda de manifiesto en las palabras de la Ministra del SERNAM, doña Cecilia Pérez, quien afirma que han sido sometidas a conciliación las víctimas una y otra vez, sin importar el número de veces que el mismo agresor había cometido maltrato contra ellas. El resultado fue un uso excesivo de esa figura en pos de archivar las causas de violencia, sin decretar protección y debiendo, las víctimas, verse enfrentadas solas a su agresor⁵⁶⁸.

Otros elementos que también perjudicaron el buen funcionamiento de la institución, fue no contar con personal especializado que realizara estos actos de conciliación, y la falta de control sobre las ejecuciones de los acuerdos a los que se llegaba en las conciliaciones⁵⁶⁹.

La conciliación tal como se reguló no aseguró la igualdad de las partes. Su aplicación casi automática, ya que el 92% de los casos terminó por esta vía⁵⁷⁰, no permitió enviar a las familias ni a la sociedad un mensaje claro sobre la grave vulneración de las garantías constitucionales y de los Derechos Humanos⁵⁷¹, que implica la violencia ejercida sobre la mujer por su cónyuge, conviviente, parientes,

use, pero en todas ellas, las cifras son alarmante, así lo indica Malena Prieto Bravo, cfr. PRIETO BRAVO, Marcela. *Violencia Intrafamiliar... op. cit.* p. 84.

⁵⁶⁵ Véase también, PRIETO BRAVO, Marcela. *Violencia Intrafamiliar... op. cit.*, p. 84.

⁵⁶⁶ BCN. *Historia de la Ley N° 20.066... op. cit.*, p. 180.

⁵⁶⁷ *Ibid.*, p.. 254.

⁵⁶⁸ *Ibid.*, p. 501.

⁵⁶⁹ *Ibid.*, p. 501; Véase también, PRIETO BRAVO, Marcela. *Violencia Intrafamiliar... op. cit.*, p. 84.

⁵⁷⁰ BCN. *Historia de la Ley N° 20.066... op. cit.*, p. 128

⁵⁷¹ *Ibid.*, pp.5 y 13.

resultando ineficiente en relación a la prevención general de la violencia contra las mujeres y la violencia intrafamiliar, objetivos fundamentales de la Ley 19.325. Y en relación a la prevención especial no disponemos de datos objetivos que nos permitan valorar su impacto. Las cifras que existen hacen referencia a los casos que fueron judicializados, desconociendo si en los mismos se incluyen las conciliaciones o únicamente aquellos que se resolvieron mediante juicio o ambos.

Las cifras que se recogen en la Historia de la Ley 20.066 respecto del de reincidencia bajo la Ley 19.235 son las siguientes, en el 53% de los casos que fueron judicializados se produjo reincidencia. La reincidencia muestra una tendencia descendente, así por ejemplo para el año 2001 fue del 20% ⁵⁷². Si bien la reducción de la reincidencia debe ser valorada como un hecho positivo, la cifra continua, siendo muy elevada, lo que obliga a señalar que los resultados de la ley no cumplieron con los objetivos de la misma.

Para finalizar cabe concluir que la conciliación que implementó la Ley 19.325 fue un fracaso en términos generales, dejando a muchas víctimas en una posición más vulnerable y a los agresores con una sensación de impunidad ⁵⁷³.

4. Críticas desde una perspectiva decolonial feminista a la Ley 19.325

La Ley 19.325 ha sido un primer paso para abordar la violencia machista contra las mujeres y la que se produce dentro de las relaciones intrafamiliares. Gracias a este impulso legislativo se manifestó por primera vez el reproche social ⁵⁷⁴ ante una violencia que se había naturalizado dentro de las relaciones de pareja, de convivencia o familiares. Con la entrada en vigor de la Ley 19.325, indica PRIETO BRAVO, se legitimó la intervención del sistema judicial en el seno de la familia para resolver los casos de violencia y se dotó a las policías y a la judicatura de mecanismos para impedir la repetición de los actos de violencia intrafamiliar, como lo fueron las medidas cautelares ⁵⁷⁵.

⁵⁷² BCN. *Historia de la Ley N° 20.066... op. cit.*, p. 128.

⁵⁷³ *Ibid.*, p. 128.

⁵⁷⁴ Cfr. CASAS BECERRA, Lidia, y Macarena VARGAS PAVEZ. «La respuesta estatal... *op. cit.* 134.

⁵⁷⁵ Véase, PRIETO BRAVO, Marcela. *Violencia Intrafamiliar... op.cit.*, p. 82.

Durante los diez años que la ley estuvo vigente, se realizaron serias críticas a la misma. A los tres años de su entrada en vigor se presenta la primera moción parlamentaria⁵⁷⁶, el 7 de abril de 1999, por las diputadas María Antonia Saa Díaz⁵⁷⁷ y Adriana Muñoz, por la cual inician un proyecto titulado *Introduce modificaciones a la ley N° 19.325 que establece normas sobre procedimiento y sanciones relativas a los actos de violencia intrafamiliar* (Boletín N° 2318-18)⁵⁷⁸, origen de la actual Ley 20.066 de Violencia Intrafamiliar. A continuación, señalamos las principales críticas a la Ley 19.325.

La derogada Ley 19.325 estuvo marcada por el enfoque terapéutico⁵⁷⁹ y situó la violencia intrafamiliar dentro de la esfera de lo privado. Esta concepción de la violencia como un problema privado se consagra en el procedimiento que se habilita para su resolución, donde la competencia para perseguir estas conductas se otorga al Juzgado de Letras de turno en lo civil, y solo en el caso de que la violencia fuese constitutiva de delito, el Tribunal en lo civil deberá enviar el proceso al Juzgado de Letras en lo Criminal competente. Como consecuencia de ello, la competencia se otorgó a una judicatura no especializada y la ley se aplicó de manera deficiente⁵⁸⁰. Esta visión de la violencia como algo privado, como un asunto familiar, se consagra también en los argumentos que el legislativo sostuvo para el diseño del procedimiento de conciliación, el cual se concibió más como una instancia obligatoria de reconciliación en términos de pareja, que un procedimiento para resguardar la integridad física y psicológica de la víctima.

⁵⁷⁶ La moción presentada por Adriana Muñoz D'Albora y María Antonia Saa Díaz, en el apartado de antecedentes generales realiza una valoración de la implementación de la ley, donde destaca los aportes que esta ha supuesto (pp. 5-6) y los principales problemas detectados en su implementación (pp.6-8). Véase, BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. *Historia de la Ley N° 20.066 Establece la ley de violencia intrafamiliar*, publicada el 7 de octubre de 2005, accesible en <https://www.bcn.cl/historiadela ley/nc/historia-de-la-ley/5563/>.

⁵⁷⁷ La Biblioteca del Congreso Nacional en la reseña biográfica de María Antonia Saa Díaz señala que pertenece al Partido Por la Democracia fue fundadora del Movimiento Feminista en 1983 y en 1986 de la Concertación de Mujeres por la Democracia. Impulsó también en Conchalí el Consejo Comunal del Niño y Niña, y el Consejo del Adulto mayor y creó el Centro de Apoyo a la Mujer Víctima de la Violencia Doméstica entre otros méritos. Véase más información en https://www.bcn.cl/historiapolitica/resenas-parlamentarias/wiki/Mar%C3%ADa_Antonieta_Saa_D%C3%ADaz (consultado el 24 de enero de 2018).

⁵⁷⁸ BCN. *Historia de la Ley N° 20.066 Establece la ley de violencia intrafamiliar*, 2005, p. 7.

⁵⁷⁹ En este sentido CASAS BECERRA, Lidia, y Macarena VARGAS PAVEZ. «La respuesta estatal... op. cit. p. 135.

⁵⁸⁰ PRIETO BRAVO, Marcela. *Violencia Intrafamiliar... op. cit.*, p.84.

La segunda crítica que se ha realizado por parte de la doctrina desde una perspectiva de género es que la ley no tuviese en cuenta la situación de discriminación en que viven las mujeres respecto de los hombres, y que tampoco incorporara referencias a la motivación de la violencia ni a la violencia de género. La ley se configura de forma estratégica, busca la protección de un amplio número de sujetos pasivos y entre ellos se encuentra la protección de la mujer (art. 1). Si bien durante el debate legislativo se indica en repetidas ocasiones que la violencia afecta de forma más grave a las mujeres y que se buscó construir un marco jurídico que se hiciera cargo de la violencia sobre las mujeres, no se refleja en la ley la teoría de género, ni se hace referencia a la sociedad patriarcal que genera roles femeninos sumisos y estereotipos inferiores frente a los roles masculinos, violentos, empoderados y superiores.

La tercera crítica que es necesario hacer a la ley, es que continúa considerando la violencia intrafamiliar como una violencia menos grave, de forma que el mismo hecho violento, las lesiones, si se producía contra una persona que no perteneciese al núcleo familiar la sanción era más elevada y se tramitaba como delito en los Juzgados del Crimen. Por lo tanto, la Ley continuó con la consideración de que la violencia que se producía contra las mujeres en una relación de pareja, era menos grave que esas mismas lesiones contra otra persona con la que el agresor no tenía un vínculo familiar en los términos que establecía la ley.

Desde una perspectiva indígena la cuarta crítica que es necesario realizar a la Ley N° 19.325 es que en ella no se establecieron los mecanismos necesarios para que las mujeres mapuche víctimas de violencia intrafamiliar pudieran acceder a la justicia chilena con mayor facilidad, ni tampoco contempló el reconocimiento de los acuerdos que se celebraban en el seno de la comunidad siguiendo las reglas de su propia justicia.

Por ello, las mujeres mapuche bajo la aplicación de la Ley N° 19.325 estuvieron sometidas a procesos de justicia chilena donde se practicaban actos de conciliación por un juez que únicamente hablaba *wingka zugo* (español) sin conocimientos de *mapudungun*. A esto hay que sumar que ningún operador jurídico, ni abogadas o abogados tampoco tenían conocimientos en lengua mapuche —salvo que por su propia identidad mapuche conociesen el idioma— ni formación intercultural, que permitiesen una contextualización cultural aplicada a la causa y a la solución del conflicto. Ante la Administración de Justicia las personas mapuche necesitan expresarse en un idioma, el

español impuesto por el Estado, que o bien no entienden o no tienen las competencias suficientes para expresarse con fluidez. A esta dificultad de expresarse y comprender otro idioma hay que añadir la complejidad que supone la entender el procedimiento judicial para cualquier persona, que en estos casos se ve agravada. Esta situación produce una mezcla de sentimientos entre vulnerabilidad, vergüenza y humillación en las personas de origen mapuche⁵⁸¹ que se suma a la propia revictimización que produce el proceso judicial.

Por ello además del manejo de los dos idiomas, es necesaria para la función de interprete lingüístico dentro de la Administración de Justicia una formación especializada, donde la persona a cargo de la labor de interpretación conozca perfectamente su rol, y el código ético por el que debe regirse, garantizando que tampoco se produzcan presiones por parte del intérprete hacia las mujeres víctimas de violencia.

El marco jurídico existente para garantizar los derechos lingüísticos y culturales durante el procedimiento se hallaba en el artículo 332 del Código de Procedimiento Penal (Antiguo) y desde el año 2000, este derecho está garantizado en el artículo 291 del Código de Procesal Penal. Ambos preceptos están pensados para garantizar los derechos del imputado durante el proceso, y no de la víctima. En este sentido, es necesario tener presente que los derechos lingüísticos y culturales deben estar garantizados en todas las comunicaciones que las personas tengan que realizar durante el procedimiento, y no únicamente en el acto de conciliación o durante el juicio. En este sentido, la Reforma Procesal Penal contribuyó a crear instituciones especializadas desde el punto de vista intercultural, y se introdujo la figura del facilitador/a cultural presente tanto dentro de la Defensoría Penal Pública Mapuche como en el Ministerio Público que no tuvieron impacto en la Ley 19.325, pero sí en la presente Ley de Violencia Intrafamiliar⁵⁸².

⁵⁸¹ Sobre el sentimiento de humillación por la obligación de usar la lengua *zugu* (lengua no mapuche), ver testimonio en LLANQUILEO ROMERO, Cristina. *Protección de Derecho de la Infancia y Adolescencia Mapuche. Familia y cultura mapuche: aportes para un enfoque intercultural en los programas de infancia*. Santiago: Unicef y Gobierno de Chile, Ministerio de Planificación, 2011, p. 23.

⁵⁸² La nueva institucional en materia de pluralidad cultural que interviene en causas de violencia intrafamiliar se aborda en esta misma Parte Tercera *infra* en epígrafe VI., INTERCULTURALIDAD E INTERLEGALIDAD EN LA APLICACIÓN DE LA LEY 20.066: NUEVAS INSTITUCIONES JUDICIALES Y ESTRATEGIAS DE DEFENSA, subepígrafe 2. La nueva institucionalidad penal como

Otros factores que incrementan la discriminación de las mujeres mapuche en el proceso judicial, es el tener que acudir a instancias judiciales chilenas, lo que para ellas constituye también una forma de humillación, por tener que acudir a las instituciones del mismo Estado con el que se enfrentan en su proceso de recuperación de tierras. Además, para las familias y mujeres mapuche desplazarse a la ciudad generalmente implica mucho tiempo, incluso a veces pernoctar en la ciudad para poder acudir al Tribunal. Esto también supone un gasto económico, que en ocasiones no pueden costearse. Esta situación se vuelve más difícil si tienen hijas o hijos a su cargo o personas dependientes.

Todos estos factores muestran cómo la ley no tuvo en cuenta las necesidades específicas de las mujeres mapuche, contribuyendo a profundizar las discriminaciones de las mujeres indígenas.

III. LEY 20.066, DE 7 DE OCTUBRE DE 2005, QUE ESTABLECE LA LEY DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

La Ley N° 20.066, de 7 de octubre de 2005, que establece la Ley de Violencia Intrafamiliar es la norma de segunda generación que junto a otras tres leyes⁵⁸³ está vigente en la actualidad para proteger y sancionar las conductas de discriminación y

factores de evolución en la aplicación de la Ley 20.066 en causas de violencia intrafamiliar en personas mapuche.

⁵⁸³ Ley 19.968, de 30 de agosto de 2004, que Crea los Tribunales de Familia (en línea en, <http://bcn.cl/1uw0y>); Ley 20.480, 18 de diciembre de 2010, que modifica el Código Penal la Ley N° 20.066, sobre Violencia Intrafamiliar, estableciendo el “femicidio”, aumentando las penas aplicables a este delito y reforma las normas sobre parricidio (en línea en, <http://bcn.cl/1v3dw>) y Ley 20.507, de 8 de abril de 2011, que Tipifica los Delitos de Tráfico Ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal (en línea en, <http://bcn.cl/1v15w>), junto a diversos preceptos del Código Penal que aborda los delitos sexuales y las lesiones y normas que tratan diferentes formas de la violencia contra las mujeres en el Código de Trabajo que tipifica y sanciona el acoso sexual. Cfr. MESECVI. «Chile. Informe de implementación de las recomendaciones del CEVI. Segunda Ronda.» Informe de seguimiento, Mecanismo de Seguimiento de la Convención Belém do Pará (MESECVI) Primera Conferencia Extraordinaria de los Estados Parte de la Convención de Belém do Pará, Organización de los Estados Americanos, Ciudad de México, 23 y 24 de octubre 2014, p. 4. Además de estos cuerpos normativos, siguiendo a MYRNA VILLEGAS deben tenerse en cuenta las siguientes leyes especiales: Ley N° 17.798, de 21 de octubre de 1972, Establece el control de armas, (en línea en, <http://bcn.cl/1v8xv>); Decreto 400, de 6 de febrero de 2015, que fija Texto refundido, coordinado y sistematizado de Ley 17.798, sobre control de armas (en línea en, <http://bcn.cl/1v2mw>); y la Ley N° 20.931, de 5 de julio de 2016, Facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal en dichos delitos, (en línea en, <http://bcn.cl/1wg75>) conocida como Ley de Agenda Corta. VILLEGAS DÍAZ, Myrna (Dir.). «La violencia contra la mujer... op. cit., 15.

violencia contra las mujeres, y adaptar la legislación chilena a los Convenios Internacionales suscritos por Chile, en especial la Convención Internacional para la Eliminación de todas las formas de Discriminación en contra de la Mujer⁵⁸⁴ y la Convención Belem do Pará⁵⁸⁵; lo reconoce la propia Ley 20.066 y el Informe de Implementación del MESECVI en segunda ronda a Chile⁵⁸⁶.

Desde que la Ley 20.066 entró en vigor ha sido reformada en cinco ocasiones⁵⁸⁷ y en la actualidad se encuentra en fase de tramitación el Proyecto de Ley sobre Derecho de las Mujeres a una vida libre de violencia, presentado en la Cámara de Diputados el 24 de noviembre de 2016 vía mensaje de la Presidenta de la República Michelle Bachelet (Mensaje N° 307-364)⁵⁸⁸, y el Proyecto de Ley que Modifica el Código Penal para tipificar el acoso sexual callejero (Boletín N° 9936-07)⁵⁸⁹, proyectos que contribuyen a mejorar la protección de las mujeres frente a la violencia tanto en el ámbito público como en el privado.

La protección de la integridad física de las mujeres, así como la criminalidad que se produce entre personas de la misma familia, si bien se estudia y tipifica desde los años 90, todavía podemos considerar que estamos ante una materia reciente si la comparamos con otras formas de criminalidad que están en los códigos penales desde sus inicios. Por ello nos encontramos ante una materia en constante evolución, lo cual tiene su reflejo en

⁵⁸⁴ En este sentido recordar que fue ratificada por Chile el 10 de diciembre de 1989 y el contenido y obligaciones que impone la CEDAW fueron tratados en la página 92 y ss.

⁵⁸⁵ Recordar que fue ratificada por Chile el 24 de octubre de 1996 y el contenido y obligación que impone la Convención Belém do Pará se abordó en la página 100 y ss.

⁵⁸⁶ Cfr. MESECVI. «Chile. Informe de implementación... *op. cit.*, p. 4.

⁵⁸⁷ Se indican a continuación las leyes que modificaron la Ley 20.066: Ley 20.286 de 15 de septiembre de 2008, Introduce modificaciones orgánicas y procedimentales a la Ley N° 19.968, que crea los Tribunales de familia; Ley 20.427 de 18 de marzo de 2010, Modifica la Ley. N° 20.066, de violencia intrafamiliar y otros cuerpos legales para incluir el maltrato del adulto mayor en la legislación nacional; La Ley 20.480, de 18 de diciembre de 2010, Modifica el Código Penal y la Ley N° 20.066 sobre Violencia Intrafamiliar, estableciendo el “femicidio” ampliando las penas aplicables a este delito y reforma las normas sobre parricidio; Ley 20. 820, de 20 de marzo de 2015, crea el Ministerio de la mujer y la equidad de género, y modifica las normas legales que indica, y la quinta modificación fue operada por la reciente Ley 21.013 de 6 de junio de 2017, Tipifica el nuevo delito de maltrato y aumenta la protección de las personas en situación de especiales.

⁵⁸⁸ Proyecto de Ley sobre Derecho de las mujeres a una vida libre de violencia (Mensaje N° 307-364), ingreso por Mensaje de S. E. la Presidenta de la República, el 24 de noviembre de 2016, accesible en (Proyecto de Ley sobre Derecho de las mujeres a una vida libre de violencia (Mensaje N° 207-364) 2016)https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=11592&prmBoletin=11077-07 (consultado el 6/02/2018).

⁵⁸⁹ Proyecto de Ley Modifica el Código Penal para tipifica el acoso sexual callejero (Boletín N° 9936-07) ingreso por moción parlamentaria el 17 de marzo de 2015, en línea <https://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmID=10158&prmTIPO=INICIATIVA> (consultado el 15/02/2018).

un sistema legal que está transformándose para hacerse cargo de esta grave violación de Derechos Humanos.

1. Historia de la Ley N° 20.066 de violencia intrafamiliar

La Historia de la Ley N° 20.066 se inicia vía moción parlamentaria el 7 de abril de 1999, presentada por las diputadas María Antonieta Saa y Adriana Muñoz D'Alvora, esta última, ya fuera impulsora en 1991 de la moción que dio origen a la derogada Ley 19.325, que Crea Normas sobre Procedimiento y Sanciones relativos a actos de Violencia Intrafamiliar. La moción titulada 'Introduce modificaciones a la Ley N° 19.325 que establece normas sobre procedimiento y sanciones relativas a los actos de violencia intrafamiliar'; tenía por objeto mejorar los aspectos más ineficientes y problemáticos de la ley, y en ella se solicita al Ejecutivo el patrocinio de algunas de las indicaciones que presentan. El Ejecutivo optará por no patrocinar y presentar una indicación sustitutiva en forma de un nuevo proyecto de ley bajo el nombre de 'Ley sobre violencia intrafamiliar'⁵⁹⁰ que derogará la Ley 19.325, cuya elaboración se prolongó durante dos años. Este Proyecto de Ley se acompaña de un estudio de los problemas de la Ley 19.325 donde se señalan los siguientes: dificultades en la denuncia, retrasos en el procedimiento, problemas en las notificaciones, asimetría en la defensa, distorsión en la conciliación, falta de aplicación de ciertos trámites, asistencia a terapia y sanciones que no se aplican de forma correcta. Deficiencias que junto con la necesidad de adaptar mejor el marco legal a la interdependencia de los Derechos Humanos ratificados por Chile fundamentaron la idea de crear una nueva ley.

El Ejecutivo define la violencia intrafamiliar como un fenómeno de carácter social por su magnitud y su multicausalidad y los graves efectos que produce, tanto a nivel individual como familiar y social⁵⁹¹. El Proyecto que presenta no hace mención expresa

⁵⁹⁰ BCN. *Historia de la Ley N° 20.066... op. cit.* pp. 20 y ss.

⁵⁹¹ Idem.

La criminóloga ELENA LARRAURI, señala que la violencia contra la mujer en el ámbito de la pareja no puede explicarse únicamente acudiendo a la desigualdad de género, esta explicación, no da una respuesta satisfactoria a la explicación de la violencia, generando políticas públicas e intervención penal no satisfactorias para resolver el problema. Señala la autora, que, si debe tenerse en cuenta la situación de desigualdad de las mujeres en la sociedad, pero junto a otros factores, entre ellos, la situación económica, el consumo de drogas por parte del agresor, si hay otras personas en el seno de la familia que sufren violencia, o si la víctima tiene red de apoyo o está desplazada de su lugar de origen. Desde esta comprensión de la violencia que sufren las mujeres dentro de la pareja, se puede atender mejor a la

a la desigualdad de género en su fundamentación, pero tampoco podemos afirmar que reniega de ella al considerar las causas de la violencia como multicausales. Además, el Ejecutivo sitúa su propuesta de nueva ley dentro del cumplimiento de los tratados internacionales, haciendo mención expresa a la Convención Internacional para la Eliminación de todas las formas de Discriminación en contra de la Mujer y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención Belem do Pará⁵⁹², dos convenciones que nacen expresamente para luchar contra la discriminación de la mujer y la violencia basada en su género respectivamente⁵⁹³. Sorprende que, en esta oportunidad, el Ejecutivo no citase también la Convención de los Derechos del Niño, como sí hacía la Ley 19.325; pensamos que esto fue un olvido y no algo intencional al redactar un proyecto de ley desde la concepción de la violencia como un fenómeno intrafamiliar, en este sentido también sorprende que no se haga por parte de Ejecutivo referencia a las obligaciones constitucionales de protección de la familia y la vida.

La tramitación de la ley se prolongó durante más de seis años⁵⁹⁴, aprobándose como ya se ha indicado el 7 de octubre de 2005. A lo largo de estas instancias de tramitación, la ley fue discutida hasta en diez ocasiones en sala, lo que da cuenta, de la complejidad que tuvo que superar la norma para ser aprobada.

El resultado fue una Ley de Violencia intrafamiliar compuesta de un total de 25 artículos, y estructurada en 4 párrafos: (1) De la violencia Intrafamiliar; (2) De la violencia intrafamiliar de conocimiento de los Juzgados de Familiar; (3) De la violencia intrafamiliar constitutiva de delito y (4) Otras disposiciones. Y persigue dos objetivos principales desde el punto de vista penal: ampliar la punibilidad de las formas de

peligrosidad del agresor y riesgo vital para la víctima. Cfr. LARRAURI, Elena. *Criminología crítica y violencia de género*. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

⁵⁹² CONVENCION CBP, en la introducción del texto de la convención se indica expresamente que los Estados parte de la presente Convención (...) “preocupados 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” (párr. 3°).

⁵⁹³ Cfr. TAPIA BALLESTEROS, Patricia. «Chile. Ley N° 20.066 Establece ley de violencia intrafamiliar y de la Ley N° 20.480 Modifica el Código Penal Tutela penal de la mujer en el ordenamiento chileno» en Elena Blanca MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS (dir.). *Régimen jurídico de la violencia de género en Iberoamérica y España. Un estudio de las leyes integrales de segunda generación*, Editorial Aranzadi, 2015, p. 80.

⁵⁹⁴ Durante el despacho legislativo, la ley siguiendo los trámites constitucionales exigidos, se debatió en Primer trámite Constitucional en la Cámara de Diputados, en Segundo Trámite Constitucional en el Senado, en Tercer Trámite Constitucional en la Cámara de Diputados, en Cuarto Trámite Constitucional en la Comisión Mixta de la Cámara de Diputados y Senado, y, por último, Trámite del Tribunal Constitucional, Trámite de Finalización y publicación de la Ley en el Diario Oficial.

violencia intrafamiliar, elevando la pena de las conductas que antes ya eran típicas, e introducir un nuevo tipo penal, el delito de maltrato habitual⁵⁹⁵. A continuación, se abordará el estudio de los cuatro párrafos de la ley.

El párrafo primero titulado ‘De la violencia intrafamiliar’ se compone de cinco artículos. En el artículo 1º, se establece como objeto de la ley prevenir, sancionar, erradicar la violencia intrafamiliar y otorgar protección a las víctimas. En el artículo 2º se establecen como obligaciones del Estado adoptar las medidas que permitan garantizar la vida, integridad personal y la seguridad de las personas integrantes de la familia. El artículo 3º, se refiere a la prevención de la violencia y la asistencia a las víctimas, haciéndose referencia expresa a que estas políticas deben estar orientadas a prevenir la violencia intrafamiliar, especialmente aquella en contra de las mujeres, los adultos mayores y los niños y a prestar asistencia a las víctimas. La inclusión de las mujeres junto a niños y niñas y personas adultas genera diversas posiciones en la doctrina que consideran que la ley es paternalista, a contrario sensu, otro sector doctrinal defiende que es precisamente esta especial vulnerabilidad, la que permite sostener la autonomía de delitos propios o la agravación de la pena, cuestiones sobre las que entraremos en el siguiente epígrafe. El artículo 3º contiene además seis letras donde se recoge: (a) la obligación de incorporar en los planes de estudio contenidos dirigidos a modificar las conductas que favorecen, estimulan o perpetúan la violencia intrafamiliar; (b) planes de capacitación para funcionariado público que intervenga en la aplicación de la ley. Consideramos que si bien, establecer este compromiso es un gran avance, sin embargo, las dimensiones de la violencia intrafamiliar son de tal magnitud, que la formación no debería limitarse únicamente a capacitar en la aplicación de la ley a las personas que trabajan con ella, sino que debe ser una política de Estado que alcance a todos los sectores públicos. La letra (c) establece el compromiso de desarrollar políticas públicas y programas de seguridad pública para prevenir y erradicar la violencia intrafamiliar. Esta tarea, conforme al artículo 4, recaerá especialmente en el Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género, quien cuenta con la posibilidad de ayudarse de organismos públicos y privados para impulsar, recomendar y promover acciones relacionadas con la implementación de políticas gubernamentales, recomendación de medidas legales y recomendaciones a los medios de comunicación, encaminadas a prevenir y erradicar la

⁵⁹⁵ Cfr. VAN WEEZEL, Alex. «Lesiones y violencia intrafamiliar.» *Revista Chilena de Derecho* 35, n° 2, 2008, p. 248.

violencia contra las mujeres y realzar el respeto de su dignidad. Continuando con el análisis del artículo 3º, la letra (d) la consideramos especialmente importante, y entendemos que con ella el legislativo vino a recoger el trabajo del movimiento de mujeres y movimiento feminista entre otros sectores de la sociedad civil que dan apoyo e investigan violencia intrafamiliar, al establecer el compromiso de favorecer las iniciativas de la sociedad civil para el logro de los objetivos de la ley. En la letra (e) se hace alusión a todos los compromisos internacionales ratificados por Chile y se citan expresamente la Convención Belem do Pará y la Convención de los Derechos del Niño. Y finalmente la letra (f) establece la creación de un sistema de información y registro estadístico en relación con la violencia intrafamiliar.

2. El bien jurídico protegido en la Ley de Violencia Intrafamiliar

2.1. La violencia intrafamiliar y su irrupción en la sistemática del Código Penal

La valoración de las relaciones familiares en el Derecho Penal no es una novedad de la Ley 20.066 pues la consideración del parentesco siempre se ha tenido en cuenta como agravante o como atenuante⁵⁹⁶. La Ley 20.066 establece un tipo básico de violencia intrafamiliar (artículo 5⁵⁹⁷) de competencia de los Tribunales de Familia y un tipo agravado, denominado maltrato habitual (artículo 14⁵⁹⁸) de competencia de los

⁵⁹⁶ En este sentido, el artículo 13, recoge la atenuante o agravante de parentesco, y el artículo 391 establece la figura del parricidio, precepto que reconoce un estatus especial a las relaciones formales de familia. En relación con los delitos de lesiones, el parentesco funciona como agravante y en relación a los delitos patrimoniales el parentesco excluye la responsabilidad penal (art. 489 CP), cfr. VAN WEEZEL, Alex. «Lesiones y violencia... *op. cit.*, p. 225. Ejemplo de que el Código Penal ha tenido en cuenta expresamente las relaciones es el artículo 495 N° 6, donde se tipifica como falta la acción del “cónyuge que escandalizare con sus disensiones domésticas después de haber sido amonestado por la autoridad”, con la sanción de multa de una unidad tributaria mensual.

⁵⁹⁷ Artículo 5º.- “Violencia intrafamiliar. Será constitutivo de violencia intrafamiliar 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 referida en el inciso precedente 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”.

⁵⁹⁸ Artículo 14.- “Delito de maltrato habitual. El ejercicio habitual de violencia física o psíquica respecto

tribunales penales y una serie de agravantes (artículo 400 y 494 numeral 5), por lo que podemos considerar que la Ley de Violencia Intrafamiliar parte de la consideración del parentesco como agravante.

Si bien es cierto que el contexto intrafamiliar es la base que justifica la agravación de la violencia, se discute si se puede establecer un bien jurídico para toda la ley, o por el contrario existen diferentes bienes jurídicos, y cuáles serían estos: las relaciones familiares; la salud, esto es, la integridad física y/o psicológica; o la integridad moral. La problemática no es sencilla de abordar porque, ni el artículo 5 ni el artículo 14 de la Ley se integran al Código Penal, por lo que carecemos de una importante herramienta para abordar el bien jurídico protegido, la ubicación sistemática del Código, que como sostiene JUAN ANTONIO LASCURAÍN SÁNCHEZ nos permite vislumbrar cuál es el discurso legitimador que el Legislador emplea para justificar sus opciones de regulación⁵⁹⁹. Y funciona como indicación del bien jurídico a proteger que el Legislador consagra para cada precepto, si bien, esté no es el único dato que se debe tener en cuenta, pues como defiende EDUARDO RAMÓN RIBAS para la determinación del bien jurídico ha de realizarse una interpretación teleológicamente orientada⁶⁰⁰.

El artículo 400 y el artículo 494.5 del Código Penal están ubicados en Título Octavo, de los Crímenes y simples delitos contra las personas, Párrafo III, de las Lesiones Corporales, cuyo bien jurídico protegido tradicionalmente fue la salud o integridad física de las personas. Como consecuencia de la regulación establecida por la Ley 20.066 se produce un debate doctrinal respecto de cómo esta nueva regulación ha afectado a la sistemática dentro de Código, abordada de forma exhaustiva por ALEX VAN WEEZEL⁶⁰¹, donde el autor plantea que la Ley de Violencia Intrafamiliar ha provocado una modificación sistemática de lesiones en el propio Código Penal, difícil

de alguna de las personas referidas en el artículo 5° de esta ley se sancionará con la pena de presidio menor en su grado mínimo a medio, salvo que el hecho sea constitutivo de un delito de mayor gravedad, caso en el cual se aplicará sólo la pena asignada por la ley a éste. Para apreciar la habitualidad, se atenderá al número

de actos ejecutados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferente víctima. Para estos efectos, no se considerarán los hechos anteriores respecto de los cuales haya recaído sentencia penal absolutoria o condenatoria”.

⁵⁹⁹ LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. «Bien jurídico y legitimidad de la intervención penal.» *Revista Chilena de Derecho* (Pontificia Universidad Católica de Chile) 22, n° 2 (mayo-agosto 1995), p. 252.

⁶⁰⁰ RAMÓN RIBAS, Eduardo. «Las relaciones entre los delitos de violencia de género y violencia doméstica.» En *La respuesta penal a la violencia de género. Lecciones de diez años de experiencias de una política criminal punitivista*, de Luz María Puente Aba (Dir.). Granada: Comares, 2010, p. 21.

⁶⁰¹ Véase ampliamente: VAN WEEZEL, Alex. «La sistemática... *op. cit.*, pp. 1-25; VAN WEEZEL, Alex «Lesiones y violencia intrafamiliar.» *Revista Chilena de Derecho* 35, n° 2, 2008: 223-259.

de clasificar dogmáticamente, al introducir una circunstancia agravante específica para los delitos graves y menos graves, y un elemento emergente, la valoración del contexto intrafamiliar en el artículo 400 relativo a las lesiones leves, con contenido negativo respecto de la aplicabilidad del tipo penal. Este elemento introduce un dispositivo de corrección del resultado de la valoración judicial, que opera solo en caso de necesidad en las lesiones leves.

Entra entonces en juego la discusión teórica respecto de dónde deben ubicarse los delitos relativos a las agresiones habituales o no en contexto de violencia intrafamiliar, si en el Título Séptimo del Código Penal dedicado a los Crímenes y delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual, o por el contrario encajan en el Título Octavo relativo a Crímenes y simples delitos contra las personas. Cuestión que en el Código Penal todavía no se ha resuelto por parte del Legislador y que hasta la actualidad ha optado por dejar fuera del Código Penal el delito de maltrato habitual.

Si bien la sistemática del Código no permite inferir cuál es el bien jurídico protegido por el artículo 5 de violencia intrafamiliar ni el artículo 14 relativo al maltrato habitual⁶⁰², si es necesario analizar cómo ha resuelto la doctrina y la jurisprudencia esta cuestión, y ello porque determinar qué posición adoptamos en relación bien jurídico tiene importantes consecuencias teóricas y prácticas.

2.1.El bien jurídico protegido en el artículo 5 y el artículo 14 de la Ley de Violencia intrafamiliar.

En Chile la problemática que supone determinar cuál es el bien jurídico que protegen los artículos 5 y 14 de la Ley de Violencia Intrafamiliar ha sido abordado por el citado ALEX VAN WEEZEL con relación a la posición sistemática, por PATRICIA TAPIA BALLESTEROS, y principalmente por MYRNA VILLEGAS DÍAZ quién además introduce en la discusión la perspectiva compara con España al analizar ambos países⁶⁰³.

⁶⁰² Cuestión ampliamente abordada en: VAN WEEZEL, Alex. «La sistemática... *op. cit.*, pp. 1-25; VAN WEEZEL, «Lesiones y violencia intrafamiliar.» *Revista Chilena de Derecho* 35, n° 2, 2008.

⁶⁰³ Véase VILLEGAS DÍAZ Myrna, «El delito de maltrato habitual en la Ley 20.066 a la luz del derecho comparado.» *Política Criminal* 7, n° 14, diciembre 2012, pp. 90-92.

Hemos decidido en honor a aportar mayor claridad sobre las discusiones abordar de forma conjunta el bien jurídico protegido en los artículos: 5 (tipo básico de maltrato) y artículo 14 (modalidad agravada de maltrato) de la Ley en el actual epígrafe.

MYRNA VILLEGAS DÍAZ⁶⁰⁴ sostiene que debe tenerse en cuenta que en un contexto de violencia intrafamiliar los bienes jurídicos afectados pueden ser varios en atención a las diversas conductas que pueden cometerse, pero ello no deriva en que nos encontremos ante delitos pluriofensivos. Lo determinante en la violencia intrafamiliar (artículo 5) es el plus de injusto, que no se ubica en el parentesco, sino que está integrado por el abuso de poder de quien agrede y que impregna su conducta, y la especial vulnerabilidad de las personas ofendidas⁶⁰⁵ que se integra como elemento del injusto, y determina que el bien jurídico protegido sea la dignidad de la persona o la integridad moral. Refiriéndose en específico al bien jurídico protegido del delito de maltrato habitual del artículo 14, señala la autora que igualmente está constituido por la dignidad de la persona humana y su integridad moral, y este bien jurídico encuentra asidero formal en el Derecho Internacional (arts. 3, 4 y 9 de la Convención Belém de Pará) y en el bloque de constitucionalidad conformado por los arts. 1 y 19 N°1 de la Constitución⁶⁰⁶.

VILLEGAS DÍAZ realiza la siguiente matización estratégica a la hora de establecer el bien jurídico protegido, señala que en los delitos que se producen en contexto de violencia intrafamiliar, si establecemos que el bien jurídico es pluriofensivo, nos encontramos en la práctica con una dificultad añadida a la hora de probar que el tipo penal se ha realizado, porque debe acreditarse mediante prueba que el injusto de los malos tratos familiares se ha producido o a existido una puesta en peligro respecto de cada uno de los bienes jurídicos implicados. Lo que incrementa todavía más la dificultad probatoria que existe en este tipo de ilícitos⁶⁰⁷. Por ello, ubicar el bien jurídico

⁶⁰⁴ La autora defiende la dignidad de la persona como bien jurídico protegido por la ley en diferentes publicaciones, en este sentido véase: VILLEGAS DÍAZ Myrna, «El delito de maltrato habitual... *op. cit.*, p. 278, 279, 291, 292; VILLEGAS DÍAZ, Myrna (dir.) «La violencia contra la mujer... *op. cit.*, p. 94

⁶⁰⁵ El concepto de vulnerabilidad se aborda *infra* en el epígrafe, subepígrafe 5. La condición de vulnerabilidad.

⁶⁰⁶ Cfr. VILLEGAS DÍAZ, Myrna, «El delito de maltrato habitual... *op. cit.*, p. 292.

⁶⁰⁷ *Ibid.*, p. 291.

El problema probatorio con los delitos de violencia intrafamiliar tiene dos aristas, la primera tener testigos o pruebas que avalen el testimonio de la víctima y en segundo lugar todavía existe una barrera en parte del poder judicial que tiene a no valorar como corresponde las y los testigos de la víctima, un caso extremo de esta situación es la que se refleja en la reciente Resolución 115365 de la Corte de Apelaciones de Concepción, de 6 de junio de 2017, que resuelve Recurso de Reforma Procesal Penal en la Causa n°

protegido en la dignidad de la persona, facilita la persecución penal de este tipo de violencia.

Por su parte TÁPIA BALLESTEROS señala que la ley no es clara en relación con el bien jurídico protegido y por lo tanto la autora no adopta una postura al respecto. Con relación a la familia o relaciones familiares como bien jurídico protegido, sostiene la autora que, si bien la norma se refiere a un elevado número de parientes, por consanguinidad o por afinidad en toda la línea recta o en la colateral hasta el tercer grado inclusive, independientemente de que convivan o no con el agresor, no pueden sin embargo considerarse familia las figuras de ex cónyuge o ex conviviente, porque ya no son integrantes del núcleo familiar. De forma que no puede sostenerse con rigor que el bien jurídico protegido sea la familia. Para TAPIA BALLESTEROS tampoco puede sostenerse que el bien jurídico protegido sea la protección de las mujeres respecto de la discriminación y la violencia que sufren basada en su género, —como se señala en los objetivos de la ley, y obliga la Convención Belem do Pará⁶⁰⁸— porque este objetivo queda desdibujado al incluirse en el artículo 5° un amplio número de sujetos pasivos, cuya selección ni siquiera guarda relación eventual con una posición de especial vulnerabilidad⁶⁰⁹. Y por último sostiene la autora, que tampoco puede sostenerse que la Ley 20.066 tenga como bien jurídico protegido la dignidad humana, como defiende MYRNA VILLEGAS, —bien jurídico deseable en los delitos de violencia intrafamiliar y de género— al exigir la ley un vínculo familiar/pareja y no una relación de dependencia del agresor sobre el sujeto pasivo de la violencia⁶¹⁰, con excepción de la referencia que el inciso segundo del artículo 5° hace a la situación de dependencia de niñas y niños o personas dependientes por razón de enfermedad, discapacidad o diversidad funcional.

La jurisprudencia por su parte también está dividida, hay pronunciamientos que señalan que en el delito de maltrato habitual el bien jurídico que se lesiona es la

418/2017. En esta causas de violencia intrafamiliar el Ministerio Fiscal había acreditado mediante testificales cuatro episodios de agresiones y amenazas hasta de muerte a la víctima, sin embargo, el tribunal solo sanciona por lesiones y no por delito de maltrato habitual. La Corte de Apelaciones de Concepción en consecuencia declaró la nulidad del juicio producido y de la sentencia recurrida y recalco que las afirmaciones de la jueza no se enmarcan en la realidad fáctica que integra del proceso ni se ajustaban a la lógica ni las máximas de experiencia y los conocimientos científicos.

⁶⁰⁸Una postura diferente sostienen MATUS Y RAMIREZ, que si bien no afirman que el bien jurídico protegido sea la discriminación contra la mujer basada en su género. Sostienen que esta norma abandona la consideración de que la violencia intrafamiliar es un asunto neutro desde la perspectiva de género (salvo en lo que respecta a la violencia ejercida contra los adultos mayores y niñas y niños). MATUS A., Jean Pierre, y M^a Cecilia RAMIREZ G. *Lecciones de Derecho Penal Chileno... op.cit.*, p. 155.

⁶⁰⁹ Cfr. TAPIA BALLESTEROS, Patricia, «Chile. Ley N° 20.066... op. cit.p. 84.

⁶¹⁰Ibíd., p. 86,

dignidad de la mujer a consecuencia de una dinámica crónica de maltrato⁶¹¹ y otros que establecen como bien jurídico a proteger la integridad física o psicológica⁶¹².

En nuestra opinión los delitos de violencia intrafamiliar pueden integrarse en los pluriofensivos⁶¹³ al proteger diversos bienes jurídicos. El primer bien jurídico protegido son las relaciones familiares y no únicamente la familia como institución, así se desprende de la regulación establecida en la ley y su capacidad de trasladar el elemento objetivo y subjetivo entre víctima y victimario a otros tipos penales —de robo con violencia, de injurias, de abandono de niñas y niños o personas desvalidas, entre otros⁶¹⁴—. Consideramos, a contrario sensu de lo que señala TAPIA BALLESTEROS, que la inclusión de otras figuras como la de ex cónyuge o ex conviviente que no tienen un ‘vínculo formal familiar’ no invalida la protección de las relaciones familiares, y ello porque ya se ha señalado la ley establece un concepto amplio de lo que ha de entenderse por relaciones familiares. El segundo bien jurídico que garantiza la ley sería la integridad física, psicológica y sexual de las personas que conforman el grupo familiar establecido en el artículo 5°.

Dicho lo anterior, encontramos que PATRICIA TAPIA BALLESTEROS tiene razón cuando expone las dificultades de establecer un bien jurídico en la Ley 20.066, del análisis realizado vemos como decantarnos por una posición donde señalemos que el bien jurídico protegido es la integridad física y psicológica, así como la protección de la familia tiene fundamentación en la ley y en la voluntad del legislador, sin embargo, presenta problemas de índole probatorio como ha señalado VILLEGAS. En este sentido la postura estratégica que sostiene MYRNA VILLEGAS de situar el bien jurídico protegido en la dignidad de la persona humana e integridad moral⁶¹⁵, tiene dos ventajas, la primera de ellas es que reduce en cierta medida el problema probatorio en este tipo de ilícitos en

⁶¹¹ En este sentido véanse la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia, ROL 598-15, recurso de nulidad, de 24 de septiembre de 2015.

⁶¹² En este sentido véanse las siguientes sentencias: Tribunal de Garantía de San Bernardo, Rol 4074-2006, de 19 de agosto de 2006.

⁶¹³ La consideración de los delitos de violencia intrafamiliar como pluriofensivos, la sustentamos sobre la base de que la categoría de violencia intrafamiliar es aplicada a diversos tipos de delitos, y esta como se ha indicado se fundamenta por la relación entre quien agrede y quien recibe la agresión. En este sentido en la legislación ya existen diversos delitos que son pluriofensivos, y eso antes de aplicarse la categoría de violencia intrafamiliar, ejemplo de ello son los cuasidelitos de lesiones o el homicidio, cfr. JIMÉNEZ ALLENDES, María Angélica. *Las salidas alternativas en el nuevo proceso penal. Estudio exploratorio sobre su aplicación*. Santiago de Chile: Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, 2004, p. 22.

⁶¹⁴ El despliegue de la categoría de violencia intrafamiliar fue señalado por VAN WEEZEL, Alex. «Lesiones y violencia... *op. cit.* y VILLEGAS DÍAZ, Myrna, «El delito de maltrato habitual... *op. cit.*

⁶¹⁵ Cfr. VILLEGAS DÍAZ, Myrna, «El delito de maltrato habitual... *op. cit.* p. 291.

relación con la teoría que sostiene que se trata de delitos pluriofensivos, donde es necesario probar la afectación de los diversos bienes jurídicos en cuestión. Y la segunda ventaja, es que dota de continuidad y mayor coherencia la construcción de los delitos de violencia contra las mujeres, ubicándolos como es el objetivo de la Ley de Violencia Intrafamiliar, dentro de los estándares internacionales de Derechos Humanos de las mujeres, especialmente con relación a la Convención Belem do Pará, que señala que la violencia contra la mujer constituye una violación de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales.

Coincidimos con TAPIABALLESTEROS cuando señala que la protección de la dignidad humana es el bien jurídico deseable en este tipo de leyes y también con la defensa estratégica de este bien jurídico que presenta VILLEGAS DÍAZ.

Sin embargo, establecer que la Ley de Violencia Intrafamiliar tiene como bien jurídico protegido la dignidad humana, en nuestro particular nos presenta una problemática añadida, y ello porque se trata de un bien jurídico indisponible para la víctima, de forma que sostener que puedan realizarse acuerdos reparatorios en causas de violencia intrafamiliar topa con una doble prohibición, la que establece la propia ley en su artículo 19, y el artículo 241 del Código Procesal Penal, que solo permite arribar a acuerdos reparatorios en el caso de bienes jurídicos disponibles.

Ante esta situación legal, si bien, nuestro deseo sería mantener como bien jurídico protegido la dignidad humana, presentamos estratégicamente como bien jurídico protegido la integridad física de la víctima. Y ello porque esta es la voluntad que consagra la redacción del artículo 5° que establece como violencia intrafamiliar los malos tratos, y el artículo 14° al tipificar el delito de malos tratos habituales. De forma que la ley remite continuamente a los delitos de lesiones, cuyo bien jurídico protegido es la integridad física o psicológica. Desde este lugar, —y avanzando en contenidos que se abordan *infra*⁶¹⁶, con la mera derogación del artículo 19 de la Ley de violencia intrafamiliar estaríamos ante un ordenamiento jurídico que nos permite arribar a acuerdos reparatorios en el caso de que la violencia intrafamiliar afectare bienes

⁶¹⁶ Sobre la posibilidad de realizar acuerdos reparatorios en causas de violencia intrafamiliar véase *infra*, en el epígrafe VII. LOS ACUERDOS REPARATORIOS EN CHILE. UNA VISIÓN CRÍTICA DE SU RECEPCIÓN, SU PROHIBICIÓN EN CONTEXTO DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR Y SU APLICACIÓN A PERSONAS DE IDENTIDAD MAPUCHE.

jurídicos disponibles de carácter patrimonial o consistieren en lesiones menos graves. Y para agravar la pena se podría aplicar la agravante antidiscriminación del artículo 12 N° 21 del Código Penal, diseñada para aplicarse en aquellas situaciones donde el delito está motivado por entre otras circunstancias por el sexo de la víctima⁶¹⁷, pudiendo aplicarse esta circunstancias en aquellas violencias o malos tratos habituales donde se aprecia una situación de violencia machista, al no estar está incluida en el tipo del delito de malos tratos habituales, ni en ningún otro precepto del Código Penal, a excepción de la tipificación del femicidio.

2.2. La experiencia española: Una visión comparada del bien jurídico protegido en los delitos de violencia doméstica y de género:

La perspectiva comparada con la legislación española lejos de criticarse como colonialidad del saber y por lo tanto como refuerzo del pensamiento hegemónico de la antigua metrópolis, debe contextualizarse. En primer lugar, ha de tenerse en cuenta que el legislador chileno incurrió en la Ley 20.066 en una importación no reflexiva, esto es sin tener en cuenta los diferentes contextos culturales y sistemas judiciales entre uno y otro país, de la normativa española en materia de violencia machista, por ello, introducir en el debate sobre el bien jurídico de los preceptos 5 y 14 que encuentran cierta homologación en los artículos 153⁶¹⁸ y 173⁶¹⁹ del Código Penal español debe leerse, y

⁶¹⁷ La agravante antidiscriminación se aborda en específico en la página en la página 251

⁶¹⁸ Artículo 153 Código Penal Español. - “1. El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del artículo 147, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

2. Si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo, el autor será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis meses a tres años.

3. Las penas previstas en los apartados 1 y 2 se impondrán en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.

esta es nuestra intención, de forma crítica, sin abandonar la perspectiva decolonial, como un marco comparado, como otra experiencia donde el trabajo doctrinal se inicia a este respecto en la década de los ochenta del siglo pasado y que puede aportar puntos de reflexión interesantes, pero nunca ser acogidas las experiencias extranjeras como soluciones ya cerradas. De forma que poner en relación ambas normativas y discusiones doctrinales resulta ilustrativo a efectos de debatir sobre el bien jurídico protegido en la

4. No obstante lo previsto en los apartados anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado”.

El artículo que se ha descrito fue redactado por el artículo 37 de la L.O. 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género («B.O.E.» 29 diciembre; corrección de errores «B.O.E.» 12 abril 2005). Vigencia: 29 junio 2005. Y recientemente se ha modificado como resultado de las reformas operadas por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 31 marzo). Vigencia: 1 julio 2015.

⁶¹⁹Artículo 173.- “1. *El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.*

Con la misma pena serán castigados los que, en el ámbito de cualquier relación laboral o funcionarial y prevaliéndose de su relación de superioridad, realicen contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima.

Se impondrá también la misma pena al que de forma reiterada lleve a cabo actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, tengan por objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda.

2. El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.

Se impondrán las penas en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza.

En los supuestos a que se refiere este apartado, podrá además imponerse una medida de libertad vigilada.

3. Para apreciar la habitualidad a que se refiere el apartado anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores.

4. Quien cause injuria o vejación injusta de carácter leve, cuando el ofendido fuera una de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173, será castigado con la pena de localización permanente de cinco a treinta días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a treinta días, o multa de uno a cuatro meses, esta última únicamente en los supuestos en los que concurran las circunstancias expresadas en el apartado 2 del artículo 84.

Las injurias solamente serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal”.

Ley de Violencia Intrafamiliar en Chile, así como el bien jurídico deseable que deben proteger los delitos que sancionan la violencia machista.

En efecto en el Estado Español a partir de 1983 empiezan a introducirse cambios en la legislación y el Tribunal supremo en la sentencia 837/11-6-97 establece que la situación mixta de parentesco agrava la responsabilidad en los delitos contra la vida e integridad personal y atenúa en delitos patrimoniales. Pero la reforma que realmente marca el cambio fue la operada por la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de reforma del Código Penal, en la cual se incorporan los valores constitucionales de igualdad y se modifica el bien jurídico digno de protección de algunos delitos como la violación, que pasan de ser un delito contra la honestidad para configurarse como bien jurídico protegido la libertad sexual, se incorpora el delito de violencia física habitual en el ámbito doméstico —la legislación y doctrina emplean el concepto de doméstico por eso reproducimos así la categoría—, por ello la doctrina establece que es a partir del año 1989 cuando la mujer empieza a ser sujeto del Derecho Penal⁶²⁰. A partir de este momento se abre la discusión respecto de cuál es el bien jurídico que deben proteger los delitos que sancionan la violencia en contexto doméstico: la integridad moral, las relaciones familiares o la integridad física y psicológica⁶²¹.

La reforma del Código Penal de 1989 se ocupó de la violencia en contexto doméstico mediante la introducción de una falta (artículo 582 CP, Libro III, De las faltas y sus penas, Título III, De las faltas contra las personas) que sancionaba el maltrato sin lesiones, cuya sanción era una multa pecuniaria, y si estos golpes o maltratos se producían contra la pareja la pena pasaba de multa a arresto menor en toda su extensión. El delito de malos tratos habituales (artículo 425 CP, Libro II, De los delitos y sus penas; Capítulo III, De las lesiones) surge por la necesidad manifestada en el debate legislativo por la Comisión de Derechos Humanos del Senado de introducir un tipo penal que reconociese un elemento característico de esta violencia que era su reiteración en el tiempo. Ambos tipos penales tenían como bien jurídico protegido la integridad física⁶²².

⁶²⁰ En este sentido Durán en, ALBERTI, Inés, y Natalia MATAS. *La violencia doméstica. Informe sobre los malos tratos a mujeres en España*. Barcelona: Colección Estudios Sociales. Núm. 10. Fundación "La Caixa", 2002, p. 161.

⁶²¹ Cfr. RAMÓN RIBAS, Eduardo. «Las relaciones entre los delitos... *op. cit.*, p. 20.

⁶²² Cfr. ALBERTI, Inés, y Natalia MATAS. *La violencia doméstica... op. cit.* pp. 162-163.

La reforma de Código Penal de 1995 se hace cargo de parte de las reivindicaciones de sectores feministas y asociaciones que trabajan con mujeres que han sufrido maltrato, y recoge los derechos de las mujeres que empiezan a incorporarse en los tratados internacionales. Como resultado de esta presión, el Código Penal de 1995 modifica la anterior regulación introduciendo penas más severas y proporcionales a la gravedad de la agresión, pero conservando la sistemática del Código anterior, a así el delito de maltrato habitual antes regulado en el artículo 425 del CP pasa al número 153 (Libro II, De los Delitos y sus penas; Título III, De las Lesiones)⁶²³, el maltrato ocasional antes no regulado de manera expresa, pero sancionado como una lesión ordinaria de los artículo 147 y ss. donde se podía unir la agravante de parentesco del artículo 23 o la falta del artículo 617 del Código Penal⁶²⁴.

De las reformas que ha sufrido el Código es necesario hacer mención expresa a las operadas por la Ley Orgánica 11/2003 de 29 de septiembre, de Medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros⁶²⁵ (en adelante L.O. 11/2003), y la 1/2004, de 24 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante L.O. 1/2004)⁶²⁶, norma está última reconocida a nivel internacional como uno de los referentes en la incorporación al Derecho Penal de la perspectiva de género⁶²⁷.

La L.O. 11/2003 además e introducir nuevos lazos familiares antes no contemplados también incorpora la figura del noviazgo sin convivencia, agotando, como sostiene MARÍA PRIETO DEL PINO, cualquier relación que pueda darse entre las personas que integran el núcleo de convivencia familiar del autor, traspasando incluso esta frontera al

⁶²³ Sobre la evolución del artículo 153 del Código Penal español puede leerse ampliamente ALBERTI, Inés, y Natalia MATAS. *La violencia doméstica... op. cit.* pp. 164-165, pero quiero señalar en particular siguiendo a estas autoras que cuando se aprueba el artículo en 1995 los malos tratos habituales no incluían la violencia psicológica, el reconocimiento de la violencia psicológica dentro del tipo se incorpora con la reforma de 1999.

⁶²⁴FUENTES OSORIO, Juan Luis. «El artículo 153.1 CP: ¿tipo atenuado?» *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, nº 4 (octubre 2014), p. 2

⁶²⁵ Se modifica por el artículo 1.7 de la L.O. 11/2003, de 29 de septiembre. El texto de la ley puede consultarse en línea en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2003-18088> (consultado el 6 de julio de 2018).

⁶²⁶ El texto de la ley puede consultarse en línea en, <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2004-21760> (consultado el 6 de julio de 2018).

⁶²⁷ Este reconocimiento de la Ley Orgánica 1/2004 se ha realizado tanto por la doctrina como por organismo internacionales, referencias que entre otras autoras señalan: VILLEGAS DÍAZ, Myrna, «El delito de maltrato habitual... op. cit. p. 279; PRIETO DEL PINO, Ana María. «Diez años de derecho penal español contra la violencia de género: maltrato habitual y maltrato ocasional en la pareja.» *Revista Nuevo Foro Penal* (Universidad EAFIT) 12, nº 86 (enero-junio 2016), p. 124. Reconocimiento que no está exento de voces que criticando duramente la regulación que la ley ha establecidos.

incluirse también las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentren sometidas a guarda o custodia en centros públicos o privados⁶²⁸. La reforma también traslada los malos tratos habituales al artículo 173.2 y pasan a definirse como un atentado contra la integridad moral mediante violencia física o psíquica habitual. Y transforma el artículo 153 en un tipo destinado a la persecución de los malos tratos ocasionales leves no constitutivos de delito que anteriormente se sancionaban como faltas, a la par que establece una definición amplia de lo que ha de considerarse maltrato ocasional leve que abarca también las amenazas de modo leve con armas y otros instrumentos peligrosos⁶²⁹. Configurándose a partir de esta regulación la protección penal desde la violencia doméstica concepto diferente de violencia de género. Como señala JUAN LUIS FUENTES OSORIO la regulación hace referencia al lugar donde se produce la violencia y la vulnerabilidad que el propio entorno genera a los sujetos que se hallaban dentro⁶³⁰. Esta postura adoptada por el legislador fue fuertemente criticada, al diluir la violencia de género dentro de la violencia doméstica, de forma que con esta decisión el Legislador en opinión de ANA MARÍA PRIETO DEL PINO lo que hace es contribuir a perpetuar el modelo patriarcal y las relaciones de dominio al no incorporar una adecuada política criminal con perspectiva de género⁶³¹.

La L.O. 1/2004 supone un avance respecto de la regulación anterior al incorporar la perspectiva de género y definir que debe considerarse violencia de género todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad (art. 1.3 L. O 1/2004). Esta Ley supone también una agravación de las penas para las conductas que encajan en la categoría de violencia de género que se logra a través de las siguientes reformas: desplaza las amenazas leves a los delitos contra la libertad y el artículo 153 (Libro II; Título III, De las lesiones) pasa a circunscribirse a los ataques contra la integridad personal en la sistemática del Código.

De esta forma la nueva regulación establece dos tipos de malos tratos ocasionales en función de quién es la víctima y la relación que la liga al victimario introduciendo un binomio conceptual entre lo que ha de considerarse violencia de género y violencia doméstica. Siguiendo a FUENTES OSORIO la violencia de género hará referencia a los

⁶²⁸ Cfr. PRIETO DEL PINO, Ana María. «Diez años de derecho penal español... *op. cit.*, p. 118

⁶²⁹ Cfr. FUENTES OSORIO, Juan Luis. «El artículo 153.1 CP... *op. cit.*, p. 3.

⁶³⁰ *Ibid.*, p. 3

⁶³¹ Cfr. PRIETO DEL PINO, Ana María. «Diez años de derecho penal español... *op. cit.*, p. 118.

casos más graves de agresiones dentro de un contexto de dominio machista ejercida por el hombre sobre la mujer (artículo 153.1 CP cuando la lesión no sea constitutiva de delito y artículo 148.4 CP para todos los casos en que las agresiones constituyen delito). Y la violencia doméstica toma un carácter subsidiario, refiriéndose a la violencia que se produce contra el resto de sujetos incluidos en otras relaciones de parentesco y convivencia descritas en el artículo 153.2, que se remiten al artículo 173.2 CP, y contra personas que presentan una especial vulnerabilidad (art. 153.1 CP)⁶³².

Si analizamos el artículo 153 nos damos cuenta que estamos ante un tipo extraño como señala FUENTES OSORIO. La doctrina discute cual es el bien jurídico protegido en el precepto: si la salud, la integridad moral o la paz familiar⁶³³, y también su ubicación en la sistemática del Código Penal⁶³⁴.

Un sector de la doctrina considera que el bien jurídico protegido es la salud o la integridad física, en este sentido la ubicación del precepto sería correcta en el Código Penal. Opinión diferente sostiene EDUARDO RAMÓN RIBAS para quién nos encontramos ante un delito que protege la integridad moral dentro de la salud, o integridad física de forma que establece una continuidad en la relación entre el artículo 153 y 173.2⁶³⁵. Y la postura mayoritaria defiende que el precepto protege la dignidad humana o integridad moral en el ámbito familiar o casi familiar, de forma que para esta última corriente la ubicación en el Código se considera incorrecta⁶³⁶.

JUAN LUIS FUENTES OSORIO prefiere ubicar como bien jurídico protegido en el artículo 153.1 la discriminación y el ataque contra la dignidad antes que hablar de la integridad moral como bien jurídico protegido⁶³⁷. Y sostiene que no puede identificarse la integridad moral con la dignidad humana, y ello porque cualquier bien jurídico se asocia finalmente con la dignidad humana que funciona como principio rector del Derecho Penal, por ello es necesario establecer bienes jurídicos más concretos.

⁶³² Cfr. FUENTES OSORIO, Juan Luis. «El artículo 153.1 CP... *op. cit.*, p. 4

⁶³³ En este sentido Gracia Martín, L., en RAMÓN RIBAS, Eduardo. «Las relaciones entre los delitos... *op. cit.*, p. 23.

⁶³⁴ *Ibid.*, p. 4.

⁶³⁵ Cfr. RAMÓN RIBAS, Eduardo. «Las relaciones entre los delitos... *op. cit.*, pp. 36-37 y RAMÓN RIBAS, Eduardo. «Los delitos de violencia de género: objeto de protección.» En *La protección frente a la violencia de género: tutela penal y procesal*, de Eduardo RAMÓN RIBAS, Rosa ARROM LOSCOS, y Irene NADAL GÓMEZ. Madrid: Dykinson, 2009, p. 27.

⁶³⁶ En este sentido Cuenta I García citado por Eduardo Ramón Ribas y el propio Eduardo Ramón Ribas en, RAMÓN RIBAS, Eduardo. «Las relaciones entre los delitos... *op. cit.*, p. 23; Barquín y Olmedo citados en, PRIETO DEL PINO, Ana María. «Diez años de derecho penal español... *op. cit.*, p. 119.

⁶³⁷ Cfr. FUENTES OSORIO, Juan Luis. «El artículo 153.1 CP... *op. cit.*, p. 15.

Argumenta en este sentido que nos encontramos ante un tipo que protege a la mujer frente actos de humillación, vejación o envilecimiento en contra de su voluntad⁶³⁸.

Por su parte el artículo 173 —ubicado en el Libro II De los Delitos y sus penas; Título VII De las torturas y otros delitos contra la integridad moral—, tipifica la violencia física o psíquica habitual contra quien haya sido cónyuge o persona ligada por análoga relación. Con esta regulación la doctrina discute si ambos preceptos (153 y 173 CP) comparten el mismo bien jurídico, y si no es así, si existe posibilidad de aplicar un concurso de delitos. Las posturas respecto del bien jurídico en el artículo 173 son las siguientes: la salud; la paz familiar; el desarrollo de la mujer; el bien jurídico es múltiple porque el delito pluriofensivo. Y por último el sector mayoritario de la doctrina considera que se protege la integridad física y/o psicológica o se protege la integridad moral y la dignidad de la persona. En la práctica este precepto se ha convertido en un artículo subsidiario de otros preceptos

La integridad física y psicológica como bien jurídico protegido en el artículo 173.2 CP se fundamenta en considerar que dicho artículo es la versión calificada del artículo 153 CP que sanciona como delito las lesiones o malos tratos de obra que no sean habituales. En consecuencia, entre el artículo 153 y 173.2 no puede aplicarse un concurso de delitos salvo que nos encontremos con diferentes víctimas y un único agresor.

La protección de la paz familiar la defiende MARÍA JOSÉ BENÍTEZ JIMÉNEZ⁶³⁹ y NATALIA PÉREZ RIVAS⁶⁴⁰. Sostienen las autoras, que el bien jurídico protegido en el artículo 173.3 argumentando que el precepto de maltrato habitual se refiere a diferentes personas que pueden ser sujetos pasivos siempre y cuando pertenezcan al mismo marco de convivencia⁶⁴¹.

⁶³⁸ *Ibid.*, p. 15.

⁶³⁹ Véase, BENÍTEZ JIMÉNEZ, María José. «Estudio de una regulación anunciada: el delito de maltrato habitual.» *Anuario de derecho penal y ciencias penales* 52, n° 1-3 (1999): 430-450.

⁶⁴⁰ Véase, PÉREZ RIVAS, Natalia. «La determinación de la habitualidad en el delito de maltrato habitual (artículo 173.3 Código Penal Español).» *Revista Opinión Jurídica Universidad de Medellín* 15, n° 30, julio-diciembre 2016

⁶⁴¹ *Ibid.*, p. 180.

La doctrina que señala que nos encontramos ante un bien jurídico global, sostiene que este bien es la protección del normal desarrollo de la personalidad de la mujer que se ve afectado cuando están sometidas a violencia machista⁶⁴².

La fundamentación del delito de maltrato habitual como pluriofensivo goza de diversas fundamentaciones. Para QUINTERO OLIVARESEXISTE un bien individual y otro supraindividual: el propio de la mujer agredida y el género (femenino) al que ella pertenece⁶⁴³. La fundamentación de este bien supraindividual o colectivo se justifica en que el género femenino históricamente ha estado sometido al género masculino. Uno de los puntos débiles de esta fundamentación es que parte de la consideración o presunción de inferioridad de las mujeres o su mayor vulnerabilidad cuando están en relaciones de pareja⁶⁴⁴, fundamento que se centra en una visión que reduce la experiencia de vida de la mujer al hecho de haber sufrido maltrato y no pone en valor sus estrategias de supervivencia. Para CARBONELL y GONZÁLEZ SUSSAC se protege la dignidad de la persona humana en el seno de la familia, el honor y la salud, y para GONZÁLEZ RUS, se protege la dignidad, la seguridad, el equilibrio físico y psíquico y el bienestar de los miembros del hogar⁶⁴⁵.

El sector doctrinal que considera que se protege la integridad moral y dignidad de la persona es el mayoritario. Siguiendo a EDUARDO RAMÓN RIBAS que el artículo 173.2 CP se basa en considerar que el citado artículo se hace cargo de los diferentes episodios que sufre la víctima que generan una atmósfera o situación de angustia, temor, degradación o envilecimiento que se extiende en el tiempo, y por lo tanto es la suma de todas esas horas de todos esos días lo que constituyen el delito de violencia habitual, violencia que no es subsumible en supuestos de delitos de lesiones. La víctima teme, angustiada la repetición de nuevos actos, viéndose sometida a una voluntad ajena que dispone de ella ignorando su libertad y su misma condición humana, haciéndola vivir en un estado o clima de violencia permanente⁶⁴⁶. Por ello, lo que realmente se está garantizando el precepto es la integridad moral y la dignidad de la persona en el ámbito

⁶⁴² Fuentes Soriano, citado en FUENTES OSORIO, Juan Luis. «El artículo 153.1 CP... *op. cit.*, p. 14.

⁶⁴³ En este sentido Quintero Olivares citado en, FUENTES OSORIO, Juan Luis. «El artículo 153.1 CP... *op. cit.*, p. 14.

⁶⁴⁴ Alcalá Sánchez en, FUENTES OSORIO, Juan Luis. «El artículo 153.1 CP... *op. cit.*, p. 15 (ver continuación de nota a pie nº. 53).

⁶⁴⁵ Citados en, VILLEGAS DÍAZ, Myrna, «El delito de maltrato habitual... *op. cit.* p. 291.

⁶⁴⁶ RAMÓN RIBAS, Eduardo. «Las relaciones entre los delitos... *op. cit.*, pp. 24-25

familiar⁶⁴⁷. En este sentido es compatible con un concurso de delitos entre el artículo 153 (integridad moral en el ámbito de la salud) con el artículo 173 (números: 2, 3 y 4) que protege la integridad moral sin incurrir en una vulneración el principio *non bis in idem* siempre que nos encontremos con ilícitos infligidos a diferentes víctimas y ello porque el precepto 173 establece que para apreciar la habitualidad se atenderá al número de actos violentos acreditados la proximidad temporal y las diferentes víctimas posibles sobre las que se haya ejercido la violencia⁶⁴⁸.

En la misma línea, JUAN LUIS FUENTES OSORIO también considera que nos encontramos ante un precepto que como también la sistemática del Código indica protege la integridad moral⁶⁴⁹. Y que incluye una regla concursal prevista en el artículo 173.2 por lo que su aplicación es compatible con el artículo 153 y obliga a resolver mediante un concurso. Donde los actos habituales de violencia física o psíquica se sancionan en el artículo 173.2 y cada acción lesiva aislada en ese contexto por lo artículo 153.1 o 148.4 del Código Penal en concurso⁶⁵⁰.

3. Análisis crítico del concepto de violencia intrafamiliar del artículo 5º de la Ley 20.066

Antes de abordar el concepto de violencia que establece la Ley 20.066 es necesario señalar que esta norma marca una distancia con su antecesora al abandonar el enfoque terapéutico e introducir un enfoque represivo para el agresor y de protección hacia la víctima⁶⁵¹.

⁶⁴⁷ En este sentido véase: ALBERTI, Inés, y Natalia MATAS. *La violencia doméstica... op. cit.* p. 164; RAMÓN RIBAS, Eduardo. «Las relaciones entre los delitos... op. cit., p. 23; y PRIETO DEL PINO, Ana María. «Diez años de derecho penal español... op. cit.

⁶⁴⁸ Cfr. RAMÓN RIBAS, Eduardo. «Las relaciones entre los delitos... op. cit., pp. 36-37 y RAMÓN RIBAS, Eduardo. «Los delitos de violencia de género: objeto de protección.» En *La protección frente a la violencia de género: tutela penal y procesal*, de Eduardo RAMÓN RIBAS, Rosa ARROM LOSCOS, y Irene NADAL GÓMEZ. Madrid: Dykinson, 2009, p. 27

⁶⁴⁹ Cfr. FUENTES OSORIO, Juan Luis. «El artículo 153.1 CP... op. cit., p. 19.

⁶⁵⁰ *Ibid.*, p. 15.

Siguiendo el trabajo de MYRNA VILLEGAS cabe señalar que esta es la postura mayoritaria en la doctrina española y que otros autores y autoras que sostiene este planteamiento son Morilla Cuevas, Tamarit Sumalla, Benítez Jiménez y Patricia Falardo Cabana. Ampliamente en VILLEGAS DÍAZ, Myrna, «El delito de maltrato habitual... op. cit. p. 291.

⁶⁵¹ Cfr. VILLEGAS DÍAZ, Myrna (dir.). «Violencia contra la mujer... op. cit., p. 16.

3.1. El concepto de violencia intrafamiliar

En el artículo 5° la Ley 20.066 se actualiza y define qué debemos entender por «violencia intrafamiliar»; se establece qué tipos de actos serán constitutivos de violencia intrafamiliar, que podrán ser atendiendo a su gravedad del conocimiento de los Juzgados de Familia (tipo básico), o de los Juzgados de Garantía cuando estos hechos sean constitutivos de delito. Y establece qué integrantes del grupo familiar podrán ser sujetos activos o pasivos de la violencia, cuestión medular en el abordaje de la violencia intrafamiliar porque será precisamente la relación familiar o afectiva la determinante para identificar cuándo nos encontramos ante un delito de violencia intrafamiliar. Es este elemento subjetivo el que da el carácter de violencia intrafamiliar a los hechos.

Artículo 5° de la Ley de violencia intrafamiliar: *“Violencia intrafamiliar. Será constitutivo de violencia intrafamiliar 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 referida en el inciso precedente ocurra entre los padres de un hijo común, o recaiga sobre persona menor de edad, adulto mayor⁶⁵² o discapacitada que se encuentre bajo el cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familiar”.

De esta breve introducción se puede derivar que la construcción de la categoría jurídica de violencia intrafamiliar establece una regulación compleja de este fenómeno delictual que exige su análisis de forma minuciosa.

Desde un punto de vista dogmático, en el artículo 5° se deben diferenciar dos elementos, uno objetivo que hace referencia a que el maltrato debe afectar a la vida o a la integridad física o psíquica de la víctima, y otro subjetivo, relativo a que, entre quien comete el maltrato y la víctima del mismo debe existir una de las relaciones que indica el citado artículo. Ambos requisitos son necesarios para que el maltrato sea constitutivo de violencia intrafamiliar, pero será especialmente el último de ellos el que establece la

⁶⁵² El concepto de «adulto mayor» se establece en la Ley N° 19.828, de 27 de septiembre de 2002, que crea el Servicio Nacional del Adulto Mayor, en concreto el artículo 1° establece que adulto mayor es toda persona mayor de 60 años. En línea <http://bcn.cl/1v31p>

especificidad de este tipo de violencia⁶⁵³. De esta configuración del tipo se puede derivar en primer lugar que el artículo 5 al diferenciar entre aquella violencia que será constitutiva de delito y la que no, establece dos tipos diferentes de jurisdicción que se harán cargo de conocer de esta violencia. Los Tribunales de familia para el maltrato intrafamiliar no constitutivo de delito y los Juzgados de Garantía o Tribunales Penales cuando nos encontremos ante delitos comunes cometidos en contexto de violencia intrafamiliar, esto es, todos los malos tratos que además de cumplir con los requisitos señalados en el citado artículo 5º, constituyen ilícitos penales, tales como homicidio, lesiones, violación, etc., así como el delito de maltrato habitual⁶⁵⁴. Y, en segundo lugar, que la protección de la violencia contra las mujeres que establecían los estándares internacionales, no se cumple en Chile, limitándose la protección de las mujeres al ámbito de pareja o doméstico; por lo tanto, como señala MYRNA VILLEGAS DÍAZ⁶⁵⁵, la protección de las mujeres solo se produce cuando estas desempeñan un rol tradicional dentro de las relaciones afectuosas.

La conceptualización que dispone el artículo 5º al establecer un elemento subjetivo en la configuración del tipo de violencia intrafamiliar, hace que esta característica tome relevancia respecto de cualquier otro tipo de lesiones de las que contempla el Código Penal, que siguiendo el criterio de VAN WEEZEL⁶⁵⁶ podemos sistematizar en lesiones gravísimas y lesiones simplemente graves (art. 397 N° 1 y N°2 CP respectivamente) y lesiones menos graves (art. 399 CP) y las lesiones leves (art. 494 N°5 CP) y también del propio artículo 14 de la Ley de Violencia Intrafamiliar que establece el delito de maltrato habitual.

En conclusión, el artículo 5º establece cuándo debe considerarse que existe violencia intrafamiliar y el tipo básico de esta violencia: para la consideración de la violencia como intrafamiliar no se exige que la violencia sea sistemática, ni habitualidad, ni un contexto de intimidación, ni superioridad, ni vulnerabilidad o

⁶⁵³ Cfr. VAN WEEZEL, Alex. «Lesiones y violencia... *op. cit.* p. 224.

⁶⁵⁴ Cfr. TOLEDO VÁSQUEZ, Patsili. *Derecho a Vivir una Vida Libre sin Violencia*. Editado por Lorena Fries. Santiago de Chile: Corporación Humanas, 2007, p. 21.

⁶⁵⁵ Cfr. VILLEGAS DIAZ, Myrna (dir.). «Violencia contra la mujer... *op. cit.*, p. 17.

⁶⁵⁶ Cfr. VAN WEEZEL, Alex. «La sistemática de los delitos de lesiones en el Código Penal y el régimen introducido por la Ley N° 20.066 sobre Violencia Intrafamiliar.» *Informes en Derecho, Doctrina Procesal Chilena*, 2007, p. 4.

elementos semejantes⁶⁵⁷. El tipo se realiza cuando se cumplen dos elementos: la existencia de violencia siendo suficiente un solo acto de violencia, y que esta se produzca entre los sujetos mencionados en el propio artículo.

3.2. El concepto de violencia intrafamiliar como consagración del modelo occidental heterosexual de relaciones familiares y afectivas

La redacción del artículo 5° obliga a reflexionar sobre el concepto de familia, concepto que no es ajeno al Derecho Penal⁶⁵⁸, y que en los últimos años ha evolucionado en el ámbito civil y administrativo, por ello es necesario ver como la Ley de Violencia Intrafamiliar recoge dicha institución.

La Ley 20.066 expresa una parte del despliegue del concepto de familia que con la evolución de las normas civiles e interpretaciones jurisprudenciales en los últimos años ha reconocido la filiación fuera del matrimonio y las relaciones de convivencia sin inscripción registral e hijas o hijos comunes. El artículo 5°, como ya hacía la ley anterior, se hace cargo de esta realidad estableciendo un catálogo más numeroso de personas que pueden ser sujetos activos y pasivos de violencia intrafamiliar: cónyuges, ex cónyuges, convivientes, ex convivientes, padres de un hijo común, parientes 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, persona menor de edad, adulto mayor o discapacitada que se encuentre bajo el cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familiar

En relación con la regulación de la violencia machista dentro de la pareja, como una de las formas de violencia de las que se hace cargo el concepto de violencia intrafamiliar, el artículo supone un avance respecto del artículo 3° de la Ley 19.325 de 1994, que solo aplicaba la categoría de violencia intrafamiliar a cónyuges o convivientes (en la práctica heterosexuales).

⁶⁵⁷ MORALES VILLABLANCA, Alejandra Alfonsina, y Renata SANDRINI CARREÑO. *Lesiones y violencia de género frente a la jurisprudencia. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales*. Trabajo dirigido por Myrna Villegas Díaz. Santiago de Chile: Facultad de Derecho, Departamento de Ciencias Penales de la Universidad de Chile, 2010, p. 40.

⁶⁵⁸ En este sentido, el artículo 13, recoge la atenuante o agravante de parentesco, y el artículo 391 establece la figura del parricidio, precepto que reconoce un estatus especial a las relaciones formales de familia.

Sin embargo, el modelo de familia que sigue inspirando y protegiendo la ley es el modelo de familia heterosexual occidental tradicional. En consecuencia, nos encontramos con una ley que deja fuera del ámbito de protección diferentes modalidades de relaciones afectivas generando grandes vacíos en la protección de la violencia machista, como pueden ser las relaciones de noviazgo sin convivencia, como consecuencia nos encontramos con problemas a la hora de determinar quién puede ser considerado sujeto activo y pasivo del delito, que abordamos a continuación.

3.3. La familia mapuche: convivientes y familia extensa

Un análisis decolonial feminista obliga a analizar para el caso de las familias mapuches si estas encajan en el modelo de familia y protección que se contempla en la Ley 20.066.

La doctrina señala que el concepto que establece la ley en el artículo 5° de familia es muy amplio al reconocer la familia “*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*”. Analizado este concepto en relación con el sistema de familia mapuche, puede resultar incluso escaso, al comprender el valor de familia en esta cosmovisión un marco global de lazos familiares y de parentesco más extenso, que funciona como una red que se superpone y que abarca ya no solo una casa, sino un territorio. Estas relaciones familiares están conformadas por la línea directa de parentesco y por las alianzas de pareja o matrimoniales. Estos dos componentes en la sociedad mapuche, son referidos como el *tuwun* o procedencia y el *kupalme*, la consanguineidad. El *kupalme*, está compuesto por las 4 raíces familiares o *melifolikupan*, donde están presentes las abuelas y abuelos por parte de madre y padre, que son tan importante como el origen territorial. Ambos elementos, el *kupalme* y el *tuwun*, eran tradicionalmente considerados a la hora de constituir parejas⁶⁵⁹. Señala CRISTINA LLANQUILEO ROMERO, que esta realidad cultural es desconocida y, por lo tanto, omitida por los actores del ámbito institucional⁶⁶⁰.

⁶⁵⁹ Cfr. PAINEMAL MORALES, Millaray, y Andrea ÁLVAREZ DÍAZ. *Caminando Juntas... op. cit.*, p. 11.

⁶⁶⁰ Cfr. LLANQUILEO ROMERO, Cristina. *Protección de Derecho... op. cit.*, p. 159.

La conformación de las relaciones de pareja y los matrimonios en la cultura mapuche tradicionalmente no se basaba en la inscripción registral ni usan la ceremonia cristiana⁶⁶¹ —la institución del matrimonio heterosexual con una única mujer tiene su origen en la cultura cristiana—. Por ello valoramos de forma positiva que se mantenga la figura del conviviente que ya se incluía también en la ley anterior, que si bien, no fue pensada para el modelo de familia mapuche, sin embargo, permite la protección de las personas con modelos de convivencia mapuche.

Una de las consecuencias que tienen las leyes chilenas que exigen el matrimonio o ahora un acuerdo de unión civil para acceder a la cartilla familiar, junto con el peso que están ganando las iglesias cristianas en la región de La Araucanía es que cada vez la gente joven adopta el estilo occidental y se casan en las iglesias o en el registro civil⁶⁶². Esta nueva tendencia lleva aparejada el riesgo de pérdida de las costumbres mapuche que establecían reglas con base en el territorio, en el linaje y los consejos por parte de las familias para celebrarse un matrimonio. Las investigadoras ROSARIO PALMA AYALA y RENATA SANDRINI CARREÑO recogen el testimonio de la comunera mapuche de la Comunidad Akapi Ñancuqueo, Lof Kurrenche, quien relata una de estas formas de constituirse en pareja en el *Az Mapu*:

“Cuando se casaba una persona mapuche con otro mapuche hay un consejo, un lam, de nuevo el consejo, ahí aconsejan dos mujeres ¿cierto?, dos mujeres más abuelitas de la comunidad y dos hombres para el hombre y ahí dicen que se demoran un día aconsejándolos, que tiene que ver con los valores, como criar a los hijos, como respetar a su mujer, como hacer vida en el territorio, su cultura”⁶⁶³.

Al modificarse o sustituirse por el modelo occidental la forma de constitución de pareja se produce una pérdida de una institución de transmisión de los valores y la cultura, donde se aconsejaba a las personas jóvenes respecto de cómo sería la vida conyugal y la forma de afrontar los problemas en el futuro, así como los valores de respeto que entre la pareja deben primar. Por lo tanto, se pierde un espacio tradicional que educaba en la no violencia y el respecto entre la pareja.

⁶⁶¹ Ibid., p. 158.

⁶⁶² Cfr. PAINEMAL MORALES, Millaray, y Andrea ALVAREZ DÍAZ, . *Caminando Juntas hacia la recuperación del Kyme Mogen y el Azmapu*. Santiago de Chile: FACSO Ediciones, 2015, p. 11.

⁶⁶³ Cfr. PALMA AYALA, Rosario, y RENATA SANDRINI Carreño. «Mujer mapuche... *op. cit.*, p. 156.

3.4. La inclusión de la violencia en parejas del mismo género como un tipo de violencia intrafamiliar

Las figuras de sujeto activo y pasivo que establece el artículo 5: “*cónyuge del ofensor o una relación de convivencia con él*” donde toman protagonismo los términos «ofensor», «cónyuge» y «convivencia» que ocupa la ley, no son óbice para realizar una interpretación en la cual se aplique esta ley a parejas lésbicas y homosexuales con o sin suscripción de Acuerdo de Unión Civil⁶⁶⁴, y ello porque los tipos penales se describen en masculino al considerarse por el legislador como fórmula neutra⁶⁶⁵.

Entendemos que esta última interpretación no estaba en el imaginario del legislador, sin embargo, consideramos que es la correcta y encaja con la concepción de la violencia intrafamiliar que la Ley plantea, y ello porque el Legislador considera la violencia intrafamiliar como multifactorial y en todo momento procura proteger a cualquier integrante del núcleo familiar, intención que queda patente en la redacción del artículo 5 donde se contempla la posibilidad de que las mujeres puedan ser sujetos activos de la violencia en contexto de relación de pareja y no únicamente el hombre. De forma que es posible aplicar esta norma en contexto de violencia de pareja independientemente de la orientación afectivo sexual de las personas, siempre y cuando estas tengan una relación de convivencia.

Esta interpretación de la figura de conviviente se corresponde con la que establece el código penal en el art. 369, inc. 4º, refiriéndose al que, sin ser ascendiente o descendiente, hace vida en común como si fuera su cónyuge. En este sentido el Código Penal no menciona que tal relación deba tener carácter heterosexual, asimilando las relaciones de confianza y dependencia que genera una relación lésbica u homosexual estable a la que mantiene convivientes de diferente género⁶⁶⁶.

Además debe tenerse en cuenta que proteger a las parejas lésbicas y homosexuales con la Ley de Violencia Intrafamiliar permite cumplir con la sanción de la Corte

⁶⁶⁴ En este sentido MATUS A., Jean Pierre, y M^a Cecilia RAMIREZ G. *Lecciones de Derecho Penal Chileno... op. cit.*, p. 68.

⁶⁶⁵ Favorables a homologar las relaciones afectivas lésbicas y homosexuales a las relaciones heterosexuales para otorgarles protección en la doctrina véase: Rodríguez Collao citado en MATUS A., Jean Pierre, y M^a Cecilia RAMIREZ G. *Lecciones de Derecho Penal Chileno... op. cit.*, p. 67.

⁶⁶⁶ Favorables a homologar las relaciones afectivas lésbicas y homosexuales a las relaciones heterosexuales para otorgarles protección en la doctrina véase: Rodríguez Collao citado en MATUS A., Jean Pierre, y M^a Cecilia RAMIREZ G. *Lecciones de Derecho Penal Chileno... op. cit.*, p. 67;

Interamericana de Derechos Humanos a Chile en el *Caso «Atala Riffo y niñas» vs. Chile, (Fondo, Reparaciones y Costas)*, sentencia de 24 de febrero de 2012, Serie C No. 239⁶⁶⁷, que obliga al Estado de Chile a eliminar la discriminación en materia de diversidad sexual, especialmente de la administración de justicia (magistratura, fiscalía y defensoría penal pública), y adaptar la Ley 20.066 a la nueva realidad en el reconocimiento de parejas gay y lésbicas que aprobó la Ley 20.830, de 21 de abril de 2015, Crea el Acuerdo de Unión Civil. La violencia en el seno de los hogares conformados por personas del mismo género/sexo en Chile se ha puesto de manifiesto a través de diversos estudios⁶⁶⁸. Y también desde la criminología crítica se ha señalado la necesidad de reconocer esta violencia que históricamente ha sido invisibilizada desde el movimiento feminista que ha puesto solo el foco en la variable determinista de la desigualdad de género, enfocada solo en la desigualdad que sufre la mujer heterosexual, como única explicación y abordaje del fenómeno de la violencia en el ámbito de la pareja y la familia, lo que ha contribuido a restringir y homogeneizar la respuesta hacia estos conflictos⁶⁶⁹.

Si bien esta es la interpretación de la Ley que defendemos que debe hacerse, y así es la intención que se ha mostrado en los últimos años desde el Servicio Nacional de la Mujer y Equidad de Género, la redacción de la ley y la falta de consideración de este colectivo en el pasado provoca que en la actualidad en los Centros de la Mujer⁶⁷⁰ y

⁶⁶⁷ La sentencia puede consultarse en línea en, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf

⁶⁶⁸ En este sentido véase: JIMÉNEZ ALLENDES, María Angélica, y Paula MEDINA GONZÁLEZ. «Nuevas formas de control penal en los delitos de violencia contra la pareja.» *Nova Criminis Visiones Criminológicas de la Justicia Penal*, n° 2, junio 2011, p. 203, y respecto de la incidencia de la violencia en parejas del mismo sexo/género en Chile ver: DÍAZ, José Luis, y Javier NÚÑEZ. «Violencia al interior de parejas de la diversidad sexual (LGBTI).» *Limiales. Escritos sobre psicología y sociedad* 1, n° 7, abril 2015, pp. 43-63 y SALDIVIA MANSILLA, Claudia, Bárbara FAÚNDEZ REYES, Sebastián SOTOMAYOR LLANOS, y Fredy CEA LEIVA. «Violencia íntima en parejas jóvenes del mismo sexo en Chile.» *Última Década*, n° 46, julio 2017, pp. 184-212. Y sobre las dificultades de denuncia o carencias de los sistemas legales para acoger a las víctimas de violencia machista en la pareja del mismo género/sexo ver SCHNEIDER, Elizabeth. «Mujeres maltratadas y la elaboración de leyes feministas...» *op. cit.*, pp. 35-38.

⁶⁶⁹ Cfr. JIMÉNEZ ALLENDES, María Angélica, y Paula MEDINA GONZÁLEZ. «Nuevas formas de control penal...» *op. cit.*, p. 203.

⁶⁷⁰ Existen 103 Centros de la Mujer en todo Chile. En estos centros se brinda la primera atención de acogida a las mujeres que necesitan ayuda, orientación e información en relación a diferentes manifestaciones de violencia contra las mujeres, para luego realizar la derivación e ingreso efectivo a un proceso de intervención psico-socio-jurídico y educativo a cargo de un equipo multidisciplinario de profesionales. En La Araucanía existen 7 Centros situados en: Villarica, Angol, Victoria, Nueva Imperial, Lautaro, Freire y Temuco. De media cada Centro tiene a su cargo 4 comunas, información en línea en, <https://www.minmujeryeg.cl/contrala-violencia-te-apoyamos/centros-de-la-mujer/#araucania> (consultado el 5 de abril de 2018)

Casas de Acogida⁶⁷¹, no tengan respuesta específica para estas mujeres⁶⁷² aunque se está trabajando para que no exista discriminación y puedan hacer uso de los derechos que como mujeres el Estado ha desarrollado. Situación diferente afrontan las mujeres agresoras, y ello porque el Estado tampoco cuenta con programas específicos para mujeres agresoras.

En una situación más vulnerable se encuentran los hombres víctima dado que en este momento el Estado no cuenta con ningún servicio específico para ellos, ni tampoco los hombres agresores gay entran dentro de los programas de agresores de violencia intrafamiliar.

3.5. Críticas y problemáticas derivadas de la conceptualización como violencia intrafamiliar

El concepto de violencia intrafamiliar como término jurídico-penal solo se hace cargo de una parte del fenómeno de la violencia machista, aquella que se produce entre agresor y víctima cuando entre estas dos personas existe o ha existido una relación afectiva con convivencia o cuando hay hijas o hijos en común. Se trata por tanto de un concepto que reduce la violencia machista a aquella que se produce únicamente dentro de la relación de pareja, generando esta conceptualización en nuestra opinión dos problemas o críticas: la primera que sitúa el problema de la violencia machista en el ámbito privado; y, en segundo lugar, deja fuera de protección a diferentes víctimas de la violencia machista como son las parejas sin convivencia, en tercer lugar, la ley carece de perspectiva de género, lo que en última instancia no permite una sistematización adecuada de la violencia.

⁶⁷¹ Las Casas de Acogida empiezan a construirse desde 2006 con el objetivo de contar con espacios seguros para las mujeres cuya vida se encuentra en peligro inminente producto de la violencia que viven por parte de sus parejas o exparejas. En estas casas también pueden albergar a las hijas o hijos de estas mujeres, donde se les asegura alimentación y atención psicosocial y jurídica, junto con apoyo para la re-elaboración de su proyecto de vida. En la actualidad existen 37 casas de Acogida a lo largo del país. Información en línea en, <https://www.minmujeryeg.cl/casas-de-acogida/> (consultado el 5 de abril de 2018)

⁶⁷² VILLEGAS DÍAZ, Myrna (dir.). «Violencia contra la mujer... *op. cit.*, p. 70.

Refiriendonos a la violencia en las relaciones de pololeo esta cuestión fue advertida en la discusión legislativa, posteriormente señalada por la doctrina⁶⁷³ y sobre la cual hasta el Ministerio Público ha emitido dos oficios, el Oficio N° 111/2010, y el N° 792/2014, Instrucción General que imparte criterios de actuación en delitos cometidos en contexto de violencia intrafamiliar, de 20 de octubre de 2014, en ambas la Fiscalía Nacional considera la convivencia como una cuestión de hecho que se verifica por la existencia de una relación afectiva, un proyecto de vida en común, la permanencia en el tiempo del vínculo, la sociabilidad del vínculo y la cohabitación de los sujetos, aunque esta última circunstancia no implique necesariamente vivir bajo un mismo techo si es que las circunstancias económicas no lo permiten, por ejemplo para el caso de las personas indigentes⁶⁷⁴.

Durante la tramitación de la ley el diputado Manuel Rojas Molina (UDI) señaló que el concepto de violencia intrafamiliar debiera ampliarse, y ello porque las agresiones ya se producen en la edad del pololeo⁶⁷⁵, incluso en los colegios, y la violencia afecta mujeres y a hombres⁶⁷⁶. En la actualidad en la cultura mapuche también se acepta el pololeo⁶⁷⁷. En este sentido la voluntad del Legislador es analizada por PATRICIA TÁPIA BALLESTEROS quien señala que, si bien en la ley se estableció un concepto de familia amplio, el Legislador no quiso incluir en la protección de la ley las relaciones sentimentales sin convivencia, de lo contrario aludiría a “personas con las que se tuviera o se hubiera tenido una relación sentimental”⁶⁷⁸.

⁶⁷³ En este sentido ver entre otros: TAPIA BALLESTEROS, Patricia, «Chile. Ley N° 20.066... *op. cit.*, p. 89; VILLEGAS DÍAZ, Myrna (dir.). «Violencia contra la mujer... *op. cit.*, pp. 68-69.

⁶⁷⁴ Ambos oficios de la Fiscalía Nacional puede consultarse en línea en, <http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/instructivos/index.do?d1=10>

⁶⁷⁵ En Chile se emplea el concepto de “pololeo” para hacer referencia a las relaciones de pareja sin convivencia más informales y sin compromiso de matrimonio. Sobre las características de la violencia que se produce en estas fases incipientes de las relaciones de pareja en las personas jóvenes se pueden consultar los trabajos de María Beatriz VIZCARRA LARRAÑAGA y Ana María PÓO FIGUEROA. «Violencia de parejas en estudiantes universitarios del sur de Chile.» *Universitas Psychologica* 10, N° 1, 2011, pp. 89-98, que aportan en su estudio la referencia a la cultura de las personas de la muestra, (chileno, mapuche, otro) y un estudio previo de las mismas autoras PÓO FIGUEROA, Ana María, y VIZCARRA LARRAÑAGA María Beatriz. «Violencia de pareja en jóvenes universitarios.» *Terapia psicológica* 26, n° 1, julio 2008, pp. 81-88.

⁶⁷⁶ BCN. *Historia de la Ley N° 20.066... op. cit.* p. 136.

⁶⁷⁷ Señala LLANQUILEO ROMERO, que en la actualidad la conducta de enamoramiento o pololeo es aceptada en las comunidades, produciéndose una transformación en las relaciones de pareja que dejan de ser tan herméticas y las personas jóvenes tienen mayor autonomía de la que han disfrutado sus madres y padres. Cfr. LLANQUILEO ROMERO, Cristina. *Protección de Derecho de la Infancia y Adolescencia Mapuche. Familia y cultura mapuche: aportes para un enfoque intercultural en los programas de infancia*. Santiago: Unicef y Gobierno de Chile, Ministerio de Planificación., 2011, p. 158.

⁶⁷⁸ TAPIA BALLESTEROS, Patricia, «Chile. Ley N° 20.066... *op. cit.*, p. 89.

La consecuencia de la falta de regulación en la Ley 20.066 de la violencia en las relaciones de pololeo que sufren en su mayoría las personas jóvenes o adolescentes es que, en la actualidad, aunque entran a la línea de atención de los dispositivos del Servicio Nacional de la Mujer y la Equidad de Género (SernamEG), cuando esta violencia no reporta evidencias físicas concretas quedan fuera de los Tribunales de Familia —la regla general es que los casos de violencia psicológica, económica y sexual cuando no dejan evidencia físicas concretas son conocidos por los Tribunales de Familia— quedando por tanto sin una sanción el agresor y en situación de desprotección la víctima. La única clase de violencia en el pololeo que en principio sería protegida por el legislador, es aquella que deja evidencias físicas. Pero será tipificada según el artículo 494 N° 5 del Código Penal⁶⁷⁹, es decir, sin la calificación aumentada que establece la Ley 20.066, lo que supone un tratamiento desigual para situaciones que son idénticas en su contenido esencial: la existencia de abuso de poder por parte de una de las personas de la relación⁶⁸⁰.

La siguiente crítica que realizamos a la Ley y al concepto de violencia intrafamiliar que establece, es que no permite hacerse cargo de la discriminación y violencias contra las mujeres de forma específica. El legislador de forma consciente como señala MYRNA VILLEGAS decidió “limitar la protección de la violencia contra la mujer al ámbito doméstico familiar y/o de pareja, creando un límite legal a la protección de las mujeres no en su condición de tales, sino en su rol dentro de las relaciones afectuosas”⁶⁸¹. En consecuencia, la Ley de Violencia Intrafamiliar aborda solo una parte de la violencia machista, aquella que sufren las mujeres en contexto de relación de pareja o ex pareja, sin adoptar una perspectiva de género, mezclando diferentes tipos de violencia en un mismo concepto, el de violencia intrafamiliar. Como resultado de esta tipificación homogénea la Ley 20.066 establece la misma respuesta a violencias que tienen diferentes orígenes, produciendo como señala TAPIA BALLESTEROS una trivialización de aquellas violencias que requieren atención diferente y con una especialización adecuada. Esta problemática ya fue puesta de relieve durante la tramitación del proyecto

⁶⁷⁹ Artículo 494 N° 5° del CP: “*El que causare lesiones leves, entendiéndose por tales las que, en concepto del tribunal, no se hallaren comprendidas en el art. 399, atendidas la calidad de las personas y circunstancias del hecho. En ningún caso el tribunal podrá calificar como leves las lesiones cometidas en contra de las personas mencionadas en el artículo 5° de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar, ni aquellas cometidas en contra de las personas a que se refiere el inciso primero del artículo 403 bis de este Código*”.

⁶⁸⁰ Cfr. VILLEGAS DÍAZ, Myrna (dir.). «Violencia contra la mujer... *op. cit.*, pp. 68-69.

⁶⁸¹ *Ibid.*, p. 17.

de Ley donde, en el Primer Informe de la Comisión de Familia la abogada Alejandra Ibieta recomendaba distinguir entre la violencia en contra de menores y personas discapacitadas y violencia entre personas adultas, y establecer un mecanismo para filtrar las denuncias recibidas por tribunales a través de equipos multidisciplinares de profesionales de la psicología, asistentes sociales y terapeutas familiares⁶⁸².

En consecuencia, consideramos que la Ley no cumple con los compromisos internacionales suscritos por Chile en esta materia, de sancionar la discriminación contra la mujer y la violencia basada en su género⁶⁸³. Este incumplimiento además de ser señalado por la doctrina⁶⁸⁴, también fue advertido a Chile por el Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (MESECVI) en el Informe País de 2012, donde se recomienda crear una ley integral de violencia contra la mujer, para dar un reconocimiento específico de la violencia contra las mujeres tanto en el ámbito privado como público⁶⁸⁵.

Otra problemática derivada de la actual conceptualización como violencia intrafamiliar es que los registros y estadísticas que se realizan de esta violencia por parte del Estado y sus diferentes organismos se elaboran sobre la base del concepto de violencia intrafamiliar que no incluye una perspectiva de género e incorpora un amplio número de integrantes del grupo familiar. Esta concepción dificulta realizar un tratamiento especializado de la violencia machista que sufren las mujeres en las relaciones de pareja, porque queda equiparada a la violencia que se produce contra ascendientes, descendientes, parientes por consanguinidad o por afinidad en toda la

⁶⁸² BCN. *Historia de la Ley 20.066... op. cit.*, 65.

⁶⁸³ Cfr. TAPIA BALLESTEROS, Patricia, «Chile. Ley N° 20.066... op. cit.p. 84; VILLEGAS DÍAZ, Myrna (dir.) «La violencia contra la mujer... op. cit; PALMA AYALA, Rosario, y Renata SANDRINI CARREÑO. «Mujer mapuche... op. cit.

⁶⁸⁴ En este sentido: TAPIA BALLESTEROS, Patricia, «Chile. Ley N° 20.066... op. cit;

⁶⁸⁵ En el Informe País a Chile en el 2012, el Mesecvi, señala que Chile no cuenta con una ley integral contra la violencia de género, y solo únicamente con una ley civil, lo cual *no satisface al punto 2 en cuanto a las preguntas a), b), c), d) y e) en lo que se refiere a la violencia contra la mujer en el ámbito público*. MESECVI. «Chile. Informe País.» Informe, Mecanismo de Seguimiento Convención Belém do Pará. Cuarta Conferencia de Estados Parte, Organización de los Estados Americanos, Washington D.C., 16 de abril 2012, en línea <http://www.oas.org/es/mesecvi/docs/FinalReport2012-Chile.doc> (consultado el 12 de febrero de 2018), p. 5. En relación a mejorar la protección de las mujeres en el ámbito público se orienta el Proyecto de Ley sobre Derecho de las Mujeres a una vida libre de violencia, el 24 de noviembre de 2016.

Para consultar el contenido de la Convención BDP véase lo indicado supra en el apartado “Definición, ámbito de aplicación y derechos protegidos por la Convención”. En relación a mejorar la protección de las mujeres en el ámbito público se orienta el Proyecto de Ley sobre Derecho de las Mujeres a una vida libre de violencia... op. cit.

línea recta o en la colateral hasta el tercer grado inclusive, del ofensor o de su cónyuge o de su actual conviviente o persona discapacitada que se encuentre bajo el cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familiar.

Este tratamiento uniforme de las violencias tampoco es desagregado por género por parte de los organismos competentes. Los Tribunales de Familia adoptan el criterio de desagregar la información por Corte de Apelaciones; la Defensoría Penal Pública en su Cuenta Pública utiliza diversos factores para desagregar la información de las causas, pero ninguno es el género⁶⁸⁶. La información con la que se cuenta para cifrar la magnitud de la violencia que sufren las mujeres en las relaciones de pareja, la proporciona por un lado Carabineros de Chile que aportaba la cifra de 90.285 casos en el 2007, y 93.489 casos en el año 2008. Esta información se recoge en el Informe Anual de Estadística de Carabineros de Chile. La siguiente fuente son los registros de los Centros de la Mujer del Servicio Nacional de la Mujer, que prestan atención psicológica, social y jurídica a las mujeres víctimas de violencia. Esta problemática fue señalada en el Informe País de 2012 de la MESECVI, donde en su recomendación número 8, indicó que deben “desagregarse por sexo los datos sobre violencia contra las mujeres”⁶⁸⁷, elemento fundamental para una correcta planificación de las políticas públicas en esta materia. Fruto de esta recomendación la Fiscalía incluye a partir de 2017 referencia al género de las víctimas, que se suma al desagregado que realiza por región, tipo de delito, causas recibidas y causas finalizadas de violencia intrafamiliar⁶⁸⁸.

A las anteriores críticas tenemos que sumar que tampoco se cuenta con un desagregado por cultura a la que pertenece cada persona, (sujeto activo / sujeto pasivo), indicando si pertenecen o no a un Pueblo Originario, y de ser así a cuál. Esta información es vital para evaluar la incidencia de la violencia en comunidades mapuche, para poner cifras a la violencia y estudiar cuáles son las causas que la producen, y para

⁶⁸⁶ En este sentido, pueden verse la última Cuenta Pública de la Defensoría Penal Pública, donde mantiene el criterio de fiscalía, y los delitos solo están contemplados por tipo, sin especificarse ni sujeto activo ni sujeto pasivo por género. Defensoría Penal Pública. *Cuenta Pública Participativa 2016-2017*. Cuenta Pública, Santiago de Chile, en línea, <http://www.dpp.cl/resources/upload/e3f4bdc15dfd6ea9612fdcf4dbc7c23f.pdf>, 2016-2017 (consultado el 12 de febrero de 2018), pp. 26 y ss.

⁶⁸⁷ MESECVI. «Chile. Informe País... *op. cit.* p. 17, 28 y 29.

⁶⁸⁸ El Boletín Institucional, publicado por fiscalía semestralmente, no incluye la variable género dentro del desglose amplio de la recopilación de información que realiza. Véase En línea <http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/estadisticas/index.do> (consultado el 12 de febrero 2018).

que las comunidades indígenas puedan mejorar en la respuesta que ofrecen a este problema.

4. El sujeto activo y pasivo en contexto de violencia intrafamiliar

El artículo 5° como se ha señalado establece un número muy amplio de personas que pueden ser tanto sujeto activo como pasivo de la violencia intrafamiliar⁶⁸⁹, pero no todas las personas mencionadas en el citado artículo pueden ser sujetos activos, sino únicamente los ascendientes y descendientes, los cónyuges y convivientes actuales y pasados como señalan MATUS Y RAMÍREZ⁶⁹⁰.

En el presente epígrafe no se realizará un estudio de todos los sujetos activos y pasivos, sino únicamente analizaremos quién puede ser sujeto activo y pasivo en violencia intrafamiliar que se produce en contexto de relación de pareja, por lo tanto, dejaremos fuera del análisis a ascendientes, descendientes y otras relaciones familiares.

4.1. El sujeto activo en violencia intrafamiliar en contexto de relación de pareja

Cuando el sujeto activo es cónyuge, determinar que nos encontramos ante violencia que se produce en contexto de violencia intrafamiliar no presenta mayor complicación, pues la ley es clara al considerar que si media relación conyugal entre sujeto activo y sujeto pasivo han de considerarse los hechos constitutivos de violencia intrafamiliar. El problema o puntos críticos de la regulación se presentan en las siguientes categorías, conviviente, ex cónyuge, ex conviviente o padres/madres de descendencia común que abordamos a continuación.

⁶⁸⁹ Artículo 5 Ley de Violencia Intrafamiliar: “... 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 referida en el inciso precedente 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.”

⁶⁹⁰ Cfr. MATUS A., Jean Pierre, y M^a Cecilia RAMÍREZ G. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial. Tomo I.* 3^a edición. Santiago de Chile: Legal Publishing, 2014, p. 64.

La violencia intrafamiliar que se produce entre parejas que conviven ya estaba contemplada por la Ley 19.325 y continúa sancionándose también en la presente Ley 20.066. Como previamente se señaló la inclusión de esta figura permite que las parejas lésbicas y homosexuales también queden amparadas bajo la protección de la Ley de Violencia Intrafamiliar. Esta categoría además si la analizamos desde las necesidades y culturas de los Pueblos Originarios, y en concreto el Pueblo Mapuche, permite que sus uniones ancestrales como pareja que no se formalizaban con inscripción registral en instituciones del Estado⁶⁹¹, queden amparadas, y ello porque de lo contrario, contemplar como violencia intrafamiliar la que se produce dentro de los matrimonios cristianos o ahora los Acuerdos de Unión Civil, constituiría una causa de discriminación frente a las uniones de convivencia y relaciones de pareja que se realizan de forma tradicional.

Además, debe tenerse en cuenta que negar esta protección no encaja con la voluntad del legislador que pretendía asegurar la protección a cualquier persona que estuviese bajo un techo común. Y, en segundo lugar, se alejaría de lo que establecen los estándares internacionales suscritos por el Estado de Chile en materia de protección y respecto a los Pueblos Originarios⁶⁹².

La inclusión también en la Ley 20.066 de la violencia que se produce entre convivientes debe ser valorada de forma positiva, sin embargo, es menester criticar que la actual regulación no se estableció cómo debía probarse esta situación de hecho, dejando esta cuestión a la valoración judicial que vía jurisprudencia ha ido señalando que para que pueda considerarse que existe una relación de convivencia deben darse los requisitos de estabilidad del vínculo y la unión afectiva⁶⁹³.

⁶⁹¹ Las formas de constitución de la familia mapuche se trataron *supra* en Tercera Parte, epígrafe III. LEY 20.066, DE 7 DE OCTUBRE DE 2005, QUE ESTABLECE LA LEY DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR, subepígrafe 3. Análisis crítico del concepto de violencia intrafamiliar del artículo 5° de la Ley 20.066, apartado 3.3. La familia mapuche: convivientes y familia extensa.

⁶⁹² Sobre estándares internacionales en materia de reconocimiento de Derechos Humanos de los Pueblos Originarios ver en la Segunda Parte en el epígrafe III. SISTEMA INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS.

⁶⁹³ Estos requisitos son señalados por MATUS A., Jean Pierre, y M^a Cecilia RAMIREZ G. *Lecciones de Derecho Penal Chileno... op. cit.* nota a pie n° 178,p. 68. En relación al lapso de tiempo, existe por ejemplo el antecedente del año 2016 de Vanesa Gamboa Gutiérrez, quien convivió durante dos semanas con su polola mujer, quien fue acusada por el Ministerio Público como presunta autora del delito de femicidio. Véase en línea <http://www.lacuarta.com/noticia/ministerio-de-la-mujer-incluye-como-femicidio-crimen-entre-pareja-lesbiana/> (consultado el 9 de abril de 2018).

El Ministerio Público en Oficio N° 111 de 2010⁶⁹⁴, haciéndose cargo de las limitaciones que planteaba el concepto de convivencia para la aplicación de la Ley, señala que la convivencia es una cuestión de hecho, lo que obliga a que sea acreditada en cada caso concreto, teniéndose en cuenta la existencia de una relación afectiva, proyecto de vida en común, permanencia en el tiempo y notoriedad de la relación, cohabitación de los sujetos, que no necesariamente exige vivir bajo un mismo techo, si las circunstancias económicas no lo permiten (en caso de indigencia por ejemplo). Este criterio del Ministerio Público apela a una interpretación más amplia que la definición propuesta por la Ley, para adecuarse a las necesidades de las víctimas que sufrían esta violencia. En octubre de 2014, el Ministerio Público emitió un nuevo Oficio sobre criterios de actuación en delitos cometidos en contexto de violencia intrafamiliar, N° 792/2014⁶⁹⁵, en el cual mantiene el mismo criterio respecto al concepto de convivencia.

Atendiendo a los estudios que señalan como factor de riesgo para las mujeres —en parejas lésbicas u homosexuales no conocemos los datos pero cabe suponer que la situación es similar a la que enfrentan relaciones heterosexuales— los procesos de separación, divorcio o quiebre de la convivencia que pueden suponer un peligro de violencia cuatro veces mayor para las mujeres⁶⁹⁶, resulta adecuado que la Ley de Violencia Intrafamiliar incluya en su ámbito de protección los casos en los que la conducta ilícita se lleva a cabo entre personas que han roto la relación afectiva. Por ello, es necesario determinar cuándo un hombre o mujer será considerado sujeto activo de violencia intrafamiliar en el caso de que la o él sujeto pasivo de la violencia fuere una persona con la que ha mantenido una relación afectiva ya fuere dentro del matrimonio (ex cónyuge) o de convivencia (ex conviviente).

En relación con las figuras de «ex conyugue» y «ex conviviente» genera dudas respecto de hasta cuándo debe considerarse que existe nexo entre la relación de afectividad, la situación de vulnerabilidad/superioridad y los hechos de violencia. Tendiendo estos factores en cuenta, parece más prudente en nuestra opinión establecer

⁶⁹⁴ Citado en MATUS A., Jean Pierre, y M^a Cecilia RAMIREZ G. *Lecciones de Derecho Penal Chileno... op. cit.* p. 68.

⁶⁹⁵ Cfr. FISCALÍA NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO DE CHILE. «Instrucción General que imparte criterios de actuación en delitos cometidos en contexto de violencia intrafamiliar.» Oficio N° 792/2014, Santiago de Chile, 20 de octubre de 2014, p. 3.

⁶⁹⁶ En este sentido vid. STANGELAND, Per, «Malos tratos y homicidios en la pareja: una visión intercultural» *Revista de Derecho Penal y Criminología*, UNED, n° 15, 2004.

un criterio de temporalidad para determinar si la violencia reviste categoría de intrafamiliar o no.

Con el objetivo de delimitar cuando se debe aplicar o no la Ley 20.066 en los casos de que sujeto activo y sujeto pasivo sean personas que en el pasado han mantenido una relación afectiva sin descendencia, proponemos el siguiente criterio. En los casos en los que no existiese violencia durante la relación de pareja, se considerará violencia intrafamiliar aquella cuyo autor o autora sea ex conviviente y/o cónyuge, durante los siguientes 5 años al cese de la convivencia y/o la relación de afectividad. Y en los casos en los que durante la relación de pareja haya existido violencia, se considerarán que continúa existiendo violencia intrafamiliar, atendiendo al plazo de prescripción de la última violencia intrafamiliar informada al sistema de justicia.

Nuestro criterio para ambas situaciones se basa en lo establecido por la Fiscalía Oficio FN N° 111/2010, que señala que para apreciar habitualidad en el caso de un simple delito debe establecerse el plazo de prescripción de estos (cinco años), de forma que si durante la convivencia de relación de pareja no ha existido violencia. En el momento en que esta finalice dicha convivencia empezará a contar el plazo de los cinco años, durante los cuales los actos de violencia que se produzcan se considerarán como violencia intrafamiliar de la Ley 20.066⁶⁹⁷.

En este sentido recordar que pueden ser tanto sujetos activo del delito tanto hombres como mujeres, y que la ley amplía también el concepto de violencia intrafamiliar a padres de hijo o hija en común, de forma que el tenor de la ley obliga siempre que exista descendencia a considerar la violencia como intrafamiliar, no existiendo por parte de la Ley ninguna limitación a este respecto. Consideramos que la descendencia común es un criterio correcto, pero debería acotarse por parte del legislador, por ejemplo, si nos encontramos con hijas e hijos emancipados desde hace diez años o más, y nunca ha existido violencia intrafamiliar, y se produce un episodio de violencia, es discutible que la misma pueda responder a las características particulares de la violencia machista en contexto de relación de pareja.

⁶⁹⁷ Otro criterio que sería idóneo en este caso sería valorar los antecedentes penales vivos por violencia intrafamiliar del imputado, sin embargo, esta posibilidad parece incompatible con el espíritu de la Ley 20.066 que no permite tener estos antecedentes en cuenta para valorar la habitualidad.

En conclusión, se considerará sujeto activo de violencia intrafamiliar tanto a hombres como mujeres que sean cónyuges, esto es hayan contraído matrimonio religioso o civil; o convivientes que cumplan con los siguientes requisitos, haber tenido una relación afectiva o proyecto de vida en común durante un período de tiempo con cohabitación aunque no necesariamente con un techo común; ex cónyuges o ex convivientes hasta un período máximo de cinco años desde que se ha roto la relación sentimental si no existe descendencia común. Y siempre se considerará violencia intrafamiliar aquella que se produce entre personas que tienen descendencia común.

4.2. Sujeto pasivo de la violencia machista en relaciones de pareja en contexto de violencia intrafamiliar

Continuando con el planteamiento expuesto en la determinación del sujeto activo en violencia intrafamiliar en contexto de relación de pareja, se considerará sujeto pasivo tanto a hombres como a mujeres que hayan sido violentados por personas a las que están o han estado ligadas por una relación de pareja independientemente de la orientación afectivo sexual, o cuando tengan descendencia común.

La Ley no exige del sujeto pasivo cuando nos entramos en violencia machista ejercida en contexto de relación de pareja una víctima con especial vulnerabilidad ni ninguna otra característica, la única exigencia es que sea o bien cónyuge, o ex cónyuge, conviviente o ex conviviente o madre o padre de descendencia común.

Las relaciones afectivas que la ley protege, son el matrimonio ya sea civil o religioso, la convivencia sin formalizar en registro, o con Acuerdo de Unión Civil suscrito. Dejando fuera las relaciones de pareja sin convivencia. Por lo tanto, se considerará sujeto pasivo a la o el cónyuge, o a convivientes. También serán sujetos pasivos los ex cónyuges, y las y los ex convivientes si durante la relación de pareja no existía violencia hasta un período máximo de cinco años desde que se ha roto la relación, y si durante la relación de pareja existía violencia se atenderá al último delito de violencia intrafamiliar denunciado al sistema de justicia periodo durante el cual toda la violencia se reportará como intrafamiliar, ampliándose con cada nuevo delito el período de tiempo durante el cual el sujeto pasivo tendrá la consideración de víctima de violencia intrafamiliar. Y por último, si el sujeto pasivo es padre o madre de hijos o hijas comunes con el sujeto activo siempre se reportará que existe violencia intrafamiliar. No estableciendo la ley ninguna limitación a este respecto.

5. La condición de vulnerabilidad

La Ley no define lo que debemos entender por vulnerabilidad. La única referencia que se recoge la contempla el artículo 7º párrafo tercero, que señala la obligación del tribunal de cautelar especialmente “*los casos en que la víctima esté embarazada, se trate de una persona con discapacidad o tenga una condición que la haga vulnerable*”.

Sostiene VILLEGAS DÍAZ⁶⁹⁸, que debemos entender por «persona especialmente vulnerable» cualquier persona de los sujetos pasivos que, por su edad, estado físico o psíquico o sus condiciones personales en relación con el grupo conviviente, la sitúan en una posición de inferioridad y/o debilidad frente a la persona que ejerce las agresiones. Esta interpretación que realiza la autora es especialmente relevante, y ello porque VILLEGAS DÍAZ no considera *per se* a todas las mujeres como personas especialmente vulnerables. Matiza en este sentido que en el caso de que la víctima sea mujer, su especial vulnerabilidad proviene de toda una construcción social que favorece las relaciones de dominación y poder de los hombres sobre las mujeres. En esta línea también se sitúa PATRICIA FARALDO, quien indica que la mujer no se encuentra protegida por el mero dato biológico de su sexo, sino por la situación real de desventaja socialmente construida que la sitúa en un plano de inferioridad en relación con el hombre con el que está o ha estado vinculada sentimentalmente y ejerce violencia sobre ella aprovechando la superioridad que la situación afectiva o de dependencia que en su caso le proporciona⁶⁹⁹.

La opción de la Ley, de situar a las mujeres al lado de menores de edad e incapaces, es criticada por la doctrina desde la perspectiva de género, porque supone una visión paternalista de la mujer, al presumir el legislador que todas las mujeres se encuentran en una posición de especial vulnerabilidad y que precisan de una especial protección⁷⁰⁰. Concordando con esta postura doctrinal, pensamos que es necesario matizar que, si bien el legislador situó en el mismo lugar a mujeres, niñas y niños, y personas en situación de discapacidad, no puede derivarse un paternalismo absoluto, y ello porque la ley se construye en torno al concepto de «intrafamiliar» donde las mujeres también son consideradas como posibles sujetos activos de la violencia, a diferencia por ejemplo de

⁶⁹⁸ Cfr. VILLEGAS DÍAZ, Myrna, «El delito de maltrato habitual... *op. cit.* pp. 278-279.

⁶⁹⁹ Cfr. FARALDO CABANA, Patricia. «Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho penal a través de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género.» *Revista Penal (La Ley)*, nº 17, 2006, pp. 72-94.

⁷⁰⁰ Ver, TAPIA BALLESTEROS, Patricia, «Chile. Ley N° 20.066... *op. cit.*, p. 84.

lo que sucede en España, cuya legislación parte del concepto de «violencia de género» “como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre estas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o por quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones de afectividad, aun sin convivencia”⁷⁰¹.

Este análisis de la doctrina se realiza únicamente desde la perspectiva de género, es decir, explican por qué las mujeres entran dentro de esta categoría de la vulnerabilidad. Sin embargo, si pensamos en las mujeres indígenas el género no es el único factor de vulnerabilidad que influye en sus vidas; así lo han reconocido las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad⁷⁰² que establecen como factores de vulnerabilidad en el acceso a la justicia la edad, el género, el estado físico o mental, las circunstancias económicas, étnicas y/o culturales que dificulten el ejercicio pleno de los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico en el sistema judicial⁷⁰³. Entendiendo entonces que al mero hecho de ser mujer en Chile se suma el ser indígena y pertenecer a una minoría, pensamos que las políticas públicas de prevención y erradicación de la violencia contra las mujeres y la violencia machista, deben incorporar estas variables. Esto significa siguiendo las Reglas de Brasilia (párrafo 9), que “los poderes judiciales deben asegurar que el trato que reciban por parte de los órganos de la administración de justicia sea respetuoso con su dignidad, lengua y tradiciones culturales”. Todo ello sin perjuicio de que puedan aplicarse formas propias de justicia indígena, así como armonizar los sistemas de administración de justicia estatal e indígena hasta el respeto mutuo, lo que incluye la realización de peritajes antropológicos, garantizar el derecho a expresarse en el propio idioma (párrafo 48 y 49), entre otras medidas aplicables.

La Ley 20.066 no contempla ninguna disposición específica respecto a la vulnerabilidad de las mujeres indígenas ni mapuches, cuyas vidas están marcadas por la

⁷⁰¹ Artículo 1, Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

⁷⁰² El contenido de las Reglas de Brasilia y en especial la protección que otorgan para personas de Pueblos Originarios fue tratado supra en la Segunda Parte, epígrafe IV. REGLAS DE BRASILIA SOBRE ACCESO A LA JUSTICIA DE LOS GRUPOS EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD.

⁷⁰³ Cfr. CUMBRE JUDICIAL IBEROAMERICANA, Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad... *op. cit.*, p. 5.

pobreza, la discriminación y el racismo⁷⁰⁴, ni tampoco ninguna disposición especial de cómo debe aplicarse este marco jurídico en un contexto de violencia intrafamiliar en familias mapuches. Sin embargo, consideramos que la intersección de estos factores: género, ruralidad, minoría étnica y pertenencia a una comunidad indígena, debe ser tomado en cuenta en la configuración de lo que debe entenderse por vulnerabilidad a los efectos de la aplicación de la Ley 20.066, tanto en los tribunales de justicia como por diversos agentes especializados del Derecho.

6. La violencia intrafamiliar constitutiva de delito

6.1. Introducción

El Párrafo 3° de la Ley contiene las normas especiales que deben aplicarse en las investigaciones y procedimientos penales sobre violencia intrafamiliar, artículos 13 al artículo 20. En concreto se regula: el delito de maltrato habitual (art. 14); las medidas cautelares (art 15) y las medidas accesorias (art. 16). Se regulan las condiciones para la suspensión del procedimiento (art. 17), y las sanciones en caso de incumplimiento que pueden ser acordadas por el tribunal (art. 18). Se prohíben los acuerdos reparatorios (art. 19)⁷⁰⁵, y se habilita al Servicio Nacional de la Mujer para asumir el patrocinio y representación de la víctima mujer, en los delitos constitutivos de violencia intrafamiliar (art. 20).

Además, en el Párrafo 4° se contine otras disposiciones, entre las que se recogen diversas modificaciones al Código Penal: el artículo 11, el artículo 390, el artículo 400 y el artículo 494 que analizamos a continuación.

Como se ha avanzado, la introducción del tipo nuevo de maltrato habitual fue una gran novedad en materia penal, pero no la única; mediante diversas disposiciones, la Ley 20.066 operó importantes modificaciones en el Código Penal, para adaptar artículos

⁷⁰⁴ Respecto del análisis de las condiciones de vulnerabilidad ver LE BONNIEC, Fabien, y Pamela NAHUELCHEO QUEUPUCURA. «La mediación lingüístico-cultural en los tribunales en materia penal de La Araucanía.» *Revista de Llengua i Dret* (Generalitat de Catalunya. Escola d'Administració Pública de Catalunya), n° 67, 2017, pp. 281-293.

⁷⁰⁵ El estudio del artículo 19 de la Ley que establece la prohibición de los acuerdos reparatorios será abordado *infra*, en la presente Parte Tercera, epígrafe VII. LOS ACUERDOS REPARATORIOS EN CHILE. UNA VISIÓN CRÍTICA DE SU RECEPCIÓN, SU PROHIBICIÓN EN CONTEXTO DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR Y SU APLICACIÓN A PERSONAS DE IDENTIDAD MAPUCHE.

ya existentes a la sanción de la violencia intrafamiliar. En este sentido, varios preceptos fueron modificados. En relación a las circunstancias atenuantes, reguladas en el artículo 11 del Código Penal, se agregó la categoría de convivientes en la circunstancia 4^o⁷⁰⁶. Se eliminó la expresión legítimos e ilegítimos del artículo 390⁷⁰⁷, y se redactó empleando las categorías del artículo 5° de la Ley, descendientes y convivientes. El artículo 400 se sustituyó íntegro su redacción, quedando configurado como una agravante especial en relación a los delitos de lesiones, señalando la redacción actual que si las lesiones se producen contra las personas mencionadas en el artículo 5° de la ley de Violencia Intrafamiliar, las penas deberán ser agravadas en un grado. Y, por último, en el artículo 494 N° 5 se añade una limitación al tribunal, prohibiéndole calificar las lesiones cometidas contra las personas recogidas en el artículo 5° como leves, lo que obliga al Tribunal a considerar siempre estas lesiones como menos graves, y por lo tanto las deja fuera de la posibilidad de realizar un acuerdo reparatorio. Estas modificaciones del Código Penal en relación a la agravación de las penas generaron resistencias en algunos jueces que se negaron a calificar como lesiones graves las agresiones en contexto de violencia intrafamiliar alegando que se incurría en una contradicción respecto del texto constitucional, y por lo tanto, debía primar la Constitución por ser norma de mayor rango, incurriendo esta posición en dos errores como establece la sentencia ROL 136-07 de la Corte de Apelaciones de Arica de 24 de agosto de 2007 que resuelve recurso de nulidad en el proceso penal por error de derecho, el primero de ellos es que el tribunal carece de la competencia para resolver conflictos de constitucionalidad, y el segundo de ellos la obligación de aplicar el tenor de la ley.

De lo expuesto avanzamos cómo en la legislación chilena solo se recogen dos artículos que tipifican directamente la violencia intrafamiliar: el artículo 390 inciso segundo del CP que sanciona el femicidio, y el artículo 14 de la presente Ley 20.066 que establece el delito de maltrato habitual, por lo que cabe afirmar que en estricto rigor, no existen los ‘delitos de violencia intrafamiliar’, sino delitos comunes que se

⁷⁰⁶ Artículo 11, 4ª del Código Penal: “*Son circunstancias atenuantes: La de haberse ejecutado el hecho en vindicación próxima de una ofensa grave causada al autor, a su cónyuge, o su conviviente, a sus parientes legítimos por consanguinidad o afinidad en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado inclusive, a sus padres o hijos naturales o ilegítimos reconocidos*”.

⁷⁰⁷ Artículo 390 de Código Penal: “*El que, conociendo las relaciones que los liga, mate a su padre, madre o hijo, a cualquier otro de sus ascendientes o descendientes o a quien es o ha sido su cónyuge o su conviviente, será castigado, como parricida, con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado.*

Si la víctima del delito descrito en el inciso precedente es o ha sido la cónyuge o la conviviente de su autor, el delito tendrá el nombre de femicidio”.

comenten en contexto de violencia intrafamiliar⁷⁰⁸, contexto que se establece como se ha indicado, por la definición del artículo 5°.

Indica VAN WEEZEL a este respecto que la definición propuesta por el legislador chileno comprende:

“La práctica totalidad de las posibles formas de maltrato a otra persona. Ello obliga al intérprete a concluir que la violencia intrafamiliar con relevancia penal comprende tanto el delito de maltrato habitual, como cualquier otro delito tipificado en el Código Penal o en leyes especiales que pueda considerarse como una forma de maltrato que afecta a la vida o a la integridad física o psíquica de alguna de las personas relacionadas con quien realiza el delito, en los términos del artículo. 5° de la Ley N° 20.066”⁷⁰⁹.

En conclusión, los actos de violencia intrafamiliar constitutivos de delito quedan establecidos en virtud del artículo 5° de la Ley; esto significa que la relación entre autor y víctima da a la violencia su carácter específicamente intrafamiliar, y podrá reportarse como un delito de violencia intrafamiliar, esto es, la relación entre el elemento objetivo y subjetivo provoca que el contexto intrafamiliar adquiera relevancia respecto de cualquier delito que implique ejercicio de la violencia sobre una persona⁷¹⁰.

6.2. Análisis del delito de maltrato habitual

El artículo 14 crea un tipo penal nuevo denominado maltrato habitual —siguiendo el modelo del Código Penal español⁷¹¹—, el cual modifica la sistemática de los delitos

⁷⁰⁸ Cfr. FISCALÍA NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO DE CHILE. «Instrucción General que imparte criterios de actuación en delitos cometidos en contexto de violencia intrafamiliar.» Oficio N° 729/2014, Santiago de Chile, 20 de octubre de 2014, p. 3.

⁷⁰⁹ Cfr. VAN WEEZEL, Alex. «Lesiones y violencia... *op. cit.* p. 233

⁷¹⁰ *Ibid.*, p. 233.

El Oficio FN N° 111/2010, de la Instrucción general que imparte criterios de actuación en delitos de violencia intrafamiliar, del Fiscal Nacional del Ministerio Público, que fue actualizada por el Oficio N° 729/2014, de Instrucción General que imparte criterios de actuación en los delitos cometidos en contexto de violencia intrafamiliar, establece que pueden adquirir carácter intrafamiliar los delitos: contra la vida: homicidio, parricidio, feminicidio, aborto, infanticidio; delitos contra la integridad corporal: mutilaciones, lesiones, lesiones propiamente tales; delitos contra la libertad individual: secuestro, sustracción de menores; delitos contra la esfera de intimidad: violación de morada; delitos contra la seguridad individual: abandono de niños y personas desvalidas, amenazas; delitos sexuales: violación, propia e impropia, exposición con homicidio, estupro, abusos sexuales, favorecimiento de la prostitución, exposición del menor a actos de significación sexual, producción de material pornográfico infantil.

⁷¹¹ Que denomina violencia doméstica al ejercicio de maltrato habitual regulado en los artículos 173.2, y la habitualidad se establece en el artículo 173.3. En España se denomina violencia de género a aquella donde el agresor es hombre sobre la mujer víctima.

de lesiones, y reconoce la violencia en todas sus dimensiones⁷¹²: física, psicológica y sexual.

“Delito de maltrato habitual. El ejercicio habitual de violencia física o psíquica respecto de alguna de las personas referidas en el artículo 5° de esta ley se sancionará con la pena de presidio menor en su grado mínimo a medio, salvo que el hecho sea constitutivo de un delito de mayor gravedad, caso en el cual se aplicará sólo la pena asignada por la ley a éste.

Para apreciar la habitualidad, se atenderá al número de actos ejecutados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferente víctima. Para estos efectos, no se considerarán los hechos anteriores respecto de los cuales hayan recaído sentencia penal absolutoria o condenatoria”⁷¹³.

Este ilícito tomo como referencia el tipo básico de maltrato constitutivo de violencia intrafamiliar (art. 5°), por lo que mantiene elementos en común con él, y como gran diferencia exige habitualidad. Sostiene MYRNA VILLEGAS que la tipificación propia del delito de malos tratos responde a que esta conducta no puede ser reconducida a otros tipos penales, porque en ella existe un plus de injusto, que no se ubica únicamente en la relación familiar, sino que “viene dada por la especial vulnerabilidad de sus víctimas, así como por la sistematicidad en el maltrato que degrada y humilla a la víctima”⁷¹⁴.

Dentro de los elementos y debates comunes entre el artículo 5 y 14, el primero que debe indicarse es que el artículo 14 remite al artículo 5 para establecer el contexto intrafamiliar como elemento del tipo penal y quiénes serán los sujetos pasivos y activos

⁷¹² Respecto de la modificación de la sistemática de lesiones, véase ampliamente VAN WEEZEL, Alex. «Lesiones y violencia... *op. cit.*, p. 239, en este sentido también TAPIA BALLESTEROS, Patricia. «Chile. Ley N° 20.066... *op. cit.*, p. 86.

⁷¹³ El artículo contaba con un tercer párrafo, que establecía como requisito previo para que el Ministerio Público pudiera iniciar investigación, que el Juzgado de Familia previamente le hubiese remitido los antecedentes. Esta limitación fue eliminada por la Ley 21.013, de 6 de junio de 2017, que Tipifica un nuevo delito de maltrato y aumenta la protección de personas en situación especial, artículo 2 letra b. Con esta reforma, eliminó un requisito de procesabilidad que limitaba la acción de investigación del Ministerio Público a los casos donde recibía antecedentes del parte del juez o juez de familia (ex artículo 90 de la ley N° 19.968 en el cual se exigía la precalificación de habitualidad para dar inicio a la investigación. La Ley 21.013 introduce el delito de maltrato corporal único directamente en el artículo 403 bis. La intención del legislador fue proteger a niños y niñas, menores de 18 años, adultos mayores o personas en situación de discapacidad. Dentro de los sujetos pasivos del delito también se introdujo a la mujer, sin embargo, fue posteriormente eliminada por el Tribunal Constitucional (Tribunal Constitucional de la República de Chile, Rol 3407-17 CPR, más ampliamente véase VILLEGAS DÍAZ, Myrna (dir.). «Violencia contra la mujer...*op. cit.*, p. 21.

⁷¹⁴ VILLEGAS DÍAZ, Myrna, «El delito de maltrato habitual... *op. cit.*, p. 312.

en el precepto. En este sentido, debemos considerar el artículo 14 como un delito especial, en el que sólo determinados sujetos podrán ser autores (ascendientes, cónyuges y convivientes pasados y presentes) sin importar el sexo/género⁷¹⁵.

Y en nuestra opinión el segundo elemento en común que guardan los artículos 5 y 14, como antes se ha mencionado es el bien jurídico, si bien MYRNA VILLEGAS⁷¹⁶ considera que se trata de un tipo penal que protege la dignidad de la persona. En nuestro caso de forma estratégica mantenemos una opinión contraria y consideramos que se trata como sostuvimos *supra*, de un delito que protege la integridad física y psicológica de las personas que integran las relaciones familiares establecidas en el artículo 5° de la Ley 20.066⁷¹⁷.

La sanción para el delito de maltrato habitual es el presidio menor en su grado mínimo, y podrá imponerse dicha sanción junto con medidas accesorias del artículo 9°.

6.2.1. La conducta típica

La conducta típica en el delito de maltrato habitual es el ejercicio habitual de violencia física o psíquica comprendida en el artículo 5° de la Ley, con carácter habitual.

Señala MARÍA JOSÉ TALADRIZ EGUILUZ que el artículo 14 tipifica la violencia que no alcanza a ser constitutiva de lesiones y/o la violencia que se realiza mediante agresiones verbales cuyo resultado es la perturbación psíquica, que se ejerce contra una o más personas a las que se refiere el artículo 5°, por ello el artículo 14 es considerado un delito de carácter subsidiario con respecto a otros que exigen mayor gravedad⁷¹⁸. De forma más acotada, señala VAN WEEZEL que el criterio que debe seguirse en este tipo penal de maltrato habitual, es ubicar dentro del mismo aquellas conductas constitutivas de lesiones que no sean graves (refiriéndose entonces a las lesiones de los artículos 399

⁷¹⁵ Cfr. TAPIA BALLESTEROS, Patricia, «Chile. Ley N° 20.066... *op. cit.* p. 89; VAN WEEZEL, Alex. «Lesiones y violencia... *op. cit.*, p. 243.

⁷¹⁶ Al respecto, véase el análisis que realiza VILLEGAS DÍAZ, Myrna «El delito de maltrato habitual... *op. cit.* p. 289-293.

⁷¹⁷ En este sentido *infra* véase el subepígrafe 2. El bien jurídico protegido en la Ley de Violencia Intrafamiliar.

⁷¹⁸ TALADRIZ EGUILUZ, María José. «La comisión por omisión en el delito de maltrato habitual.» *Revista Jurídica del Ministerio Público*, n° 37 (diciembre 2008), p. 264.

de lesiones menos graves y 494 N° 5 de lesiones leves del CP)⁷¹⁹. En la práctica señala VILLEGAS DÍAZ, el delito de maltrato habitual se hace cargo principalmente de la violencia psicológica, aunque señala la autora que debiera considerarse que todo tipo de violencia en contexto intrafamiliar trae aparejado maltrato psicológico⁷²⁰.

Por lo expuesto la doctrina considera el delito de maltrato habitual de carácter subsidiario⁷²¹, de forma que sólo se aplicará en los casos que las agresiones habituales no constituyan un delito de mayor gravedad. Esto significa en la práctica como señala TOLEDO VÁSQUEZ que, en los casos de delitos como lesiones graves y menos graves, amenazas graves, violación y abuso sexual mediante violencia o intimidación e injurias, aunque exista maltrato habitual, se sancionarán únicamente dichos delitos, dado que todos son castigados con penas de mayor gravedad⁷²², esto es el maltrato habitual queda subsumido en los delitos de mayor gravedad. Este carácter subsidiario convierte al tipo en una figura residual⁷²³, respecto de otros tipos delictuales de violencia intrafamiliar⁷²⁴.

“La subsidiaridad expresa del tipo de maltrato habitual lleva a descartar todo concurso aparente de leyes, y tornará inaplicable la regla del artículo 75 CP para los casos de concurso ideal (solo se aplicará la pena del delito más grave: por ejemplo, la prevista en el artículo 142 N° 2 CP), pero no impedirá la apreciación de un concurso real en los casos en que, aparte del crimen o simple delito, el sujeto ha realizado otros actos que en su conjunto reúnen los requisitos típicos del art. 14 de la Ley N° 20.066. Si, en cambio, algunos hechos constituyen un crimen o un simple delito de amenazas con una pena igual o inferior que la de presidio menor en su grado mínimo, será preciso decidir entre la aplicación de la figura del maltrato habitual y la apreciación de una reiteración de delitos⁷²⁵.”

Para VAN WEEZEL el legislador no ha redactado una ley clara presentando el delito de maltrato familiar falencias en la práctica en relación con otros delitos de lesiones y adquiere un rol subsidiario respecto a otros preceptos penales. De forma que siempre

⁷¹⁹ Cfr. VAN WEEZEL, Alex. «Lesiones y violencia... *op. cit.*, p. 240.

⁷²⁰ Cfr. VILLEGAS DÍAZ, Myrna, «El delito de maltrato habitual... *op. cit.* p. 293.

⁷²¹ En este sentido: VAN WEEZEL, Alex. «Lesiones y violencia... *op. cit.*, p. 239; TALADRIZ EGUILUZ, María José. «La comisión por omisión en el delito de maltrato habitual.» *Revista Jurídica del Ministerio Público*, n° 37 (diciembre 2008), p. 263; TOLEDO VÁSQUEZ, Patsili. *Derecho a Vivir... op. cit.*, p. 22.

⁷²² Cfr. TOLEDO VÁSQUEZ, Patsili. *Derecho a Vivir... op. cit.*, p. 22.

⁷²³ Cfr. VILLEGAS DÍAZ, Myrna. «El delito de maltrato habitual... *op. cit.*, p. 280.

⁷²⁴ En datos de la Región de la Araucanía para el periodo de 1 de enero a 29 de septiembre de 2017, solo se registraron 45 casos de malos tratos habituales mientras que se ingresaron 1.968 causas por delito de amenazas y 2.595 por lesiones. Cfr. FISCALÍA MINISTERIO PÚBLICO DE CHILE. «Boletín Estadístico III Trimestre. Enero-septiembre 2017.» Estadística, 2017

⁷²⁵ VAN WEEZEL, Alex. «Lesiones y violencia... *op. cit.*, p. 244.

que concurren delitos de lesiones más graves estos absorben el delito de maltrato habitual lo que descarta la posibilidad de un concurso de delitos con el delito de maltrato habitual.

Sostiene el autor que en todos los casos para el autor siempre será más beneficioso ser condenado por maltrato habitual, lo que pone para VAN WEEZEL en evidencia como el delito de maltrato habitual parece estar diseñado para captar las hipótesis de las ‘vías de hecho’ en contexto intrafamiliar⁷²⁶.

Profundizando en lo que debemos considerar como una lesión corporal la doctrina es unánime al señalar que la violencia sexual se encuentra también recogida dentro del artículo 14 de la Ley 20.066, y la discusión doctrinal se plantea respecto si la ley debiera hacer expresa la inclusión de la violencia sexual, postura defendida por VILLEGAS DÍAZ y TAPIA BALLESTEROS, quienes afirman que la inclusión debería hacerse expresa para evitar realizar una interpretación amplia del tipo⁷²⁷. En sentido contrario VAN WEEZEL considera que no es necesaria una mención expresa, justificando su postura el autor, en la tradición continental y chilena, donde siempre se ha considerado que la dimensión física tiene relevancia en relación con los delitos de lesiones corporales, donde deben incluirse la violencia sexual y la violencia física por ser manifestaciones de la violencia corporal⁷²⁸.

El uso del verbo rector ‘ejercer’ ha sido criticado por la doctrina, pues en opinión de BENÍTEZ JIMÉNEZ sugiere una posición de dominio por parte del que realiza la acción en virtud de la cual puede generarse la apariencia de que el sujeto activo pudiera realizar lícitamente la conducta. Propone el uso de otros verbos tales como ‘hacer uso’, ‘emplear’, ‘utilizar’ o ‘someter’⁷²⁹. Para MARÍA JOSÉ TALADRIZ EGUILUZ el problema del verbo ‘ejercer’ es que parece exigir un comportamiento activo por parte del agresor, que en opinión de la autora no fue la intención del legislador, pues admite el maltrato constitutivo de violencia intrafamiliar en forma activa y omisiva⁷³⁰. Sin embargo, esta

⁷²⁶ *Ibid.*, p. 244.

⁷²⁷ Cfr. VILLEGAS DÍAZ, Myrna. «El delito de maltrato habitual... *op. cit.* pp. 294 y ss.; TAPIA BALLESTEROS, Patricia, «Chile. Ley N° 20.066... *op. cit.* p. 86

⁷²⁸ Cfr. VAN WEEZEL, Alex. «Lesiones y violencia... *op. cit.*, p. 241.

⁷²⁹ Cfr. Benítez Jiménez, en cita de VILLEGAS DÍAZ, Myrna. «El delito de maltrato habitual... *op. cit.* p. 293.

⁷³⁰ Cfr. TALADRIZ EGUILUZ, María José. «La comisión... *op. cit.*, p. 265.

redacción abre la puerta a si es posible incurrir pasivamente en el delito de maltrato habitual.

El tipo penal no exige resultado lesivo⁷³¹, de forma que para la violencia física constitutiva de maltrato habitual será suficiente que la lesión corporal no sea grave, y se verifiquen los demás requisitos de contexto, que se produzca entre los sujetos reconocidos en el art. 5 Ley 20.066 y habitualidad, esto es que exista más de un acto de violencia, y ver la frecuencia con la que estos se han producido, con independencia de que la víctima de violencia sean personas diferentes del grupo familia⁷³².

El principal problema que la doctrina señala respecto del artículo 14 se produce como consecuencia de que el “tipo del delito de maltrato habitual no contempla una determinada forma de ejercicio de la violencia ni exige la producción de un determinado resultado”⁷³³. Esta redacción para VAN WEEZEL tiene dos consecuencias fundamentales. En primer lugar, permite considerar que toda lesión corporal que no sea grave queda comprendida en el maltrato habitual. Y segunda consecuencia desde la perspectiva inversa, puede significar que existen formas de ejercicio de la violencia física que no constituyen lesiones, pero sí resultan típicas bajo la forma de maltrato habitual (maltrato habitual por omisión)⁷³⁴.

6.2.2. *La habitualidad en el delito de maltrato habitual*

La habitualidad queda definida en el segundo párrafo del artículo 14, como el ejercicio habitual de la violencia física o psíquica respecto de alguna de las personas referidas en el artículo 5º de esta ley. El precepto contiene los siguientes criterios que deben tenerse en cuenta de forma conjunta para acreditarse la habitualidad: el número de actos ejecutados, y la proximidad temporal entre ellos, independientemente de sobre quién se ejerza la violencia dentro del grupo familiar. Y por último el juez/a debe de abstenerse de valorar las sentencias penales absolutorias o condenatorias que hayan recaído sobre la persona. Este último requisito resulta cuando menos problemático y

⁷³¹ En este sentido, cfr. VAN WEEZEL, Alex. «Lesiones y violencia... *op. cit.*, p. 241; VILLEGAS DÍAZ, Myrna, «El delito de maltrato habitual... *op. cit.* p. 293.

⁷³² Cfr. VAN WEEZEL, Alex. «Lesiones y violencia... *op. cit.*, p. 241.

⁷³³ *Ibid.*, p. 241.

⁷³⁴ *Ibid.*, pp. 241-242

genera dificultades de interpretación⁷³⁵, sostienen MATUS y RAMÍREZ⁷³⁶ que la Ley se aparta de la regla tradicional para considerar la habitualidad, que entendía como tal la simple repetición dos o más veces de la misma conducta, estableciendo ahora una mayor exigencia al introducirse el nuevo criterio de la proximidad temporal entre los actos de violencia⁷³⁷. La Instrucción General de la Fiscalía Nacional, que Imparte Criterios de actuación en delitos de violencia intrafamiliar, Oficio FN N° 111/2010⁷³⁸, sostiene que el criterio temporal para considerar la habitualidad no implica un aumento de la exigencia tradicional de ser dos o más los hechos cuya repetición se estima habitual, sino que atiende únicamente a una restricción temporal, esto es, que se hayan producido dentro de un periodo de cinco años, que es el propio de la prescripción de estos delitos.

Si bien la Ley fija qué debemos entender por habitualidad, este es un concepto de criminología social, que es interpretado por la doctrina de forma diferente. Un sector considera, siguiendo el tenor literal del artículo 14, que el tribunal debe tener en cuenta el número de actos ejecutados, así como la proximidad temporal entre ellos, con independencia de que la violencia se haya ejercido sobre la misma o diferente víctima. Otro sector entendía que no importa el número de actos ejecutados, sino que lo que debe primar es el convencimiento del juez o jueza de que la víctima vive en un estado de agresión permanente, siendo la violencia una forma de comunicación normal en la relación⁷³⁹.

En el caso del delito de maltrato habitual regulado en los artículos 173.2 y 173.3 del Código Penal Español, de donde toma el modelo el legislador chileno, la habitualidad se configura como un elemento esencial del delito de maltrato habitual. Los criterios legales para constatar la habitualidad son cuatro: el número de actos de violencia tanto

⁷³⁵ *Ibid.*, pp. 243.

⁷³⁶ Cfr. MATUS A., Jean Pierre, y M^a Cecilia RAMÍREZ G. *Lecciones de Derecho Penal Chileno... op.cit.*, 158.

⁷³⁷ El criterio temporal para la habitualidad según el Ministerio Público, hasta el año 2014 en que se dicta un nuevo Oficio (791/2014) eliminando dicha restricción temporal, fue atender “únicamente a una restricción temporal, esto es, que se hayan producido dentro de un periodo de cinco años, que es el propio de la prescripción de estos delitos”. Instrucción General de la Fiscalía Nacional, que Imparte Criterios de actuación en delitos de violencia intrafamiliar, Oficio FN N° 111/2010. Puede consultarse el Oficio en línea <http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/instructivos/index.do?d1=10> (consultado el 3 de abril de 2018).

⁷³⁸ Puede consultarse el Oficio en línea <http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/instructivos/index.do?d1=10> (consultado el 3 de abril de 2018)

⁷³⁹ Cfr. VILLEGAS DÍAZ, Myrna. «El delito de maltrato habitual... *op. cit.*, p. 301 y SANTANA NAZARIT, Paula, y Lorena ASTUDILLO PEREZ. *Violencia extrema hacia las mujeres en Chile (2010-2012)*. Santiago de Chile: Red Chilena contra la Violencia hacia las Mujeres, 2014, p. 14.

física como psíquica que resulten acreditados, la aproximación temporal entre los actos violentos, la variedad de sujetos pasivos del delito y la independencia del enjuiciamiento o no de las conductas anteriores. En el caso español, el legislador se decantó por un concepto abierto de habitualidad; esta falta de delimitación ha dado lugar sostiene NATALIA PÉREZ RIVAS, a diferentes líneas interpretativas. Una interpretación formal o criterio aritmético (concepto jurídico-formal) caracterizada por el garantismo, que abogaba por concretar el número de agresiones y el espacio temporal para apreciar la habitualidad, cifra que se situó en tres agresiones, y este criterio fue acogido por la jurisprudencia. Y una interpretación material (concepto criminológico-social) caracterizada por la flexibilidad, esta línea interpretativa, por lo contrario, sostiene que lo relevante es la entidad que permita al órgano judicial llegar a la convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente, criterio que se refleja en la jurisprudencia más actual⁷⁴⁰.

En relación con el criterio temporal señala PÉREZ RIVAS no existe consenso entre los diferentes tribunales, existiendo sentencias que aprecian habitualidad en lesiones que se producen desde los 8 días de diferencia hasta los tres años. Lo relevante es determinar si entre agresión y agresión existe un clima de terror a la víctima combinado con periodos de paz. Señala el autor que para apreciar el delito de maltrato habitual cuando se producen agresiones entre diferentes integrantes del grupo familiar es necesario que las personas vivan en el mismo domicilio⁷⁴¹.

En Chile las juezas y jueces de familia quienes deciden la calificación de los hechos como violencia intrafamiliar de conocimiento propio o constitutivos de delito de malos tratos habituales. Para determinar la naturaleza de los hechos deben guiarse por lo establecido en el propio precepto 14 de la Ley, sin embargo, señala TOLEDO VÁSQUEZ que entran en juego otros factores como el nivel de daño de la víctima, considerado incluso por algunas juezas y jueces como un factor determinante para definir si están ante la presencia de maltrato habitual. Y el número de denuncias previas por actos de violencia intrafamiliar. En algunos juzgados se considera que están ante maltrato habitual a la segunda denuncia, mientras que otras juezas y jueces se rigen por el criterio de la tercera denuncia para determinar que se está ante el delito de maltrato habitual

⁷⁴⁰ Cfr. PÉREZ RIVAS, Natalia. «La determinación de la... *op. cit.* p. 173-175.

⁷⁴¹ *Ibid.*, p. 175.

además de exigir un relato consistente en la víctima⁷⁴². Este último criterio queda establecido en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago en la Causa Rol 37/2016 que resuelve recurso de Reforma Procesal Penal, Resolución n° 1284172, de 7 de diciembre de 2016. En esta sentencia la C. A. de Santiago considera que tres agresiones en el mismo año son constitutivas de delito de violencia intrafamiliar, señalando en el fundamento de derecho cuarto, que para apreciar la habitualidad no es necesario que la conducta se repita a diario, sino que la agresividad verbal, de hecho, o psicológica esté presente en el comportamiento permanente del imputado.

Debe tenerse en cuenta también que diferentes organismos internacionales con los que coincidimos, han señalado a Chile que el artículo 14 no cumple con los estándares internacionales. El MESECVI en la Segunda Ronda de Evaluación establece la necesidad de derogar de la ley penal la noción de maltrato habitual, señalando que el maltrato a las mujeres es un delito grave bastando con que se realice una sola vez. Señala también el informe que, al estar tipificado como maltrato habitual, no disuade de su comisión; por el contrario, envía un mensaje a la sociedad de que puede repetirse, además debe tenerse en cuenta que con una sola agresión una mujer puede tener graves lesiones⁷⁴³. Y el comité de la CEDAW en sus observaciones del año 2012, señaló que el delito de maltrato habitual establece un requisito adicional, que implica que debe ser conocido en primer lugar por el tribunal de competencia en materia de familia, por lo que los actos constitutivos de delito tienen una barrera procesal que impide que se persigan de forma más rápida. En cumplimiento de esta observación de la CEDAW, se promulgó la Ley 21.013, de 6 de junio de 2017, Tipifica el nuevo delito de maltrato y aumenta la protección de las personas en situaciones especiales⁷⁴⁴ que eliminó dicha barrera procesal, como ya ha sido mencionado.

⁷⁴² Cfr. TOLEDO VÁSQUEZ, Patsili. *Derecho a Vivir... op. cit.*, p. 25.

⁷⁴³ MESECVI. «Chile. Informe de implementación... op. cit. 4.

⁷⁴⁴ Ver Mensaje 307-364, Inicia un Proyecto sobre derecho de las mujeres a una vida libre de violencia. P.7

6.2.3. *El deber de garante en el delito de maltrato habitual*

Una duda que plantea el artículo 14 es si del precepto puede derivarse la existencia de una posición de garante institucional respecto de todas las personas enumeradas en el artículo 5º, para que pueda cometerse un delito de maltrato habitual en la modalidad omisiva por tener «deberes positivos»⁷⁴⁵ respecto de las personas que conforman el grupo familiar, especialmente sobre aquellas que son menores de edad o dependientes.

Siguiendo a VAN WEEZEL es necesario que nos preguntemos si la persona que agrede ostenta una posición de garante, esto es, está obligada a proteger a la otra de eventuales riesgos para su vida e integridad física y psíquica, de tal manera que si no lo hace responde como autor del delito de homicidio, lesiones, etc. Señala el autor, que tradicionalmente la doctrina entendía que este deber solo alcanzaba a las madres y padres respecto de sus hijas o hijos y personas dependientes, así como también existía posición de garante entre las personas unidas en matrimonio.

En nuestra opinión la posición de garante no se da respecto de todas las personas que conforman el grupo familiar, por lo que deberá ser discutida en cada caso concreto; lo que siempre está presente, siguiendo a VAN WEEZEL, es el deber cualificado de solidaridad que envuelve al grupo familiar. Dentro de las personas que pueden ser víctimas del delito, la doctrina diferencia entre: la violencia que es ejercida contra aquellas personas que mantienen relaciones sentimentales, la violencia que se produce entre dos personas adultas (dos hermanos) y la violencia que se ejerce contra aquellas personas sobre las que existe deber de cuidado o dependencia dentro del grupo familiar como son las hijas e hijos y las personas con dependencia, en este caso, el tipo penal hace referencia a la relación asimétrica entre los sujetos activo/pasivo. En ambos casos existe lo que VAN WEEZEL denomina un vínculo indirecto mediado por el grupo familiar⁷⁴⁶.

⁷⁴⁵ Los deberes positivos, responden a la obligación que tiene determinados sujetos de resguardar un bien jurídico con independencia de que ese bien resulte afectado por la conducta. Esta responsabilidad no puede ser trasladada a terceras personas. Ejemplo de estos deberes positivos, son los deberes del artículo 150 A inciso 2º CP, que establece el deber de madres y padres respecto de la vida e integridad corporal de sus hijas o hijos. Este deber se deriva como señala Van Weezel de la posición de garante y de los tipos penales correspondientes, que obligan a estas personas a proteger el bien jurídico ante cualquier tipo de riesgo ya proceda este de terceras personas, de la naturaleza o del propio titular del bien jurídico. Cfr. VAN WEEZEL, Alex. «Lesiones y violencia... *op. cit.*, p. 251.

⁷⁴⁶ En este sentido, VAN WEEZEL, Alex. «Lesiones y violencia... *op. cit.*, pp. 243, 246.

Una cuestión controvertida es si existe posición de garante respecto de las personas que solo son convivientes y no están unidas en matrimonio. En nuestra opinión y en atención a la definición de violencia intrafamiliar que establece la ley, esta responsabilidad debe extenderse también a convivientes tengan o no suscrito un Acuerdo de Unión Civil. Conviene dejar claro que esta opinión no es compartida por VAN WEEZEL, quien se muestra siempre muy prudente con interpretaciones que puedan ampliar la penalidad, y en este sentido considera que no existen deberes institucionales que tengan su origen en el contexto intrafamiliar definido en el art. 5° de la Ley 20.066, y sostiene que la racionalidad de las normas penales no responde a los deberes institucionales⁷⁴⁷.

En relación a la comisión de forma omisiva la doctrina —Alex VAN WEEZEL DE LA CRUZ, MYRNA VILLEGAS DÍAZ, MARÍA JOSÉ TALADRIZ EGUILUZ, PATRICIA TAPIA BALLESTEROS⁷⁴⁸— acepta la comisión del delito de maltrato habitual de forma omisiva utilizando diferentes argumentos⁷⁴⁹:

Para VAN WEEZEL, la apreciación del maltrato habitual por omisión equivale a la penalización bajo los presupuestos de la habitualidad y contexto intrafamiliar de las denominadas «vías de hecho» de modo que en el ámbito de este artículo 14, sería indiferente que la violencia física ejercida no provoque ninguna alteración fisiológica u orgánica, siempre que implique un sufrimiento físico de cierta entidad. Para que pueda apreciarse la comisión por omisión en el delito de maltrato habitual, u otros delitos en contexto de violencia intrafamiliar, será necesario, demostrar en cada caso concreto la posición de garante. Y ello porque las relaciones enumeradas en el artículo 5° de la ley sostiene VAN WEEZEL, dan origen a deberes de solidaridad más fuertes de los que existen entre personas extrañas entre sí, pero no fundamentan por si solas una posición de garantía institucional⁷⁵⁰. Como ejemplo de comisión por omisión, el autor señala el retraso por lapsos prolongados de tiempo en la entrega de alimentos por quien tiene la obligación de entregarlos⁷⁵¹.

⁷⁴⁷ Cfr. VAN WEEZEL, Alex. «Lesiones y violencia... *op. cit.*, p. 251-252

⁷⁴⁸ Véase: VAN WEEZEL, Alex. «Lesiones y violencia... *op. cit.*, p. 242; VILLEGAS DÍAZ, Myrna, «El delito de maltrato habitual... *op. cit.* p. 298; TALADRIZ EGUILUZ, María José. «La comisión... *op. cit.*, p. 264; TAPIA BALLESTEROS, Patricia, «Chile. Ley N° 20.066... *op. cit.*p. 89.

⁷⁴⁹ Cfr. TAPIA BALLESTEROS, Patricia, «Chile. Ley N° 20.066... *op. cit.*p. 89.

⁷⁵⁰ Cfr. VAN WEEZEL, Alex. «Lesiones y violencia... *op. cit.*, p. 253.

⁷⁵¹ *Ibid.*, p. 242.

MYRNA VILLEGAS sostiene que es posible concebir las formas omisivas bajo la forma de comisión por omisión, cuando la conducta consiste en no impedir conscientemente pudiendo hacerlo, que una fuerza física extraña actúe sobre el cuerpo del otro; como ejemplo señala la autora que una persona del grupo familiar u otra persona que habita el domicilio común con el agresor no hace nada para frenar los malos tratos hacia la víctima. Sin embargo, señala VILLEGAS que, si esta persona además de testigo de la violencia también es víctima, no se le puede exigir una conducta de enfrentamiento a la violencia, porque también estará bajo el síndrome de VIF que impide cumplir con la expectativa de la norma⁷⁵².

Defiende TALADRIZ EGUILUZ, que el tipo penal de maltrato habitual del artículo 14, sí puede realizarse de forma omisiva, aunque en principio el verbo ejercer no acepta la forma de comisión por omisión propia. Sin embargo, en opinión de esta autora, debido a que este tipo de comisión se caracterizan por no impedir la producción de un efecto injusto⁷⁵³ y que es posible realizar la asimilación cuando la ley no la excluye explícitamente, cabe aceptar que el delito de maltrato habitual puede realizarse por omisión propia⁷⁵⁴. En relación a la «comisión por omisión impropia»⁷⁵⁵, la autora señala que deben cumplirse dos requisitos: que entre las personas existan relaciones familiares (en los términos del art. 5) y una absoluta dependencia personal, es decir, la existencia de una posición de garante⁷⁵⁶.

6.2.4. *La procesabilidad del delito de maltrato habitual*

Para perseguir penalmente el delito de maltrato habitual, la Ley 20.066 originalmente contenía un requisito de procesabilidad, y exigía al Tribunal de Familia remitir los hechos constitutivos de delito de maltrato habitual al Ministerio Público en

⁷⁵² Cfr. VILLEGAS DÍAZ, Myrna, «El delito de maltrato habitual... *op. cit.* pp. 298-299.

⁷⁵³ Cfr. TALADRIZ EGUILUZ, María José. «La comisión... *op. cit.*, p. 264.

⁷⁵⁴ *Ibíd.*, p. 266.

⁷⁵⁵ En Chile la doctrina y la jurisprudencia han establecido una serie de requisitos para apreciar la comisión impropia: (a) Existencia de una posición de garante asumida por omitente respecto de la víctima que obligue a evitar el resultado lesivo; (b) Evitabilidad del resultado e imputación objetiva del mismo a la acción omitida; (c) La omisión debe equivaler a la comisión y sea por lo tanto directamente subsumible en el correspondiente tipo penal; Y por último, (d) que la producción del resultado de la acción omitida pudiese ser evitada. Respecto de estos requisitos y su desarrollo doctrinal ver ampliamente TALADRIZ EGUILUZ, María José. «La comisión... *op. cit.*, pp. 266 y ss.

⁷⁵⁶ Cfr. TALADRIZ EGUILUZ, María José. «La comisión... *op. cit.*, pp. 266 y 268.

conformidad con lo dispuesto en el artículo 90 de la Ley N° 19.968⁷⁵⁷. Sostiene VAN WEEZEL que este requisito responde a la intención del legislador de que el Tribunal de Familia examinara el caso para que pudieran ser tenidos en cuenta elementos genuinamente intrafamiliares en la configuración de los delitos correspondientes y su persecución. De esta forma, una vez examinados los antecedentes en la audiencia preparatoria o en la de juicio propiamente tal, si el juez o jueza de familia consideran que están ante un delito de maltrato habitual, deberán en este momento remitir la causa al Ministerio Público⁷⁵⁸. Este requisito de procesabilidad en la práctica operó como un escollo importante a la hora de perseguir este tipo de ilícitos y generó problemas respecto de la competencia para enjuiciar los hechos denunciados por las víctimas⁷⁵⁹. Con la intención de mejorar la persecución penal, en la actualidad, y gracias a la reforma operada por la Ley 21.013, de 6 de junio de 2017, que Tipifica un nuevo delito de maltrato y aumenta la protección de personas en situación especial, se permite que estos delitos sean investigados por el Ministerio Público⁷⁶⁰ sin necesidad de previa remisión por el Tribunal de Familia.

7. Medidas cautelares y accesorias en procedimientos de delitos constitutivos de violencia intrafamiliar

Los artículos 15, 16 y 17 permiten aplicar en causas de violencia intrafamiliar, así como de violencia machista, medidas cautelares, medidas accesorias y decretar la suspensión del procedimiento. La introducción de estas medidas de seguridad y de

⁷⁵⁷ Artículo 90 ley N° 19.968: “Remisión de antecedentes si el hecho denunciado reviste caracteres de delito. En caso que los hechos en que se fundamenta la denuncia o la demanda sean constitutivos de delito, el juez deberá enviar de inmediato los antecedentes al Ministerio Público.

Si de los antecedentes examinados en la audiencia preparatoria o en la del juicio aparece que el denunciado o demandado ha ejercido violencia en los términos establecidos en el artículo 14 de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar, el tribunal los remitirá al Ministerio Público.

Previo a remitir una causa al Ministerio Público, el juez de familia adoptará las medidas cautelares que correspondan, las que se mantendrán vigentes en tanto el fiscal no solicite su modificación o cese.

Si se plantea una contienda de competencia relacionada a un asunto de violencia intrafamiliar entre un juez de familia y el Ministerio Público o un juez de garantía, el juez de familia involucrado podrá adoptar las medidas cautelares que sean procedentes, las que se mantendrán vigentes hasta que la contienda de competencia sea resuelta”.

⁷⁵⁸ Cfr. VAN WEEZEL, Alex. «Lesiones y violencia.... *op. cit.*, pp. 240- 241.

⁷⁵⁹ Cfr. VILLEGAS DÍAZ, Myrna, «El delito de maltrato habitual.... *op. cit.* p. 282.

⁷⁶⁰ La autonomía del Ministerio Público se prohibía expresamente en el párrafo tercero del art. 14 de la Ley 20.066, que impedía al Ministerio Público iniciar la investigación por maltrato habitual hasta recibir los respectivos antecedentes del Tribunal de Familia. Este requisito se elimina, suprimiendo el párrafo por la Ley 21.013 artículo 2° b).

sanción son consideradas por la doctrina como formas postmodernas de control penal⁷⁶¹, cuyas características siguiendo a JOSÉ ÁNGEL BRANDARIZ GARCÍA son el declive del paradigma rehabilitador y por nuevos elementos diferenciales en la gestión punitiva del riesgo en materia político criminal.

Este nuevo paradigma penal tiene su origen en Estados Unidos en la *New Public Management* denominada por la doctrina en español como Nueva Gestión Pública o gerencialismo⁷⁶², que en el ámbito penal ha dado lugar a la *New Penology*⁷⁶³ o Nueva Penología que paulatinamente dará paso a lo que hoy conocemos como Política criminal actuarial.

La Nueva Penología toma como base la peligrosidad criminal del autor para establecer la medida y su duración⁷⁶⁴. El objetivo es controlar el riesgo, predecirlos sobre todo a efectos de su gestión y la minimización de sus efectos. Este nuevo planteamiento produce una pérdida de protagonismo de las instituciones de castigo, y paralelamente el énfasis se pone en la prevención centrada en la fase previa a la

⁷⁶¹ Cfr. FARALDO CABANA, Patricia. «Estrategias actuariales en el control penal de la violencia de género en España.» En *Problemas actuales del Derecho penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, de Francisco Muñoz Conde (Dir.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 737. Sobre *new penology* y estrategias actuariales véase entre otros: BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. *El gobierno de la Penalidad. La Complejidad de la Política criminal contemporánea*. A Coruña: Dykinson, 2014, pp. 88-89 y FEELEY, Malcon M., y Jonathan SIMON. «The New Penology: Notes on the Emerging Strategy of Corrections and Its Implications.» *Criminology* 30, n° 4 (enero 1992): 449-474.

⁷⁶² Este nuevo paradigma gerencial se caracteriza: (1) por una preocupación economicista por la contención del gasto (maximización de la relación coste-beneficios). Esta lógica sustituye la orientación social propia de la etapa welfarista, que legitimaba y orientaba las políticas públicas fundamentalmente desde la perspectiva de su utilidad para solucionar problemas sociales, lo que en el ámbito punitivo otorgaba prioridad a la atención a las causas colectivas de criminalidad. Este nuevo “enfoque” atiende más a la eficiencia, la manera de lograr los cometidos la Administración, que, a la eficacia, es decir, al contenido de sus funciones y a la consecución de fines externos. (2) La racionalidad gerencial conduce a la implantación en el ámbito administrativo de todo un conjunto de prácticas que pretenden economizar los medios –humanos y financieros– disponibles, orientarlos eficientemente hacia objetivos definidos, y producir parámetros de evaluación periódica de los resultados obtenidos. Cfr. BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. *El gobierno de la Penalidad. La Complejidad de la Política criminal contemporánea*. A Coruña: Dykinson, 2014, p. 93.

⁷⁶³ El concepto *new penology* es acuñado por MALCON FEELEY y JONATHAN SIMON, los autores a través de su análisis ponen de relieve que la evolución del sistema penal sigue las siguientes líneas: (1) abandono de la prioridad del individuo en el sistema penal, en beneficio de los grupos y las categorías; (2) ponen de manifiesto la mutación de las narrativas de la penalidad en la medida en que los individuos dejan de verse como seres que exigen un tratamiento, y pasan a entenderse como sujetos de riesgo que requieren gestión; (3) la transformación de las normas de evaluación y decisión, que en el presente se acomodan a formas tecnocráticas de saber, orientadas a los lenguajes de la probabilidad y el riesgo; y (4) advierten que el actuarialismo no es una dinámica completamente hegemónica en materia político-criminal, sino una orientación que se introduce progresivamente, y que convive en tensión con otras tendencias. Cfr. BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. *El gobierno de la Penalidad... op. cit.*, pp. 88 y ss.

⁷⁶⁴ En este sentido, cfr. TAPIA BALLESTEROS, Patricia, «Chile. Ley N° 20.066... op. cit. p. 90 y FARALDO CABANA, Patricia. «Estrategias actuariales... op. cit., p. 739

comisión del hecho, lo que conduce a otorgar una notable centralidad a la idea de vigilancia de potenciales infractores y de espacios. Tarea competencia tanto de la policía como de sujetos privados, y que se ve impulsada por el desarrollo tecnológico en la materia. Los estudios se centran principalmente en grupos humanos determinados por ello se considera el actuarialismo penal como uno de los causantes de la sobrerrepresentación de las minorías étnicas o nacionales en las prisiones.

Las principales críticas al actuarialismo penal siguiendo a BRANDARIZ GARCÍA Y FARALDO CABANA pueden sucintamente expresarse en los siguientes puntos⁷⁶⁵:

Se busca por motivos económicos la descongestión de las prisiones, de forma que para ello se clasifica a las personas en más o menos peligrosas, y las menos peligrosas podrán cumplir su pena fuera de la cárcel y en libertad. Se busca con este sistema una mayor eficiencia en la vigilancia, el confinamiento y el control, a pesar de que esta nueva lógica se aleja de los principios clásicos del Derecho Penal como la culpabilidad⁷⁶⁶.

El riesgo no es un concepto neutro o apolítico ni una noción unidimensional. Por ello, las prácticas penales que se organizan en función del riesgo no son producto de la necesidad, sino de la decisión política, que ignora otras consideraciones como los Derechos Humanos, el género, la igualdad y la proporcionalidad.

Incompatibilidad de la lógica actuarial con principios fundamentales de la potestad punitiva, así como con consideraciones básicas de justicia. Principio de Igualdad, etnia, color, género. Y la presunción de inocencia, ya que el control punitivo se adelanta a sujetos que aún no han delinquido.

Los instrumentos de medición de riesgo han sido escasamente validados. Los cálculos estadísticos ocultan un conjunto de juicios morales y valorativos, además la ciencia sobre el riesgo no es lo suficientemente segura como para garantizar que no produce ni reproduce una discriminación sistémica.

Los métodos de predicción de riesgos no se han mostrado útiles a la hora de lograr un incremento de la tasa de descubrimiento de delitos, entre otros motivos porque

⁷⁶⁵ BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. *El gobierno de la Penalidad... op. cit.*, pp. 83 y ss; FARALDO CABANA, Patricia. «Estrategias actuariales... op. cit.», pp. 740 y ss.

⁷⁶⁶ FARALDO CABANA, Patricia. «Estrategias actuariales... op. cit.», p. 741.

operan a partir de estadísticas penales que no reflejan la realidad de la criminalidad, sino los resultados de su persecución y porque funcionan con rasgos grupales excesivamente inconcretos.

Los notables costos que supone una política actuarial en relación con los resultados que obtiene, lo que estaría en contradicción con los postulados de una orientación gerencial que busca la eficiencia económica.

El actuarialismo no es una tendencia hegemónica, sino que está implantándose en contradicción y tensión con otras tendencias en materia de gestión de la exclusión y el control social. Específicamente y como ya se ha puesto de relieve, estos instrumentos cada vez más consolidados conviven con las lógicas de la racionalidad neoliberal, basada en el reforzamiento de poderes soberanos y la severidad de las penas para gobernar la sensación de inseguridad y el paradigma reintegrador asentado en la cultura y la práctica penitenciaria.

Nos encontramos ante una forma de gestión de la criminalidad que nace en Estados Unidos, por lo tanto, ajena a pluralidad cultural chilena, formas de familiar, Administración de Justicia. Y que además proviene del ámbito de los seguros y es el reflejo de cómo el poder político neoliberal decide como configurar las tasas de determinada criminalidad, de forma que esta nueva gestión penal no surge en el marco de estudios sobre la violencia machista, sin embargo, es uno de los tipos de delincuencia donde más se aplica. En concreto en la son los artículos 15, 16 y 17 de la Ley de Violencia Intrafamiliar donde se introduce esta forma actuarial de control en los siguientes términos:

El artículo 15 de la ley 20.066 establece la posibilidad de dictar «medidas cautelares» en el procedimiento sobre delitos constitutivos de violencia intrafamiliar incluso antes de la formalización. El artículo 15 no señala que medidas cautelares se podrán imponer sino que remite a las establecidas el artículo 92 de la Ley 19.968 y en el artículo 7° de la Ley 20.066, de lo establecido en estos dos artículo cabe concluir que las opciones de medidas cautelares son: la prohibición de residir en un determinado lugar, prohibición de acercarse a la víctima, asistencia a programas terapéuticos o de orientación familiar, así como la asistencia regular ante la unidad de policía que determine el juez.

Las «medidas accesorias» se regulan en el artículo 16, donde se establece que el juez con competencia en lo penal, podrá aplicar las medidas accesorias que contiene el artículo 9º de la Ley: abandono de hogar, prohibición de acercamiento, prohibición de porte y tenencia de armas de fuego, asistencia obligatoria a programas terapéuticos o de orientación familiar, y la obligación de presentarse regularmente ante la unidad de policía que determine el juez/a. El plazo por el que debe imponer una o más de las medidas señaladas, no podrá ser inferior a 6 meses ni superior a dos años, prorrogables a petición de la víctima si existen circunstancias que las justifican.

El juez o jueza de garantía es quien ostenta la competencia para decretar la «suspensión del procedimiento», dicha suspensión debe ir acompañada de una o más medidas de las accesorias establecidas en el artículo 9º de la ley (art. 17).

El incumplimiento de las medidas cautelares, accesorias y de las condiciones que justifican la suspensión del procedimiento, se sanciona según lo establecido en el artículo 10 de la Ley de Violencia Intrafamiliar, que faculta a la policía para detener a quien sea sorprendido en quebrantamiento flagrante, y permite la imposición de medida de apremio de arresto hasta por 15 días.

Estos artículos cuando establecen la prohibición de acercamiento, de residencia en un determinado, lugar, de portar armas de fuego o la obligación de acudir a terapia familiar, así como otras medidas o sanciones, lo que hacen es toman como base la peligrosidad del sujeto y forman parte del uso de sanciones y medidas alternativas a la pena privativa de libertad basadas en formas actuariales de control penal y por ello necesitan ser analizados desde esa raíz actuarial.

La introducción de estas formas actuariales de control penal en el ámbito de la violencia machista es compleja y convive con principios clásicos en materia penal como es el auge del ideal rehabilitador-resocializador. Debe tenerse en cuenta que el paradigma rehabilitador de forma general se encuentra en crisis, excepto en el marco de las políticas públicas para tratar maltratadores en violencia machista donde están plenamente vigentes⁷⁶⁷. PATRICIA FARALDO CABANA considera que su implementación

⁷⁶⁷ El ideal resocializador fue criticado desde los postulados neoconservadores por suponer un ideal quimérico, y otorgar un trato excesivamente benigno con el infractor por lo que no generaba un verdadero efecto disuasorio. Desde la perspectiva progresista, se criticaron que muchos de los tratamientos rehabilitadores legitimaban una institución criticable como la prisión. Desde el neo-retribucionismo que apuesta por las penas basadas en el justo merecimiento y la proporcionalidad de la sanción no tiene cabida

se basa en:

“La imposibilidad de atajar el problema a corto plazo y el altísimo índice de reiteración delictiva, así como la enorme variedad en la gravedad de las conductas constitutivas de maltrato, ha llevado a una trascendental mutación en la forma de aproximarse al fenómeno: se ha pasado de pretender el castigo del agresor individual de acuerdo con su culpabilidad y el grado de injusto del hecho cometido a castigarle de acuerdo con la peligrosidad que el hecho cometido revela de cara a su comportamiento futuro; de imponer medidas cautelares atentas al peligro que para la prueba puede representar el presunto delincuente y penas y/o medidas de seguridad diseñadas en clave de rehabilitación y reinserción social, a imponer medidas cautelares y sanciones que pretenden el control de un grupo de riesgo, los hombres violentos con sus parejas o ex parejas, frente al cual predomina el convencimiento de que quienes lo integran son sujetos irrecuperables y muy peligrosos, no tanto porque no puedan ser sometidos a tratamiento sino por su condición ingobernable como portadores de un riesgo no reducible por las vías ordinarias de gestión, convirtiéndose en consecuencia en destinatarios de medidas que únicamente pretenden la inocuización, que no es más que la neutralización convertida en función básica del sistema de control”⁷⁶⁸.

Por lo tanto, el sujeto autor de violencia machista se considera como un delincuente inerte cuya conducta no puede ser influenciada por el coste del delito, sin embargo, lejos de aplicársele la lógica actuarial en este punto que consistiría en identificarlo e incapacitarlo como miembro de un grupo de alto riesgo⁷⁶⁹. El hombre maltratador sigue contando con los beneficios de un sistema de justicia que no le elimina sus derechos a pesar de los peligros que él supone para su familia, ejemplo de ello es que no se limiten sus derechos en relación con la patria potestad.

el ideal rehabilitador. El ideal rehabilitador se ha criticado también por justificar prácticas intromisivas llegándose a las injerencias coactivas en los derechos individuales y la dignidad de las personas que pretendían la modificación de la personalidad de la persona integrándola en la ideología del sistema de valores dominante, véase ampliamente BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. *El gobierno de la Penalidad... op. cit.*, pp. 12 y ss. En este sentido es necesario aplicar esta crítica también desde la variable de etnia, raza y nacionalidad, y vemos como el ideal resocializador claramente choca con el derecho de las personas de Pueblos Originarios a su cosmovisión y se aleja de un sistema de penas que respete la pluralidad cultural.

⁷⁶⁸FARALDO CABANA, Patricia. «Estrategias actuariales... *op. cit.*, pp. 743-743.

⁷⁶⁹ Feeley y Simon establecen las diferencias entre la consideración de la disuasión en el análisis económico del Derecho, donde se considera al sujeto como un ser racional que tiene en cuenta el coste del delito, mientras que en la gestión actuarial de riesgos se considera al sujeto como un ser sin capacidad de motivación o reacción frente al coste del delito, citados en FARALDO CABANA, Patricia. «Estrategias actuariales... *op. cit.*, p. 743.

⁷⁶⁹ Idem.

Señala PATRICIA FARALDO CABANA que la aplicación de medidas de seguridad, tratamientos, órdenes de protección, etc., más que funcionar como penas alternativas a la prisión, funciona en ocasiones como custodia de seguridad y en otras como un mecanismo de endurecimiento de las condiciones de ejecución de las alternativas a la prisión que permite un mayor control sobre la conducta de la persona condenada⁷⁷⁰ y supone una suerte de *custodial continuum* que permite justificar un control continuo sobre el individuo sin necesidad de encerrarlo en prisión y que no pretende una verdadera rehabilitación, en la que nadie cree, sino que sólo finge tenerla como objetivo⁷⁷¹.

Este modelo por tanto se centra en la figura del agresor, a quien con los objetivos de prevención y de sanción se le aplican medidas de seguridad con finalidad terapéutica e inocuidadora de forma estandarizada sin tener en cuenta la voz de las de las mujeres que han sufrido maltrato en cuenta, ni adaptándose el procedimiento a las circunstancias de cada caso. Esta forma de reacción estandarizada y paternalista también está estereotipando a la víctima al considerarla siempre como una persona pasiva e incapaz de tomar las decisiones que corresponden dentro de su proceso penal y no tiene en cuenta las propias estrategias de la mujer para escapar de la violencia. En especial si nos referimos a las prohibiciones de acercamiento, comunicación o prohibición de residencia, aplicadas al agresor, las cuales han demostrado ser muy problemáticas en aquellas situaciones donde la víctima no desea el fin de la relación o la convivencia, sino solo el cese de la violencia. Estas situaciones pueden llevar a muchas mujeres a no querer denunciar o posteriormente a realizar dicha denuncia retractarse o no declarar en el acto de juicio⁷⁷².

Por ello, si bien el alejamiento del maltratador puede ser necesario coincidimos con FARALDO CABANA cuando afirma que es necesario superar la imagen irracional de la mujer maltratada y reinterpretar las medidas de protección de forma compatible con el respeto a su intimidad y autonomía personal, derecho al que pertenece la libertad de crear, mantener y poner fin a una relación sentimental⁷⁷³. Y ello porque no debe perderse en el enfoque de la violencia machista y el maltrato que nos encontramos ante

⁷⁷⁰ Ibid., p. 738.

⁷⁷¹ Ibid., p. 743.

⁷⁷² Ibid., pp. 740, 744, 745

⁷⁷³ Ibid., p. 748.

un problema público y privado y debe ser abordado también desde el respeto a la libertad cultural.

IV. OTRAS DISPOSICIONES PENALES QUE PUEDEN SANCIONAR LA VIOLENCIA MACHISTA

1. Lesiones

Los delitos de lesiones que establece el Código Penal son tres⁷⁷⁴:

(1) Las lesiones del art. 397⁷⁷⁵ del CP, relativo a la conducta de herir, golpear o maltratar de obra. El artículo establece diferente sanción en atención al resultado producido. En este punto si bien el artículo denomina a las lesiones como graves, la doctrina establece otra denominación a efectos de facilitar la distinción entre las lesiones del N°1 que denomina «lesiones gravísimas» y de las lesiones del N° 2 que denomina «lesiones simplemente graves». Este precepto por lo tanto consagra un modelo típico basado en la intensidad de los resultados imputables a la conducta, que siguiendo a VAN WEEZEL también es válido para aplicar respecto de las lesiones del artículo 398 CP y a las mutilaciones de los artículos 395 y 396 CP.

El artículo 398 CP, que dispone que el que provocare alguno de los resultados señalados en el artículo 397 del CP empleando para ello la administración a la víctima de sustancias o bebidas nocivas, o bien abusando de su credulidad o flaqueza de espíritu, será sancionado con las penas que correspondan de acuerdo al artículo 397 CP según la intensidad de los resultados.

⁷⁷⁴ Se realiza el estudio de las lesiones del CP siguiendo los siguientes trabajos: VAN WEEZEL, Alex. «La sistemática... *op. cit.*; VAN WEEZEL, Alex. «Lesiones y violencia intrafamiliar... *op. cit.*

⁷⁷⁵ Art. 397 CP: *El que hiriere, golpeare o maltratare de obra a otro, será castigado como responsable de lesiones graves:*

1.º *Con la pena de presidio mayor en su grado mínimo, si de resultas de las lesiones queda el ofendido demente, inútil para el trabajo, impotente, impedido de algún miembro importante o notablemente deforme.*

2.º *Con la de presidio menor en su grado medio, si las lesiones produjeren al ofendido enfermedad o incapacidad para el trabajo por más de treinta días.*

(2) En el artículo 399 del CP, la acción típica es la establecida en el artículo 397 CP, herir, golpear o maltratar de obra, cuyo resultado causare lesiones menos graves que las referidas en los artículos precedentes. La doctrina y la jurisprudencia han denominado esta figura como «lesiones menos graves».

(3) Lesiones del artículo 494 N°5 CP, denominadas por el legislador como lesiones leves. El precepto deja a la consideración del tribunal aquellas que deben considerarse como «lesiones leves» indicando únicamente que serán aquellas que no estén comprendidas en el artículo 399, atendidas la calidad de las personas y las circunstancias del hecho. Establece también el precepto una restricción a la valoración del tribunal, prohibiendo calificar como leves las lesiones cometidas contra las personas del artículo 5° de la Ley de Violencia Intrafamiliar.

La falta del artículo 495 conformado por 22 numerales, destacamos a continuación aquellos que pueden producirse con mayor facilidad dentro de la violencia intrafamiliar: “*el que públicamente ofendiere el pudor con acciones o dichos deshonestos*” (N°5); y, “*el cónyuge que escandalizare con sus disensiones domésticas después de haber sido amonestado por la autoridad*” (N°6),

Esta sistemática en la regulación de las lesiones en la práctica funciona como un modelo de regla/excepción, que obliga al juez o jueza a subsumir los hechos en una u otra figura, no en relación a la magnitud de los resultados imputables a la conducta, sino con otros criterios fundamentados de índole valorativa que se establecen en el artículo 495 N°5.

2. Agravantes tradicionales y agravante antidiscriminación

En el contexto del marco normativo chileno debe también tenerse presente que mediante la aprobación de la Ley 20.609 que Establece medidas contra la discriminación de 24 junio de 2012, también llamada Ley Zamudio⁷⁷⁶, se introdujo una nueva circunstancia agravante al Código Penal. Contenida en el N° 21 del artículo 12 del CP, dispone que será una circunstancia agravante: “*cometer el delito o participar en*

⁷⁷⁶ El caso de Daniel Mauricio Zamudio Vera tuvo tal relevancia mediática que impulsó la aprobación de ley 20.609 que Establece medidas contra la discriminación luego de casi 7 años de tramitación en el congreso. La ley pasó a llamarse comúnmente Ley Zamudio. El 3 de marzo de 2012 Daniel Mauricio Zamudio Vera, de 24 años, fue golpeado y torturado durante horas en un parque de Santiago por su orientación sexual. Quedando en estado grave de salud, murió 25 días después.

él motivado por la ideología, opinión política, religión o creencias de la víctima; la nación, raza, etnia o grupo social a que pertenezca; su sexo, orientación sexual, identidad de género, edad, filiación, apariencia personal o la enfermedad o discapacidad que padezca”.

Como señala SALINERO ECHEVERRÍA, el precepto hace una alusión directa a las diversas causas o razones que agravan la pena, cuando el delito está motivado por alguna de ellas. No hay limitaciones en cuanto a la tipología de delitos sobre los que se podría aplicar, por lo que en teoría resultaría aplicable a todo tipo de ilícitos⁷⁷⁷. Podrá ser considerada circunstancia agravante en un delito, por tanto, cuando sea cometido o se haya participado en función, o motivado por, el sexo de la víctima. TAPIABALLESTEROS estima por otra parte que el límite natural vendrá dado por aquellos delitos en los que el motivo y actuar discriminatorio se encuentre comprendido ya en el tipo delictivo⁷⁷⁸.

Esto lleva a la pregunta de si en el caso de los delitos de violencia intrafamiliar, y en específico de la violencia contra la pareja dentro del contexto de violencia intrafamiliar cuando la víctima es una mujer, puede concurrir también esta circunstancia agravante. La respuesta que ofrece SALINERO ECHEVERRÍA ante esta compleja situación, es seguir las reglas del concurso aparente de leyes penales⁷⁷⁹.

En nuestra opinión y como se ha venido sosteniendo, la Ley 20.066 de violencia intrafamiliar no prevé el factor discriminatorio contra la mujer o de género, por eso consideramos que la agravante del artículo 12 N° 21 del Código Penal es aplicable en los delitos de violencia intrafamiliar⁷⁸⁰.

⁷⁷⁷ SALINERO ECHEVERRÍA, Sebastián. «La nueva agravante penal de discriminación. Los "delitos de odio".» *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n° 41, 2° semestre 2013, p. 265. 263-308.

⁷⁷⁸ TAPIABALLESTEROS, Patricia. «Chile. Ley N° 20.066... *op. cit.* p. 94.

⁷⁷⁹ SALINERO ECHEVERRÍA, Sebastián. «La nueva agravante penal ...*op. cit.*, p. 301.

⁷⁸⁰ Sobre la discusión de la incorporación o no de la teoría de género y la amplitud del concepto de “sexo” incluido en la ley 20.609 que Establece medidas contra la discriminación, y en específico en la nueva agravante penal de discriminación del artículo 12 N° 21, dada la omisión del concepto de “género” que se observa en la agravante, véase ampliamente TAPIABALLESTEROS. «Chile. Ley N° 20.066... *op. cit.* Valga señalar por nuestra parte que consideramos apresurado sacar conclusiones basándose en la posible incorporación o no de la teoría de género en la ley 20.609, en atención a la inclusión de ciertos conceptos y la omisión de otros, propios de esta teoría. Sería atribuir un conocimiento demasiado acabado de esta teoría al legislador chileno. Por lo demás basta revisar la historia de la ley para observar que el legislador se toma las cosas con mayor simpleza. Así, en la discusión del proyecto el diputado señor Díaz señalaba no considerar necesario incorporar el concepto de género, por tratarse de una construcción cultural que el

Asimismo, otras de las circunstancias agravantes contempladas en el catálogo del artículo 12 del Código Penal hacen referencia al sexo de la víctima como factor de agravación de la conducta: los numerales 6 y 18. El apartado N° 6 dispone que será circunstancia agravante “*abusar el delincuente de la superioridad de su sexo o de sus fuerzas, en términos que el ofendido no pudiera defenderse con probabilidades de repeler la ofensa*”, mientras el N° 18 a su vez lo dispone para quien ejecute “*el hecho con ofensa o desprecio del respeto que por la dignidad, autoridad, edad o sexo mereciere el ofendido, o en su morada, cuando él no haya provocado el suceso*”. Se trata, a diferencia de la agravante del N° 21 introducida por la ley 20.609 en 2012, de circunstancias agravantes tradicionales⁷⁸¹ en el ordenamiento jurídico penal chileno, pues son originarias del Código Penal.

Estas dos circunstancias agravantes tradicionales que se relacionan con el sexo de la víctima son criticadas en la doctrina por su anacronismo. Siguiendo a TAPIABALLESTEROS, en ambas se perpetúa un concepto de mujer como ser necesitado de cuidados especiales por pertenecer al sexo débil, concepciones de lo que parece ser parte de un Derecho Penal paternalista respecto de la mujer que no tiene cabida en la concepción actual. Problemático resulta también desde un punto de vista de la garantía de igualdad reconocida en la Constitución, la agravante referida al respeto que se merezca por el sexo, ya que se funda en la idea de distintas categorías de personas, atendiendo a su ‘dignidad’⁷⁸². Por último, vale también la crítica de ETCHEBERRY ORTHUSEGUY a estas dos agravantes tradicionales en cuanto a considerarlas carentes de sentido, dada la exigencia que se hace al autor del acto delictivo de un *fair play*, incongruente en materias delictivas⁷⁸³.

En nuestra opinión la agravante n° 21 recuerda a las formulaciones de los *hate crimes*. Este tipo de agravantes son deseables en el ordenamiento jurídico porque aportan versatilidad a la hora de sancionar actitudes basadas en ideas supremacistas y discriminatorias. Las mismas que fundamentan los crímenes machistas contra las mujeres, por ello, y dado que esta consideración no se ha reflejado en ninguno de los preceptos de la Ley 20.066 consideramos que esta agravante puede y debe ser aplicada

artículo en análisis persigue combatir simplemente al establecer la discriminación por razón de sexo, véase BCN. Historia de la Ley 20.609, p.73.

⁷⁸¹ TAPIA BALLESTEROS, Patricia, «Chile. Ley N° 20.066... *op. cit.*, p. 97.

⁷⁸² Cfr. TAPIA BALLESTEROS, Patricia, «Chile. Ley N° 20.066... *op. cit.*, pp. 97-98.

⁷⁸³ Etcheberry Orthusegy en TAPIA BALLESTEROS, Patricia, «Chile. Ley N° 20.066... *op. cit.*, p.97.

en causas de violencia intrafamiliar donde se cumplan los requisitos exigidos por el tipo.

3. Femicidio

La regulación del femicidio se introduce con la aprobación de la citada Ley N° 20.480 que modifica el Código Penal y la Ley 20.066 sobre Violencia Intrafamiliar, estableciendo el delito de femicidio, reformando las disposiciones relativas al parricidio. Introduce modificaciones también a los artículos 10, 368 bis, 369 del Código Penal y al artículo 90 de la Ley N° 19.968. El delito de femicidio queda entonces regulado en el Título VIII, Libro II, Crímenes y simples delitos contra la persona, 'Del Homicidio', artículo 390 del Código Penal. El femicidio se enmarca dentro de los delitos contra la vida, en el contexto del parricidio. Por tanto, es un delito especial pues tiene un círculo de destinatarios limitado, ya sea en tanto víctimas o en tanto autores.

Esta modificación se opera a través de una norma aislada, no pertenece a una ley que aborde de forma amplia la violencia contra las mujeres, sino que únicamente incluye un cambio de denominación, que se ubica en el párrafo segundo del artículo 390 CP⁷⁸⁴. La introducción de este inciso segundo es un hecho de adaptación terminológica, como reconoce la propia Defensoría Penal Pública Nacional en su minuta *El delito de femicidio*⁷⁸⁵, —que cabe recordar se opuso a la aprobación de la ley— que señala que:

“La modificación al inciso segundo no tiene por finalidad agravar las penas, sino sólo crear la figura del femicidio atendiendo a quién es la víctima de este delito. Sólo en caso de que la víctima sea mujer y sea o haya sido la cónyuge o la conviviente del autor del delito, el delito de parricidio se llamará femicidio. La modificación es meramente nominal, las penas se mantienen igual, no hay nada sustancial que cambie con el delito en términos de estructura típica, solo su denominación”⁷⁸⁶.

⁷⁸⁴ Art. 390 CP. “*El que, conociendo las relaciones que los ligan, mate a su padre, madre o hijo, a cualquier otro de sus ascendientes o descendientes o a quien es o ha sido su cónyuge o su conviviente, será castigado, como parricida, con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado.*”

Si la víctima del delito descrito en el inciso precedente es o ha sido la cónyuge o la conviviente de su autor, el delito tendrá el nombre de femicidio”

⁷⁸⁵ CASTILLO ARA, Alejandra. «El Delito de Femicidio. Minuta N° 01/2011/Febrero.» *www.biblio.dpp.cl*. 2011. <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataBank/5319-2.pdf>, p.

⁷⁸⁶ Cfr. TOLEDO VÁSQUEZ, Patsilí. *Femicidio... op. cit.*, p. 216.

Al respecto de la nueva regulación es necesario señalar que el legislador no tuvo en cuenta como en las leyes de violencia intrafamiliar, ni a los Pueblos Originarios ni a la pluralidad afectiva sexual⁷⁸⁷. Vemos como la Ley de Femicidio, a pesar de datar del año 2010, sigue anclada en conceptos de género y relaciones de familia y concepciones de la mujer que en términos sociológicos y científicos están muy superadas, y por lo tanto responde a una concepción conservadora de las relaciones de género y familia.

Desde los sectores feministas se ha criticado fuertemente que la ley se olvida de las relaciones de noviazgo, contexto en el que en Chile se produce una parte importante de los femicidios tanto en la esfera privada como pública. Debilidad que ha sido también subrayada en las recomendaciones del Comité CEDAW a Chile en 2012⁷⁸⁸.

La tipificación del delito de femicidio evidencia que el objeto jurídico protegido por esta ley no es la mujer como fin en sí, sino el orden familiar (familia nuclear) y no se corresponde a un sistema penal establecer castigos según las contingencias sociales, ni tampoco establecer símbolos de lucha política, pues para eso existen otras instancias democráticas.

Desde el punto de vista de técnica jurídica la doctrina ha criticado la ubicación del femicidio ya que no se introduce de forma autónoma en la legislación, sino como inciso segundo en el delito de parricidio, tipo penal que tiende a desaparecer en las legislaciones modernas. Esta falta de adecuación podría perjudicar la tipificación del femicidio si se llega a derogar la figura del parricidio

Desde una perspectiva crítica con el Derecho Penal, es necesario señalar que si bien la condición de ser mujer, y el género femenino, constituyen un factor de riesgo que exponen a la persona a ser víctima de violencia; de ahí, no se puede concluir que el modo más adecuado sea crear normas especiales, ya que se ha demostrado que carecen de eficacia preventiva especial, por lo que no reducen el número potencial de autores de la tentación de ejercer violencia machista. Esto se ha puesto de manifiesto también

⁷⁸⁷ En el caso de Chile: ¿el asesinato de un travesti por el hecho de ser tal, puede ser considerado un femicidio?, ¿puede haber femicidio íntimo hacia un homosexual? La respuesta, desde esta nueva ley, es no a ambos casos: al primero, porque no se entiende que el género pueda ser performatizado y que también pueda existir odio en contra de personas que no son mujeres; y el segundo, porque no existe en Chile matrimonio entre personas del mismo sexo aún, por tanto, imposibilidad de formar familia en esas condiciones. La crítica a la ausencia de una ley que se haga cargo de la violencia en las relaciones afectivas homosexuales o lésbicas, o que contemple la muerte de personas trans puede leerse en, RIED S., Nicolás. «Un delito propio... *op. cit.*, pp. 178-179.

⁷⁸⁸ Cfr. TOLEDO VÁSQUEZ, Patsilí. *Femicidio... op. cit.*, p. 215.

desde el movimiento de mujeres, que señalan que la ley ayuda a intalar en el imaginario la idea de que se ha resuelto un problema cuando en realidad no se ha atendido en su totalidad⁷⁸⁹. Y aun reconociendo que la introducción de este tipo de delitos, tiene una función simbólica y en cierta manera pedagógica, este argumento entendemos no goza de peso suficiente, ya que con los avances en investigación de política-criminal, sociología y psicología entre otras, en la actual sociedad, el Derecho Penal ha de reservarse solo a ser un instrumento de *ultima ratio*.

V. LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR EN LOS JUZGADOS DE FAMILIA

Junto con la Reforma Procesal Penal la implementación de los Tribunales de Familia es la segunda reforma que en materia de justicia se conjuga para la intervención en casos de violencia contra las mujeres en la esfera doméstica⁷⁹⁰. En la región de La Araucanía se crearon dos Tribunales de Familia, uno con sede en Angol y otro con sede en la capital de la Región Temuco.

La Ley 20.066 otorga competencias a los Tribunales de Familia, en el Párrafo segundo de la Ley, compuesto por 6 artículos que contienen la regulación de la violencia intrafamiliar que será del conocimiento de los Juzgados de Familia⁷⁹¹ (art. 6), y establece criterios para detectar situaciones de riesgo (art. 7). Se recogen las sanciones (art. 8) y medidas accesorias que se deberán imponer (art. 9), el desembolso de los perjuicios patrimoniales (art. 10) y el registro de sanciones y medidas accesorias (art. 11).

⁷⁸⁹ En este sentido S. Rojas, citada en, TOLEDO VÁSQUEZ, Patsili. *Femicidio... op. cit.*, p. 217.

⁷⁹⁰ La puesta en funcionamiento de los Tribunales de Familia (implementados mediante la Ley 19.968, de 30 de agosto de 2004) ha sido duramente criticada por la doctrina señalándose que desde su inicio se evidenció que el número de causas que estos tribunales recibieron hizo que los mismos entraran en colapso, del presupuesto destinado al proceso de reforma de la justicia, solo el 10% se destinó a la creación de los Tribunales de Familia, tribunales que sobrecargados tuvieron que hacer frente también a procedimientos lentos engorrosos y deficientes. Dificultades todas que fueron reconocidas por las autoridades, que en agosto de 2006 enviaron al Congreso Nacional un proyecto de ley destinado a modificar en lo procedimental y orgánico la Ley de Tribunales de Familia. En este sentido véase: TOLEDO VÁSQUEZ, Patsili. *Derecho a Vivir... op. cit.*

⁷⁹¹ Para conocer en profundidad el funcionamiento de la jurisdicción de los Tribunales de Familia en materia de violencia intrafamiliar, se recomienda ver PRIETO BRAVO, Marcela. *Violencia Intrafamiliar en contra de la mujer en Chile. Normativa, Instituciones y procedimiento en Sede Familia y Penal*. Editorial Metropolitana. Santiago de Chile, 2015, pp. 205-379.

1. La decisión del Tribunal de Familia de considerar el maltrato intrafamiliar como maltrato habitual o constitutivo de delito en contexto de violencia intrafamiliar

Los actos que serán de conocimiento de estos tribunales se identifican por ‘descarte’, estableciéndose en el artículo 6º, que serán de competencia de estos tribunales y se registrarán por el procedimiento de la Ley 19.968 de Tribunales de Familia —reglas generales, contenido de la demanda, denuncia, prueba y procedimiento deben seguirse por esta norma—, todos aquellos actos de violencia que no constituyan delito.

Esta regulación implica que previamente el Tribunal de Familia debe decidir si los hechos que son denunciados directamente mediante denuncia o demanda en el propio Tribunal, o las denuncias que remiten los cuerpos policiales, tanto Carabineros de Chile como la Policía de Investigaciones (PDI) son constitutivos de violencia intrafamiliar o pueden constituir algún delito en contexto de violencia intrafamiliar o el delito de maltrato habitual del artículo 14 de la Ley 20.066; por lo tanto, es tarea de los Tribunales de Familia es fiscalizar todas las denuncias de violencia intrafamiliar y cuando se hallen ante hechos constitutivos de delito de violencia en contexto intrafamiliar remitirlos al Ministerio Público para que sean investigados y posteriormente enjuiciados por el Juzgado de Garantía respectivo, y de ser necesario adoptar todas las medidas cautelares de protección que correspondan⁷⁹².

El plazo que el Tribunal tiene para tomar esta decisión es relativo, y ello porque el artículo 90 de la Ley 19.968 permite que en cualquier etapa del procedimiento, admisibilidad de la demanda, en la audiencia preparatoria o en la audiencia de juicio, se puedan remitir los antecedentes al Ministerio Público⁷⁹³, esto significa que si durante el procedimiento el juez o jueza de familia cambia de parecer respecto de la calificación de los hechos y considera que está ante el delito de malos tratos habituales o se descubren nuevos hechos constitutivos de delitos cometidos en contexto de violencia intrafamiliar, puede enviar la causa al Ministerio Público

⁷⁹² Cfr. PRIETO BRAVO, Marcela. *Violencia Intrafamiliar... op. cit.* pp. 210-211.

⁷⁹³ La obligación de remitir los hechos al Ministerio Público que se recoge en el artículo 90 de la Ley de Tribunales de Familia, fue introducida por la propia Ley de Violencia Intrafamiliar, en su artículo 22, donde el Legislador incluyó diversas modificaciones a diferentes cuerpos legales. En concreto en relación a la Ley de Tribunales de Familia, modificó los artículos 90 (obligación de remitir los hechos constitutivos de delito en contexto de violencia intrafamiliar al Ministerio Público; 92 (introduce medidas cautelares) y 94 (relativo al incumplimiento de medidas cautelares).

Así lo reconoce la ley y la jurisprudencia que confirma que en cualquier fase del procedimiento el juez o juez de familia puede derivar la causa al Ministerio Público y acordar medidas cautelares sin que para esta decisión sean necesario el señalamiento de una vista, donde el imputado pueda oponerse a la decisión del tribunal, en este sentido se ha manifestado el Tribunal Constitucional en su sentencia Rol 1248, de 4 de noviembre de 2008, y recientemente la Corte de Apelaciones de Concepción en el Recurso de Amparo, en la Causa n° 78/2018, Resolución n° 14 de 19 de abril de 2018.

La Ley 20.066 obliga a los Tribunales de Familia a calificar los hechos constitutivos de violencia intrafamiliar mediante lo que hemos calificado como criterio de descarte, de forma que lo que no es delito es ilícito civil. Esta poca precisión normativa genera una serie de problemáticas en la práctica, especialmente con relación a las situaciones de agresión, esto es, la determinación de la violencia física como ilícito civil de competencia de los Tribunales de Familia o como delito y competencia de los Juzgados de Garantía lo que obliga a su remisión al Ministerio Público⁷⁹⁴. Para tomar esta decisión el juez o jueza de familia debe tener claridad sobre la regulación de las lesiones, en especial de las lesiones producidas por lo que la doctrina ha calificado como ‘vías de hecho’ esto es, lesiones no habituales que no dejan marcas, y por lo tanto no se consideran por el código penal como lesiones constitutivas de delito de violencia intrafamiliar al no existir un menoscabo físico perceptible a través de los sentidos de terceras personas⁷⁹⁵. Y de las lesiones leves, para este último supuesto el legislador fue previsor al contener en el art. 494 N° 5 la regla de calificación para el tribunal señalando que nunca podrán ser calificadas como leves las lesiones cometidas en contra de las personas mencionadas en el artículo 5° de la Ley de Violencia Intrafamiliar. De forma que, siempre que exista una agresión física que ocasione algún tipo de lesión, usualmente constatable en un parte de lesiones expedido por un facultativo, los hechos deberán ser remitidos al Ministerio Público. Siendo, de competencia del Tribunal de Familia en la práctica la violencia física que no cause lesiones, la violencia psicológica y la violencia económica que no tengan carácter habitual, porque de existir habitualidad esta configuraría el delito de maltrato habitual, del artículo 14 de la Ley VIF, debiendo

⁷⁹⁴ Nombre que reciben en Chile los tribunales penales desde la Reforma Procesal Penal

⁷⁹⁵ Cfr. TOLEDO VÁSQUEZ, Patsili. *Derecho a Vivir... op. cit.*, p. 25.

declararse incompetente el Tribunal de Familia y derivar el caso al Ministerio Público⁷⁹⁶.

Si bien del tenor de las normas se desprende lo señalado tanto la doctrina y la jurisprudencia se han mostrado críticas respecto de sobre quién debe recaer la competencia cuando nos encontramos ante hechos de maltrato psicológico habitual.

Las juezas y jueces de familiar apelan a que la violencia psicológica habitual debe ser competencia del Ministerio Público y por tanto del conocimiento de los Juzgados de Garantía, y ello porque constituye un delito de maltrato habitual, al entender que la violencia psicológica es siempre habitual y ello porque las mujeres no denuncian la primera vez que son insultadas u ofendidas⁷⁹⁷, sino que cuando se deciden a denunciar ya existe un cúmulo de veces en que han sido humilladas. Por su parte la jurisprudencia ha dado la razón a este sector, y ha señalado que debe considerarse maltrato habitual, cuando nos encontramos ante maltrato psicológico que se alarga en el tiempo, en este sentido la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de la causa n° 1068/2014 (Civil), Resolución n° 87751, de 29 de enero de 2016, establece en su fundamento sexto que debe considerarse delito el maltrato psicológico los siguientes hechos:

“El número de denuncias acumuladas, que dan cuenta de patrones característicos de violencia intrafamiliar, consistente en insultos, descalificaciones, amenazas de no darle dinero para su mantención ni dejarla visitar a sus hijos, situación que se ha sostenido en el tiempo, antecedentes que apreciamos conforme a las reglas de la sana crítica, se estima que configuran habitualidad en el maltrato, considerando que el cónyuge que se encuentra en situación de mayor riesgo es la mujer y que el maltrato de larga data se incrementa en el tiempo”.

El Tribunal establece un nuevo criterio para diferenciar cuándo se está ante un delito, y es valorar si ese maltrato psicológico va en aumento generando o presentando mayor riesgo para la víctima.

Las juezas y jueces de familia también han señalado cómo en sus Tribunales existe la percepción de que el Ministerio Público tiene un bajo compromiso a la hora de

⁷⁹⁶Cfr. ZEREPA CASTRO, María Beatriz. «El tratamiento Jurídico de la violencia doméstica por los Tribunales de Familia, a la luz de la Ley 20.066 "Sobre violencia intrafamiliar".» *Revista de Derecho* (Universidad de Concepción) 80, n° 213-232 (en-dic 2012), p. 157.

⁷⁹⁷ Cfr. TOLEDO VÁSQUEZ, Patsili. *Derecho a Vivir... op. cit.*, p. 24.

perseguir los delitos de maltrato habitual llegando a un archivo provisional en el 70% de los casos, por ello, algunas juezas y jueces de familia a pesar de considerar que se encuentran ante un delito de maltrato habitual prefieren no declararse incompetentes y hacerse cargo del caso considerando que su actuación y la solución que el Tribunal de Familia puede aportar será mejor para la víctima⁷⁹⁸. Reflejo de las discrepancias entre Tribunales de Familia y Ministerio Público es la jurisprudencia relativa a conflictos competenciales, cuando los Tribunales de Familia remiten la causa al Ministerio Público, pero este considera que los hechos no pueden ser calificados de delito de maltrato habitual y quiere declararse incompetente ante la causa. Sobre este particular el Tribunal Constitucional se ha pronunciado, por ejemplo, en la sentencia número de Rol 1272, de 27 de noviembre de 2008, obligando al Ministerio Público a continuar con la investigación en la causa.

En conclusión, en la práctica esta situación tan compleja se resuelve mediante una suerte de acuerdo tácito por el que al juez o jueza del Tribunal de Familia le corresponde conocer de la violencia intrafamiliar esto es, violencia psicológica y/o violencia física que no causa lesiones ni sean habitual, y al Ministerio Público le corresponde la violencia física constitutiva de delito y la violencia psicológica habitual aunque no siempre se cumple esta regla, quedando esta fórmula muchas veces al criterio de cada juez o jueza del Tribunal de Familia⁷⁹⁹.

2. Medidas cautelares y de protección. Valoración del Factor riesgo

El acto de derivar una causa de violencia intrafamiliar debe realizarse con todas las precauciones, pues como bien señala MARÍA BEATRIZ ZEREPA CASTRO no puede correrse el riesgo de que el Tribunal de Familia no asuma el rol que el legislador le ha otorgado de entregar una respuesta inicial a los casos de violencia intrafamiliar, y dejar en situación de desprotección a una mujer⁸⁰⁰.

En el estudio realizado por ZEREPA CASTRO la autora concluye que con la Ley 20.066 los Tribunales de Familia cuando existe violencia física su principal rol es dictar

⁷⁹⁸ *Ibid.*, p. 25.

⁷⁹⁹ Cfr. TOLEDO VÁSQUEZ, Patsili. *Derecho a Vivir... op. cit.*, p. 24.

⁸⁰⁰ Cfr. ZEREPA CASTRO, María Beatriz. «El tratamiento Jurídico... op. cit.», p. 158.

medidas cautelares de protección y derivar la causa al Ministerio Público, cumpliendo así con el objetivo de la ley de dar protección a la víctima y evaluar los riesgos en los que se encuentre una persona afectada por violencia⁸⁰¹.

Como se ha señalado, el artículo 90 de la Ley 19.968 de Tribunales de Familia⁸⁰², permite en cualquier etapa del procedimiento: admisibilidad de la demanda, en la audiencia preparatoria o en la audiencia de juicio, se puedan remitir los antecedentes al Ministerio Público⁸⁰³ si el juez o jueza de familia durante este proceso llega al convencimiento de que la violencia es constitutiva de delito.

Las medidas cautelares o de protección son de gran importancia, porque desde el momento en que se interpone la denuncia y se celebra la audiencia preparatoria, la víctima se encuentra en una situación de vulnerabilidad más elevada por lo que existe mayor riesgo de que se produzcan nuevos episodios de violencia⁸⁰⁴. Las medidas cautelares se regulan en dos cuerpos normativos diferentes, en la Ley de Tribunales de Familia, (artículos 92, 93 y 94), donde se recogen, el tipo de medidas que pueden ser adoptadas, los trámites de información a la víctima y el incumplimiento de las medidas cautelares respectivamente, y en el artículo 7º de la Ley de Violencia Intrafamiliar, donde se definen las circunstancias que deben concurrir, esto es la situación de riesgo, para que en contexto de violencia intrafamiliar puedan ser adoptadas las medidas cautelares en protección de la víctima.

Continuando con la explicación del artículo 7º, para poder adoptarse alguna de las medidas que la ley contempla, debe en primer lugar detectarse el «factor criminógeno»,

⁸⁰¹ Ibid., p. 166, en este trabajo la autora estudia para el periodo 2005-2006 la toma de decisiones de los jueces/as de los Tribunales de Familia a la hora de acordar medidas cautelares, y la calificación de delito de los actos constitutivos de violencia. Si bien el estudio es relevante, los datos solo se circunscriben al la Ciudad de Concepción, y se refieren al primer año de implementación.

⁸⁰² Art. 90 Ley de Tribunales de Familia (Ley 19.968) “Remisión de antecedentes si el hecho denunciado reviste caracteres de delito. En caso que los hechos en que se fundamenta la denuncia o la demanda sean constitutivos de delito, el juez deberá enviar de inmediato los antecedentes al Ministerio Público.

Si de los antecedentes examinados en la audiencia preparatoria o en la del juicio aparece que el denunciado o demandado ha ejercido violencia en los términos establecidos en el artículo 14 de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar, el tribunal los remitirá al Ministerio Público.

Previo a remitir una causa al Ministerio Público, el juez de familia adoptará las medidas cautelares que correspondan, las que se mantendrán vigentes en tanto el fiscal no solicite su modificación o cese.

Si se plantea una contienda de competencia relacionada a un asunto de violencia intrafamiliar entre un juez de familia y el Ministerio Público o un juez de garantía, el juez de familia involucrado podrá adoptar las medidas cautelares que sean procedentes, las que se mantendrán vigentes hasta que la contienda de competencia sea resuelta”.

⁸⁰³ Ibid., p. 221.

⁸⁰⁴ Cfr. ZEREPASTRO, María Beatriz. «El tratamiento Jurídico... op. cit., p. 166.

que hace referencia a las conductas que se convierten en fuente de conflictos⁸⁰⁵. El artículo 7° se refiere a este factor criminógeno como «situación de riesgo inminente» producto de una intimidación de causar daño por parte del ofensor, o concurren las siguientes circunstancias: drogadicción, alcoholismo, una o más denuncias por violencia intrafamiliar, condena previa por violencia intrafamiliar, procesos pendientes o condenas previas por crimen o simple delitos contra las personas, si el denunciado tiene antecedentes psiquiátricos o psicológicos que denoten personalidad violenta, o si se opone de manera violenta a aceptar el término de una relación afectiva con la víctima. Si concurren estas circunstancias el Tribunal podrá adoptar medidas de protección o cautelares. Además, la ley señala al Tribunal que deberá cautelar especialmente a determinados tipos de víctimas: mujeres embarazadas, personas con alguna discapacidad o condición que la haga vulnerable, o si se trata de una persona adulto mayor poseedor de un título de inmueble que ocupa para residir, y pueda mediante violencia ser expulsado del mismo por alguno de los parientes señalados en el artículo 5°.

Una vez analizada la situación de riesgo en la que se encuentra la víctima deberán establecerse las medidas cautelares (artículo 92 Ley de Tribunales de Familia), cuyo objetivo es proteger a la víctima y al grupo familiar de la violencia física, psicológica, sexual y económica, y salvaguardar la integridad patrimonial. La Ley 20.066 no establece un número máximo de medidas que pueden ser adoptadas, ni tampoco limita el tipo de decisiones que puede adoptar el tribunal para cumplir con el objetivo de las medidas. El artículo 92 establece por tanto una lista de medidas que pueden ser adoptadas, pero no supone un *numerus clausus* respecto de las mismas. Las medidas que el tribunal puede acordar son: (1) Prohibir al ofensor acercarse a la víctima y/o restringir su presencia en el hogar común, estudios, trabajo, así como cualquier otro lugar donde la víctima concurra habitualmente; (2) Asegurar que se le entreguen todos los efectos personales a la víctima si es que esta decide no regresar al hogar común; (3) Fijar alimentos provisorios; (4) Determinar un régimen provisorio de cuidado personal de los niños, niñas o adolescentes y establecer la forma en que se mantendrá una relación directa y regular entre los progenitores y sus hijos e/o hijas; (5) Decretar la prohibición

⁸⁰⁵ Cfr. BARRERO ALBA, Raquel; CARTAGENA PASTOR, Juan Manuel, DONAT LAPORTA Emilio, y PERAMATO MARTÍN Teresa. *Manual sobre investigación para casos de violencia de pareja y femicidios en Chile*, en Juan Manuel CARTAGENA PASTOR, y María José TALADRIZ EGUILUZ (coords.). Santiago de Chile: Fiscalía Nacional. Ministerio Público de Chile y Agencia Española de Cooperación Internacional de Chile, 2012, p. 153.

de celebrar actos o contratos; (6) Prohibir el porte y tenencia de cualquier arma de fuego, municiones, cartuchos; (7) Decretar la reserva de la identidad del tercero; (8) Establecer medidas de protección para adultos mayores o personas afectadas por alguna incapacidad o discapacidad.

Las medidas cautelares podrán ampliarse, limitarse, modificarse, sustituirse o dejarse sin efecto, de oficio o a petición de parte en cualquier momento del juicio. La ley establece el tiempo máximo por el que estas medidas se pueden imponer, que no podrá exceder de los 180 días hábiles, y la posibilidad de renovar una única vez las medidas por igual plazo.

La adopción de las medidas cautelares debe informarse a la víctima por la vía y por los medios más expeditos posibles (art. 93 Ley. 19.968). Esta obligación cobra gran importancia en causas de violencia intrafamiliar, porque le permite conocer a la víctima o víctimas cuál es su situación de protección y las limitaciones que pueden implicar; por ejemplo, si el agresor tiene obligación de abandonar el hogar familiar, o tiene prohibido acercarse a ella.

El incumplimiento de las medidas cautelares se regula en el artículo 94 de la Ley de Tribunales de Familia y en el artículo 10 de la Ley de Violencia Intrafamiliar. El incumplimiento de estas medidas debe ser perfectamente informado a la víctima, para evitar en la medida de los posibles quebrantamientos en los que ella pueda de alguna forma estar implicada. Al respecto, debe conocer que si el agresor, aun contando con su consentimiento, realiza alguna de las acciones prohibidas por las medidas cautelares o accesorias, podrá ser detenido por la policía si es sorprendido en quebrantamiento flagrante conforme al artículo 10 de la Ley de Violencia Intrafamiliar. Establece el artículo 94 de la Ley de Tribunales de Familia que cuando se produce el incumplimiento de alguna de las medidas cautelares el juez o jueza de familia debe poner los hechos en conocimiento del Ministerio Público para los efectos de lo previsto en el inciso segundo del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil⁸⁰⁶. Establece también el mismo artículo, que la sanción por quebrantamiento es reclusión menor en su grado medio a

⁸⁰⁶ Artículo 240 del Código de Procedimiento Civil: *“Cumplida una resolución, el tribunal tendrá facultad para decretar las medidas tendientes a dejar sin efecto todo lo que se haga en contravención a lo ejecutado. El que quebrante lo ordenado cumplir será sancionado con reclusión menor en su grado medio a máximo.”*

máximo. Además, el artículo 94 permite imponer al infractor la medida de apremio de arresto por un tiempo máximo de 15 días (art. 10, Ley 20.066).

Respecto de la valoración del factor de riesgo y la imposición de medidas cautelares o accesorias, es necesario también establecer una mirada intercultural, pues los mismos funcionan o tienen importancia diferente en función de la cultura en la que estén operando. En este sentido en las comunidades y familias mapuches el alcohol y su consumo excesivo es el factor de transformación más negativo en el plano de las relaciones de familia, pareja y sistema filial⁸⁰⁷, y es considerado por las propias comunidades como un factor de asimilación del mapuche a la cultura *winka*⁸⁰⁸. El consumo de alcohol por tanto favorece la afectación de los bienes jurídicos protegidos por la Ley de Violencia Intrafamiliar, pero también la forma en que las bebidas alcohólicas son consumidas, especialmente el vino, se interpreta por las personas mapuche, como una forma de vida contraria a la propia cosmovisión mapuche⁸⁰⁹, afectando doblemente el equilibrio en la comunidad. Esta doble afectación debe ser tenida en cuenta también a la hora de valorar las medidas cautelares o sanciones que pueden adoptarse. En relación con los programas terapéuticos o de orientación familiar

⁸⁰⁷ Cfr. LLANQUILEO ROMERO, Cristina. *Protección de Derecho de la Infancia y Adolescencia Mapuche. Familia y cultura mapuche: aportes para un enfoque intercultural en los programas de infancia*. Santiago: Unicef y Gobierno de Chile, Ministerio de Planificación, 2011., p. 157.

⁸⁰⁸ La palabra mapuche *winka* hace referencia a una persona que no es de origen mapuche, tradicionalmente se ocupaba para referirse a las personas extranjeras, hoy es habitual referirse a las personas chilenas en general como *winkas*. En este sentido con la expresión cultura *winka* hacemos referencia a la cultura chilena.

⁸⁰⁹ La existencia de bebidas alcohólicas es anterior a la llegada de los conquistadores españoles al territorio mapuche, ejemplo de ello es el *muday* y la *chicha* —dos bebidas alcohólicas que se elaboran fermentando diferentes productos como cereal en el caso del *muday* y fruta especialmente manzana en el caso de la *chicha*— que son bebidas de origen prehispánico. Sin embargo, el consumo de bebidas alcohólicas en los mapuches y sobre todo aquellas de mayor graduación si están relacionadas con la llegada de nuevas culturas, que introdujeron bebidas alcohólicas de mayor graduación y afectaron las formas de vida tradicionales. Una de las consecuencias, de la llegada de nuevas bebidas alcohólicas fue una epidemia de alcoholismo presente todavía en algunas partes del territorio mapuche. La afectación del alcohol en la comunidad mapuche puede leerse en diferentes crónicas, por ejemplo, en 1931 Claude, Joseph, H. en su investigación en la Araucanía sobre la evolución de la pacificación señalaba que “se dice contra los araucanos que “son degenerados por el alcohol, ociosos y ladrones. Estas acusaciones son exageradas. Los araucanos se embriagan ocasional, pero no habitualmente. Con motivo de sus grades fiestas o cuando al pueblo beben con exceso. En este último caso personas mal intencionadas no faltan para hacerlos tomar con el propósito de robarles más fácilmente”. Ver en JOSEPH H., Claude. «La vivienda araucana.» *Anales de la Universidad de Chile*, n° 1 (1931): 29-48. En esta crónica el autor está retratando como tradicionalmente el alcohol para el pueblo mapuche se reservaba para consumir en ocasiones especiales, y un problema emergente en las comunidades mapuches pos-pacificación, que fue el alcoholismo. Es por esta razón que, en la actualidad, se asocia el alcohol con costumbres extranjeras, que llegaron con los conquistadores y con los colonos que se establecieron en las tierras mapuches. Sobre el origen prehispánico de las bebidas alcohólicas, el *muday* y la *chicha* puede leerse también Lacoste, Pablo, Filippo Pszczolkowski, Felix Briones, Paulette Aguilera, Fernando Mujica, y Aldo Garrido. «Historia de la *chicha* de la uva: un producto típico en Chile.» *Idesia* 33, n° 2, mayo 2015, p. 88.

es necesario señalar que en la actualidad el Estado no ofrece programas que se ajusten a la cosmovisión mapuche.

La identificación del alcohol como un elemento colonizador cada vez más tiene más peso en los sectores juveniles⁸¹⁰, y por tanto el consumo de alcohol de forma habitual o en grandes cantidades se ve como un elemento ajeno a la cultura mapuche, que reservaba el consumo de bebidas alcohólicas de baja graduación como el muday o la chicha para el festejo de rituales y celebraciones especiales y no con el consumo diario. Esto es especialmente relevante, porque muchas mujeres mapuche no se perciben como inferiores a los hombres cuando son violentadas, sino que responsabilizan de la situación de violencia al alcohol.

Otros factores que las mujeres y hombres mapuche señalan como desencadenantes de las agresiones físicas y verbales son los celos y el machismo⁸¹¹. Los agentes institucionales señalan la necesidad de incorporar nuevos enfoques. Esto es especialmente importante⁸¹², porque o se incluyen y comprenden los referentes valóricos en los que operan las familias mapuche, o los programas institucionales no van a funcionar, y serán percibidos como espacios de asimilación generando desconfianza de cara los mismos.

En relación con el establecimiento de las medidas cautelares, debe también tenerse en cuenta los valores familiares de las personas a las que se les está imponiendo, pues como se ha señalado las mismas afectan a víctima y agresor. En este sentido las familias mapuche tienen como uno de sus principales valores, el trabajo colectivo que se realiza entre todas las personas de la familia⁸¹³, por ello determinadas prohibiciones pueden vulnerar derechos colectivos como pueblo si son impuestas sin adoptar una perspectiva intercultural. Por ejemplo, a la hora de acordar este tipo de medidas, es especialmente

⁸¹⁰ La idea sobre el alcohol como un elemento colonizador es narrado por diversas personas del pueblo mapuche. En este sentido es interesante el testimonio de la Facilitadora Intercultural de la Defensoría Mapuche, que señala que discurso contra el alcohol es difícil de asumir, porque llegó un momento que adquirió un valor social dentro de la cultura. Si apreciabas a una persona, no se le sirve un litro de vino sino 5. Ahora cada vez más en las comunidades se adquiere consciencia, y hay *logkos* que prohíben el alcohol porque la gente se pierde y se confunde. En las ceremonias religiosas también está empezando a erradicarse el vino y la gente lo cumple da lo mismo que sea evangélico o católico o lo que sea. “Existe una consciencia sobre todo entre los más jóvenes, de que el alcohol es una bebida colonizadora y a partir de eso se plantea la prohibición en las ceremonias” en PAINEMAL MORALES, Millaray, y Andrea ALVAREZ DIAZ. *Caminando Juntas... op. cit.*, p. 32.

⁸¹¹ Ídem. P. 32

⁸¹² Cfr. LLANQUILEO ROMERO, Cristina. *Protección de Derecho... op. cit.*, pp. 157-158.

⁸¹³ *Ibid.*, p. 158.

importante que se tengan en cuenta los deseos de la víctima, pues ella y la familia pueden querer que el padre siga trabajando con la familia. En este caso, habrá que establecer si quieren que esto se haga cuando la familia está ahí reunida, o si deberá realizar este trabajo el agresor en solitario, estableciendo que la orden de alejamiento se ejecute con determinadas condiciones de días y lugares.

3. Contenido de la sentencia por maltrato constitutivo de violencia intrafamiliar: sanción, medidas accesorias y fijación de materias relativas a la filiación y otras cuestiones de orden familiar

Las sanciones que pueden imponerse al maltrato constitutivo de violencia intrafamiliar varían atendiendo a su gravedad; en el artículo 8° de la Ley 20.066 se establece la sanción de multa de media a quince unidades tributarias mensuales, a beneficio de un centro público regional de atención a víctimas de violencia, y en el artículo 9° se establecen las medidas accesorias que deberán acompañar a la sanción.

En la sentencia el juez o jueza debe pronunciarse respecto de tres cuestiones. Una de ellas es la cuantía de la multa, y asimismo el establecimiento de una o más medidas accesorias, de las cinco fijadas en el artículo 9 que son: obligación para el agresor del abandono del hogar que comparte con la víctima, prohibición de acercamiento de la víctima, prohibición de porte y tenencia y en su caso, comiso de armas de fuego, asistencia obligatoria a programas terapéuticos de orientación familiar, y obligación de presentarse ante el juez/a. Y, por último, en la sentencia definitiva el juez/a debe fijar *“los alimentos definitivos, el régimen de cuidado personal y de relación directa y regular de los hijos si los hubiera y cualquier otra cuestión familiar sometida a su conocimiento por las partes”* (art. 9 párr. 3°), y el desembolso y perjuicios patrimoniales, que el condenado debe pagar a la víctima (art. 11).

Este párrafo 3° del artículo 9 lo consideramos un punto crítico de la Ley, porque las materias a las que hace referencia —fijación de alimentos definitivos, régimen de cuidado personal, relación directa y regular con las hijas e hijos si los hubiere y cualquier otra cuestión de familia— están sujetas a procedimientos en los cuales se aplica la mediación, situación que choca frontalmente con el espíritu de la prohibición de los acuerdos reparatorios, que establece el artículo 19 de la Ley. Avanzamos

brevemente que esta prohibición de los acuerdos reparatorios se justifica en la incapacidad de las víctimas de tomar decisiones de forma autónoma como consecuencia de ser víctimas de violencia de género; si esto es así, debiera aplicarse la prohibición en todos los ámbitos, y no solo en la esfera penal⁸¹⁴.

4. El Registro especial de sanciones y medidas accesorias por violencia intrafamiliar. Inscripción y omisión de anotaciones

El artículo 12 regula el Registro de sanciones y medidas accesorias que al igual que establecía la Ley 19.325 estará a cargo del Servicio de Registro Civil e Identificación, donde se crea un Registro Especial de las personas que hayan sido condenadas, por sentencia ejecutoria, como autoras de violencia intrafamiliar, individualizándose al condenado, la sanción principal y las medidas de corrección y seguridad que son impuestas al condenado como accesorias a la pena aplicada. Establece el artículo, sin embargo, que no deberá inscribirse en el registro la asistencia obligatoria a programas terapéuticos o de orientación familiar.

El objetivo de este artículo era facilitar la labor del juez o jueza de protección de las víctimas, al configurar una herramienta de registro de condenas de violencia intrafamiliar de fácil acceso que permitiese acceder rápidamente a esta información para valorar la peligrosidad de la persona encausada por maltrato constitutivo de violencia intrafamiliar o delitos de maltrato habitual, a la hora de decidir las medidas de protección o cautelares más idóneas (art. 7º), dado que es obligatorio tener estos antecedentes en cuenta.

En cumplimiento del artículo 12, el Registro de Violencia Intrafamiliar contiene sentencias condenatorias o suspensiones condicionales dictadas por los Tribunales de Familia⁸¹⁵, y sentencias dictadas en materia penal por delitos cometidos en contexto de

⁸¹⁴ Al estudio en particular de la prohibición de los acuerdos reparatorios nos referiremos *infra*, epígrafe VII. LOS ACUERDOS REPARATORIOS EN CHILE. UNA VISIÓN CRÍTICA DE SU RECEPCIÓN, SU PROHIBICIÓN EN CONTEXTO DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR Y SU APLICACIÓN A PERSONAS DE IDENTIDAD MAPUCHE.

⁸¹⁵ Puede adoptarse la suspensión condicional de la dictación de la sentencia, cuando se cumplen los siguientes requisitos: el denunciado reconoce los hechos, existen antecedentes que permiten presumir que no ejecutará actos similares en el sucesivo, el agresor se compromete a cumplir las obligaciones específicas y determinadas respecto de sus relaciones de familia y el cumplimiento de las medidas cautelares, que deberán extenderse por un tiempo mínimo de 6 meses y máximo de dos años de acuerdo

violencia intrafamiliar. Existe la posibilidad de que el juez o jueza establezca la omisión de estos antecedentes, en los casos en los que se ha ordenado la suspensión condicional de la dictación de la sentencia⁸¹⁶ y transcurre el plazo establecido, habiéndose cumplido las condiciones fijadas en el art. 21 de la Ley 19.628, de 28 de agosto de 1999, Sobre Protección de la vida privada⁸¹⁷, que analizamos a continuación.

Para que el tribunal pueda acordar la omisión de la anotación deben cumplirse varios requisitos. El primero de ellos y de acuerdo con el artículo 98 de la ley de Tribunales de Familia, exige que el demandado o denunciado que está sujeto a la suspensión condicional de la dictación de la sentencia, debe acreditar que ha cumplido por el plazo de un año satisfactoriamente con las condiciones impuestas. En caso afirmativo el tribunal deberá dictar una resolución declarando tal circunstancia, ordenando el archivo de los antecedentes y disponiendo la omisión de la anotación existente en el Registro de Condenas de Violencia Intrafamiliar del Registro Civil. Y el segundo requisito es la solicitud por parte del interesado, que si bien como señala PRIETO BRAVO no se exige por la ley, pero en la práctica es el interesado quien debe elevar la solicitud al tribunal para que este la haga constar en el oficio⁸¹⁸.

Cuando se acuerda la omisión de la anotación, no aparecerá en los Certificados de Antecedentes Penales, pero sí se mantiene en el extracto de filiación y antecedentes, el cual no es de libre acceso al público, solo está disponible para instituciones como los tribunales de justicia, Carabineros y la Policía de Investigaciones, por lo que la omisión

con la víctima. Estos antecedentes deben hacerse constar en la resolución que motive la suspensión. Esta información está disponible en la web del SERVICIO DE REGISTRO CIVIL E INFORMACIÓN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS DEL GOBIERNO DE CHILE. *Registro de Violencia Intrafamiliar*, en línea <https://registrocivilwp.srci.cl/tramites/registro-de-violencia-intrafamiliar-certificado/> (consultado el 14 de febrero de 2018)

⁸¹⁶ La suspensión condicional de la dictación de la sentencia, se regula en el artículo 96 de la Ley 19.968, que señala que esta procede en el caso de que el denunciado o demandado reconozca ante el tribunal los hechos sobre los que versa la demanda o denuncia y si existen antecedentes que permiten presumir fundadamente que no ejecutará actos similares en el futuro, el juez o jueza podrá suspender condicionalmente la dictación de la sentencia siempre y cuando se cumplan algunas de las siguientes condiciones: (a) que se hayan establecido y aceptado por las partes obligaciones específicas y determinadas respecto de las relaciones de familia y aquellas de carácter reparatorio a satisfacción de la víctima; (b) que el demandado o denunciado haya adquirido de forma acordada con la víctima el compromiso de cumplir las medidas cautelares acordadas, por un lapso de tiempo no inferior a 6 meses ni tampoco superior a 1 año. Señala también el artículo la posibilidad de someter a mediación el conflicto siempre y cuando las partes después de ser evaluada la situación por un equipo técnico que avale que se encuentran en condiciones de mediar, establezcan su acuerdo en un acta de mediación. La resolución que apruebe la suspensión de la sentencia será inscrita en el registro especial que para estos procesos mantiene el Servicio de Registro Civil e Identificación, en los mismos términos que la sentencia.

⁸¹⁷ El texto de la ley puede consultarse en línea en, <http://bcn.cl/1uv2v>

⁸¹⁸ Cfr. PRIETO BRAVO, Marcela. *Violencia Intrafamiliar... op. cit.* p. 225.

de la anotación no opera de forma negativa con la valoración de la peligrosidad del agresor, al constar esta información para los tribunales tanto en el Registro de Violencia Intrafamiliar como en el Registro General de Condenas; además hay que tener en cuenta que no se pueden eliminar las anotaciones del Registro de Violencia Intrafamiliar⁸¹⁹, dado que la ley no prevé nada a este respecto. Sobre este particular se ha pronunciado la Corte de Apelaciones de Santiago⁸²⁰, donde el apelante solicitaba que fuesen eliminados del registro de filiación sus antecedentes por el delito de maltrato habitual, y ello porque de lo contrario se estarían incumpliendo los requisitos del Decreto Supremo N° 64 y Decreto Ley N° 409, el cual debe aplicarse como subsidiario, al no establecer la Ley 20.066 nada al respecto de la eliminación del registro y el artículo 19. N° 2 de la Constitución. La Corte de Apelaciones rechazó la solicitud, y consideró que no debía eliminarse el antecedente del Registro Civil.

En nuestra opinión el Registro especial se justifica desde la necesidad de generar un control de antecedentes en violencia intrafamiliar, y ello porque de no ser así, esta violencia no dejaría una huella en el expediente criminal del ofensor cuando no fuese constitutiva de delito. De forma crítica MARÍA ANGÉLICA JIMÉNEZ ALLENDES y PAULA MEDINA GONZÁLEZ se han posicionado en contra de este Registro de anotaciones especiales, al considerar que genera un estigma no solo sobre la persona condenada, sino también sobre toda su familia⁸²¹. Si bien no negamos que efectivamente la existencia del Registro pueda generar efectos negativos de estigmatización pensamos que la utilidad que ofrece este sistema de control compensa el nivel de estigmatización. Además, el sistema como se ha señalado proporciona las herramientas suficientes para poder eliminar dicha anotación en el Registro cuando se cumplan los requisitos.

⁸¹⁹ Cfr. SERVICIO DE REGISTRO CIVIL E INFORMACIÓN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS DEL GOBIERNO DE CHILE. *Registro de Violencia Intrafamiliar... op. cit.*

⁸²⁰ Véase: Corte de Apelaciones de Santiago, Rol de causa n° 13816/2016, sobre Recurso de Protección. Resolución n° 315079, de 8 de abril de 2016.

⁸²¹ Cfr. JIMÉNEZ ALLENDES, María Angélica, y Paula MEDINA GONZÁLEZ. «Nuevas formas de control penal... op. cit.», pp. 195-248.

VI. EL IMPACTO EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DE LA LEY DE INTRAFAMILIAR

La nueva concepción de la familia, en Derecho Penal, se ha traducido en la ampliación de las personas que pueden ser sujetos activos y pasivos de violencia intrafamiliar (artículo 5º). Esta ampliación para VAN WEEZEL significa “mucho más derecho penal”⁸²². Sostiene el autor que esta ampliación es la causa que puede servir para explicar el aumento de las detenciones por violencia intrafamiliar entre el año 2005 y 2006 del 205,7% y para el periodo 2006 y el 2007 de un 79,4%, cifras que revelan un incremento del uso del Derecho Penal respecto de la ley anterior⁸²³. Coincidimos con VAN WEEZEL al señalar que al ampliarse el número de supuestos que entran dentro de la categoría de violencia intrafamiliar, estos delitos tendrán una mayor presencia en las estadísticas. A la luz de los datos que aportan CASAS BECERRA y VARGAS PAVEZ, la cifra de ingresos de causas por violencia intrafamiliar no solo se incrementó en los Tribunales del Crimen, sino también en los Tribunales de Familia, en el año 2005 ingresaron 26.036 causas; en el año 2006 la cifra se incrementó hasta las 89.129 y en el año 2007, fueron 94.648, reduciéndose el número de ingresos en 2008 hasta 51.032. Pensamos que el incremento de las detenciones y casusas por violencia debe explicarse teniendo en cuenta también otros factores, como son el cambio de rol que están experimentando las mujeres y la familia en la sociedad, las campañas de sensibilización, y las reformas legales⁸²⁴, en especial la confianza que genera la Ley de 20.066 en los primeros años como vía para solucionar la violencia intrafamiliar. Y en último término, el incremento de las cifras también responde a una nueva forma de calificar los delitos, causas que antes ingresaban al sistema bajo lesiones, amenazas, violación de morada, delitos de daños y homicidios, ahora lo harán como causas VIF⁸²⁵; esto no significa más

⁸²² Cfr. VAN WEEZEL, Alex. «Lesiones y violencia... *op. cit.*, p. 224.

⁸²³ Lafuente de las cifras que Van Weezel recoge es la División de Seguridad Pública del Ministerio del Interior. Cfr. VAN WEEZEL, Alex. «Lesiones y violencia... *op. cit.* p. 224. Una de las problemáticas de las cifras sobre violencia intrafamiliar es que varían dependiendo de las fuentes, así lo señalan en su estudio CASAS BECERRA y VARGAS PAVEZ, según los datos de estas autoras se nota un incremento también en la frecuencia de ingresos de causas por violencia intrafamiliar en los Tribunales de Familia y ocn competencia en Familia, en el año 2005 fueron de 26.036; en el año 2006 la cifra se incrementó hasta las 89.129 y en el año 2007, fueron 94.648, reduciéndose el número de casuas en 2008 hasta las 51.032. Cfr. CASAS BECERRA, Lidia, y Macarena VARGAS PAVEZ. «La respuesta estatal a la violencia intrafamiliar.» *Revista de Derecho XXIV*, nº 1, julio 2011, p.138.

⁸²⁴ Cfr. JIMÉNEZ ALLENDES, María Angélica, y Paula MEDINA GONZÁLEZ. «Nuevas formas de control penal en los delitos de violencia ontra la pareja.» *Nova Criminis Visiones Criminológicas de la Justicia Penal*, nº 2, Junio 2011, pp. 216 y ss.

⁸²⁵ Cfr. CASAS BECERRA, Lidia, y Macarena VARGAS PAVEZ. «La respuesta estatal a la violencia... *op. cit.*, p.135.

Derecho Penal, puesto que los delitos ya existían, sino una nueva forma de procesar dichos delitos.

Antes de analizar los datos relativos a las causas tramitadas en los Tribunales de Familia en la Región de La Araucanía es necesario conocer cuál es su implantación en este territorio.

Con la entrada en vigor en 1994 de la Ley de Tribunales de Familia en la Región de La Araucanía, se crean dos nuevos Tribunales de Familia, uno por cada provincia que compone la Región. En la provincia de Cautín conformada por 21 comunas⁸²⁶, y donde se encuentra la capital Temuco se crea el Tribunal de Familia de Temuco, el cual según establece la Ley de Tribunales de Familia en su artículo 4º letra i) tendrá competencia sobre las comunas de Temuco, Vilcún, Melipeuco, Cunco, Freire y Padre Las casas. Y en la provincia de Malleco conformada por 11 comunas⁸²⁷, se crea el Tribunal de Familia de Angol, el cual tendrá competencia sobre las comunas de Angol y Renaico. En cada Tribunal de Familia existe un consejo técnico interdisciplinar cuyas funciones son asesorar individualmente o colectivamente a los jueces y juezas, asistir a las audiencias, evaluar la pertinencia de derivar a mediación las causas o aconsejar en relación a la conciliación entre las partes, asesorar en la evaluación del riesgo (función introducida por la ley 20.066)

Debido a la especial complejidad orográfica de la Región de La Araucanía, estamos ante una región en territorio no de las más grandes de Chile, pues su superficie abarca únicamente 21.858Km², sin embargo, es la que mayor extensión rural presenta y la quinta región más poblada de Chile, en consecuencia, para atender las necesidades de la población en materia de Tribunales de Familia, se hizo necesario que se permitiese la existencia de Juzgados de Letras con competencia de Familia, habilitándose a tal efecto los juzgados de Villarica, Pitrufoquén, Loncoche, Victoria, Lautaro, Nueva Imperial, Carahue, Collipulli, Purén, Triguén, Toltén, Pucón y Caracautín. Cada uno de ellos cuenta con un juez o jueza con competencias en materia de familia⁸²⁸ que actúan en

⁸²⁶ Comunas de la provincia de Cautín: Temuco, Carahue, Chol Chol, Cunco, Curarrehue, Freire, Galvarino, Gorbera, Lautaro, Loncoche, Melipeuco, Nueva Imperial, Padre Las Casas, Perquenco, Pitrufoquén, Pucón, Saavedra, Teodoro Schmidt, Toltén, Vilcún y Villarica

⁸²⁷ Comunas de la provincia de Malleco: Angol, Collipulli, Caracautín, Ercilla, Lonquima, Los Sauces, Lumaco, Purén, Renaico, Triguén, Victoria.

⁸²⁸ Datos recopilados en línea: <http://familia.minjusticia.gob.cl/media/2013/06/Juzgados-de-Familia.pdf> (consultados el 6 de junio de 2018)

materia de familia siguiendo el procedimiento establecido en la Ley de Tribunales de Familia.

Los Tribunales de Familia funcionan de manera unipersonal y junto con los Juzgados de Letra comunes y/o civiles ocupan el lugar más bajo en la estructura jerárquica del Poder Judicial.

Por lo tanto, en la Región de La Araucanía tenemos un total de 15 tribunales con competencia en materia de familia y por lo tanto que pueden recibir denuncias que junto con las presentadas en Carabineros y PDI serán de su competencia. En este punto la cuestión que queríamos resolver es ¿cuál es el número de denuncias de violencia intrafamiliar anual en la Región de La Araucanía? El objetivo es poner en cifras el problema de la violencia intrafamiliar.

Resolver este interrogante es relevante por dos motivos: nos permite comprobar que tipo de orden jurisdiccional resolvía más causas de violencia intrafamiliar, si los Tribunales de Familia o los Tribunales Penales. Y, en segundo lugar, el número de causas en la que los Tribunales de Familia se declaran incompetentes.

Para resolver el interrogante planteado se tomarán los datos que presente Carabineros de Chile en su cuenta pública⁸²⁹, las cifras de la Policía de Investigaciones facilitadas en sus respectivas cuentas públicas y las cifras del Poder Judicial de la República de Chile a través la herramienta web de estadísticas anuales. El período de tiempo objeto de análisis será del año 2014 al año 2017, porque entendemos que con el análisis de los cuatro últimos años es suficiente para realizar un diagnóstico actual sobre la aplicación de la Ley 20.066 en los Tribunales de Familia de la Región de La Araucanía.

⁸²⁹ Cuenta Pública de Carabineros de Chile año 2014, 2015, 2016y 2017 puede consultarse en línea en, <http://www.carabineros.cl/#> (consulta realizada el 6 de junio de 2018).

TABLA 1**NÚMERO DE DENUNCIAS EN LOS TRIBUNALES DE FAMILIA POR
VIOLENCIA INTRAFAMILIAR EN LA REGIÓN DE LA ARAUCANÍA***PERIODO 2014 – 2017**

TRIBUNAL	2014	2015	2016	2017	TOTAL
Tribunal de Familia Temuco	2.647	2.428	2.292	2.277	9.644
Tribunal de Familia de Angol	399	428	475	427	1.729
Juzgado de Letras y Garantía de Collipulli	189	161	197	160	707
Juzgado de Letras y Garantía de Curacautín	143	155	128	146	572
Juzgado de Letras de Victoria	232	177	209	163	781
Juzgado de Letras y Garantía de Traigüen	177	168	145	188	608
Juzgado de Letras y Garantía de Purén	130	129	236	109	604
Juzgado de Letras y Garantía de Lautaro	311	288	345	307	1.251
Juzgado de Letras de Garantía de Pucón	230	246	199	185	860
Juzgado de Letras de Villarica	370	361	332	282	1.345
Juzgado de Letras de Pitrufquen	353	322	317	256	1248
Juzgado de Letras de Loncoche	168	140	140	130	578
Juzgado de Letras y Garantía de Toltén	69	63	45	53	230
Juzgado de Letras y Garantía de Carahue	279	241	209	227	956
Juzgado de Letras y Garantía de Nueva Imperial	401	348	386	415	1550
TOTAL	6.098	5.655	5.655	5.325	22.663

- Tabla de elaboración propia con los datos del Poder Judicial de Chile.

TABLA 2**NÚMERO DE DENUNCIAS POR VIOLENCIA INTRAFAMILIAR EN LA
REGIÓN DE LA ARAUCANÍA****PERIODO 2014 – 2017**

AÑO	Carabineros	PDI	Total, denuncias en cuerpos policiales
2014	8.676	17	8.693
2015	8.073	21	8.094
2016	7.732	10	7.742
2017	7.798	- *	7.798
Total	32.279	40	32.327

Tabla de elaboración propia con los datos en línea de Carabineros de Chile en, <http://www.carabineros.cl/#> y Policía de Investigaciones en, <https://www.pdichile.cl/centro-de-prensa/cuentas-p-%C3%BAAblicas>

*Los datos de la PDI a la fecha de elaboración de esta tabla todavía no están disponibles

De los datos analizados en la Tabla 1 y en la Tabla 2 se puede concluir en primer lugar que la referencia para la interposición de denuncias por violencia intrafamiliar es Carabineros de Chile, recogándose en la Cuenta Pública un total de 32.279 denuncias por violencia intrafamiliar entre los años 2014 a 2017, mientras que la Policía de Investigaciones para el mismo periodo solo registra un total de 40 denuncias. La suma de todas las causas arroja que en los últimos 4 años en la Región de La Araucanía se han producido por violencia intrafamiliar un total de 32.327 denuncias.

La mayor prevalencia de denuncias en Carabineros de Chile frente a las que registra la Policía de Investigaciones se debe a que es la policía más antigua se funda el 27 de abril de 1927 y que cuenta con mayor red de oficinas en todo el país llegando a zonas rurales donde no existe la PDI⁸³⁰.

⁸³⁰ En la Región de La Araucanía existen 21 oficinas de Carabineros: Comisaría de Carabineros de Capitán Pastén; Segunda Comisaría de Fuerzas Especiales de Carabineros Pailahuque; Carabineros de Chile, 3° Comisaría de Traiguén; Tenencia de Carabineros de Traiguén, 1° Comisaría de Lautaro; Comisaría de Colchol; Subcomisaría de Carabineros de Carahue; 4° Comisaría de Nueva Imperial; 8ª Comisaría de Temuco; 2ª Comisaría de Temuco; 3° Comisaría de Padre Las Casas; Carabineros de Chile

El segundo dato que salta a la vista es que no coinciden el número de denuncias registradas por las policías con el número de causas que se ingresan en los Tribunales de Familia y Tribunales de Letras y Garantía, de forma que no podemos llegar a un dato preciso del número de causas que realmente se producen de violencia intrafamiliar por año en la Región.

Tampoco la actual forma de recoger los datos de las diferentes administraciones implicadas nos permite conocer cuál es el número exacto de causas que se tramitan en los Tribunales de Familia y cuál es el número exacto de causas que se tramitan en los Tribunales Penales, y ello porque la estadística del Poder Judicial de Chile en el caso de los tribunales con competencias mixtas, la causas se ingresa por materia «violencia intrafamiliar» siendo imposible en esta base de datos poder discernir bajo que jurisdicción se resolvió la causa. Para poder aproximarnos a la cifra de causas que se resuelven en cada jurisdicción se hace necesario por tanto analizar los datos del Ministerio Público.

TABLA 3

**CASOS CON PARTICIPACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO DE
VIOLENCIA INTRAFAMILIAR EN LA REGIÓN DE LA ARAUCANÍA**

PERIODO 2014 – 2017

AÑO	2014	2015	2016	2017	Total
	6.375	5.917	6.026	5.933	24.251

Tabla de elaboración propia. Datos del Ministerio Público en línea en, <http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/estadisticas/index.do?dl=0>

de Currehue; Carabineros de Chile de Licanray; Carabineros de Chile de Quitratue; Tenencia de Carabineros de Chile de Gobeá; Carabineros de Chile de Toltén; Carabineros de Chile de Teodoro Schmidt, Carabineros de Chile de Vicún, Tenencia de Carabineros de Freire, Carabineros de Temuco, avda. A. Pinto, Carabineros de Victoria. En relación a las oficinas con las que cuenta la Policía de Investigaciones en la Región solo existen una oficina en Lautaro y en Temuco. Este dato hay que tomarlo con precaución debido a que no se encontró una referencia del total de puesto de Carabineros en la Región y se elaboró tomando como base la información que existe en *Google Maps*.

Comparando para cada año las causas que se resuelven en Tribunales de Familia y los casos con participación del Ministerio Público se observa que las cifras son bastante parejas, con la salvedad de que en los tribunales con competencias comunes no podemos discernir, como ya se ha señalado, si nos encontramos ante hechos constitutivos de violencia intrafamiliar, o ante delitos de violencia intrafamiliar. Aun teniendo en cuenta esta limitación en el análisis de los datos, para el período 2014 a 2017 cabe concluir que ingresaron al sistema más delitos de violencia intrafamiliar (24.251 causas) que de violencia intrafamiliar no constitutiva de delito (22.663 causas aproximadamente).

VII. INTERCULTURALIDAD E INTERLEGALIDAD EN LA APLICACIÓN DE LA LEY 20.066: NUEVAS INSTITUCIONES JUDICIALES Y ESTRATEGIAS DE DEFENSA

1. La ruta intercultural para la resolución de la violencia intrafamiliar

En el contexto occidental se emplea el concepto de «método de la ruta crítica o el camino crítico» para denominar al algoritmo que se utiliza para el cálculo de tiempos y plazos para la planificación de proyectos. Este sistema nace en el año 1957 y tiene su origen en el Centro de Investigación de operaciones para las firmas Dupot y Remigton Rand de Estados Unidos, que buscaban optimizar los costos de los proyectos mediante la planificación y la programación de actividades⁸³¹.

Esta aplicación de criterios neoliberales de gestión se introdujo en la institucionalidad pública, y también alcanzó a las políticas de prevención, sanción y erradicación de la violencia contra la mujer. Dentro de esta área la «ruta crítica de las mujeres» ha sido abordada por la doctrina señalando que el concepto tiene una doble dimensión, por un lado, analiza el proceso que inician las mujeres víctimas desde el momento en que deciden romper el silencio. Esto es muy importante y aquí la doctrina difiere de cuándo empieza a contar ese momento; según MONTSERRAT SAGOT, la ruta crítica empieza en el momento en que la mujer víctima de violencia decide contarle a alguien fuera de su ámbito doméstico o familiar inmediato su situación como un primer

⁸³¹ Cfr. PRIETO BRAVO, Marcela. *Violencia Intrafamiliar... op.cit.*, p. 115.

intento de buscar soluciones, que no necesariamente implica que la mujer acuda a la institucionalidad⁸³². Una postura más conservadora y sin perspectiva intercultural, en nuestra opinión, la defiende MARCELA ANDREA PRIETO BRAVO, que sitúa el inicio del proceso en el momento en que la mujer decide “solicitar ayuda a instituciones políticas o administrativas socialmente establecidas de contención o denuncia”⁸³³. Y, por otro lado, el concepto de ruta intercultural permite analizar de forma crítica el comportamiento de las instituciones cuando reciben a las mujeres, su intervención y la comprensión que tienen del fenómeno de la violencia machista.

Desde una postura que busca el reconocimiento de la Justicia Indígena consideramos más acertada en el contexto cultural Chileno la propuesta que realizan MILLARAY PAINEMAL MORALES y ANDREA ÁLVAREZ DÍAZ, quienes proponen adoptar el concepto de «ruta intercultural para la resolución de la violencia intrafamiliar», para hablar del proceso particular que viven las mujeres mapuche, que además de enfrentarse a las trayectorias o procesos que enfrentan las mujeres en la sociedad occidental, deben recorrer otros senderos y caminos dentro del seno de su propia comunidad y de su institucionalidad propia.

Dentro de la ruta crítica la doctrina señala factores que funcionan como propulsores y otros como inhibidores, ya sean externos o internos, que influyen en el primer paso que dan las víctimas.

Los «factores impulsores internos» están asociados a procesos personales, sentimientos (enojo, desamor), representaciones sociales y razonamientos de las mujeres que las llevan a pensar que el agresor va a cambiar, que sus recursos personales se han agotado y la situación las ha sobrepasado. Hasta que llega el momento en que las mujeres deciden romper el silencio pueden pasar años. Durante este periodo de tiempo las mujeres desarrollan su estrategia de supervivencia, donde ellas toman decisiones como callar, mantenerse pasivas o tratar de no provocar.⁸³⁴

⁸³² Cfr. SAGOT, Monserrat. *La ruta crítica de las mujeres afectadas por la violencia intrafamiliar en América Latina. Estudio de caso en diez países*. Organización Panamericana de la Salud. Programa Mujer, Salud y Desarrollo, 2000, p. 89.

⁸³³ PRIETO BRAVO, Marcela Andrea. *Violencia Intrafamiliar... op. cit.*, p. 115.

⁸³⁴ Ver: SAGOT, Monserrat. *La ruta crítica de las mujeres afectadas por la violencia intrafamiliar en América Latina. Estudio de caso en diez países*. Organización Panamericana de la Salud. Programa Mujer, Salud y Desarrollo, 2000, p. 91; PRIETO BRAVO, Marcela Andrea. *Violencia Intrafamiliar... op. cit.*, p. 117.

Y los «factores propulsores externos» engloban las influencias que las mujeres reciben del exterior como pueden ser los apoyos, recursos materiales, información, existencia y calidad de los servicios, aumento de la violencia o efecto de la violencia en otras familias. Estos dos tipos de factores están directamente relacionados y se refuerzan mutuamente, de forma que los factores externos cuando funcionan correctamente producen cambios en los procesos internos de las mujeres, fortaleciendo su capacidad para hacer uso de los recursos externos.

Esta estrategia de supervivencia y las decisiones que la víctima toma para permanecer en esta relación están condicionadas por los «factores inhibidores», que son aquellos elementos que actúan negativamente sobre la decisión de iniciar o continuar una ruta crítica. También se clasifican en internos y externos. Dentro de los «factores inhibidores internos» se engloban los miedos, culpa vergüenza, también el amor por el agresor, la idea de que lo que sucede al interior de la familia es un tema privado, la manipulación del agresor y las dinámicas del ciclo de la violencia, y el desconocimiento de sus derechos y falta de formación. Y dentro de los factores inhibidores externos se encuentran las presiones familiares, las limitaciones materiales como la inseguridad económica, y la ineficacia institucional donde cabe señalar las actitudes negativas de las y los funcionarios públicos, inadecuadas respuestas institucionales a la violencia como puede ser la falta de enfoques culturales en los programas, la limitada cobertura de las organizaciones gubernamentales y no gubernamentales por ejemplo su casi ausencia en las comunas rurales, y los contextos sociales con historia de violencia, como puede ser la situación que se vive actualmente en la Araucanía como consecuencia del conflicto chileno-mapuche⁸³⁵.

Señalan MILLARAY PAINEMAL MORALES y ANDREAÁLVAREZ como factores que influyen en la ruta intercultural de la violencia hacia las mujeres mapuches:

a. Los espacios familiares y comunitarios ligados a la institucionalidad propia, tales como la justicia, la salud, la conversación con las y los ancianos, y los consejos de familiares en el *Az Mapu*.

b. Los espacios locales de organizaciones de mujeres mapuche y no/mapuche que pueden informar, orientar, y contener a la mujer violentada.

⁸³⁵ Ver más ampliamente en SAGOT, Monserrat. *La ruta crítica...op. cit.*, p. 99 y ss.; PRIETO BRAVO, Marcela Andrea. *Violencia Intrafamiliar... op. cit.*, p. 118.

c. Los espacios de la institucionalidad del Estado chileno, como salud, educación, justicia, policía y organismos ligados a los derechos de las mujeres⁸³⁶.

Debe tenerse en cuenta también cuáles son los factores precipitantes que llevan a una mujer a emprender acciones para superar la situación de violencia. Señala MONTSERRAT SAGOT que normalmente es un nuevo hecho de violencia el que desencadena el punto de saturación, que lleva a las mujeres a decir que ya no van a soportar más, pero pueden existir más factores: por ejemplo, que la violencia se produzca sobre una hija o hijo como abusos sexuales o agresiones, o un empoderamiento a través de consejos u apoyos que recibe la mujer⁸³⁷; estas circunstancias habrá que determinarlas en cada caso concreto.

Tener estos factores en cuenta es determinante para garantizar que la ruta crítica de las mujeres las revictimice lo mínimo posible, y estén preparadas para afrontar el momento de las tomas de decisiones, donde una de las más importantes que deberán adoptar en el caso de las mujeres indígenas es escoger el tipo de jurisdicción donde quieren que su causa se resuelva; si en la comunidad, o en los tribunales del estado (lo que implica una denuncia), o una mezcla de ambas jurisdicciones. Si las mujeres deciden acudir a la institucionalidad chilena, es imprescindible que esta actúe sin discriminación, aceptando su cultura, cosmovisión y su forma histórica de analizar y responder a la violencia que sufre. Esto es muy importante porque tradicionalmente, las mujeres indígenas señalan que las instancias de policías o judiciales ofrecen las peores respuestas para ellas cuando buscan ayuda.

⁸³⁶ PAINEMAL MORALES, Millaray, y Andrea ÁLVAREZ DÍAZ. *Caminando Juntas... op. cit.*, p. 29.

⁸³⁷ Cfr. SAGOT, Monserrat. *La ruta crítica...op. cit.*, pp. 103 y ss.

2. La nueva institucionalidad penal como factores de evolución en la aplicación de la Ley 20.066 en causas de violencia intrafamiliar en personas mapuche.

2.1. Introducción

La aplicación de la Ley 20.066 en la Araucanía no puede entenderse sin explicar el cambio que supuso en la Administración de Justicia la Reforma Procesal Penal (RPP) en el año 2000, la entrada en vigor del Convenio 169 de la OIT y la presión constante que desde el movimiento de reconocimiento a la jurisdicción propia del Pueblo Mapuche se realiza⁸³⁸. Estos tres factores marcaron la evolución en el tratamiento de las causas con personas imputadas mapuche y/o víctimas mapuche, desde una visión monocultural para paulatinamente ir introduciéndose cierto reconocimiento de la cultura mapuche en los tribunales de La Araucanía.

La Reforma Procesal Penal que entra en funcionamiento en el año 2000 fue diseñada desde una concepción jurídica monista del país⁸³⁹ y su objetivo principal fue la implementación de estándares y pactos internacionales de protección de determinados Derechos Humanos como: la transparencia en el proceso, la presunción de inocencia, el carácter contradictorio del procedimiento oral y público, y la introducción de nuevos agentes como fiscales y jueces y juezas de garantía. El impulso de esta modernización de la justicia se encuentra en el desarrollo de procedimientos congruentes con el sistema económico de libre mercado y la globalización, objetivos estratégicos para América Latina del Banco Interamericano de Desarrollo y del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, que bajo el discurso de la ‘Seguridad Ciudadana’ presionaron en las justicias latinoamericanas para que se reformaran⁸⁴⁰. Estas dos exigencias que marcan el

⁸³⁸ Uno de los hitos más importantes en este sentido es la Declaración del Parlamento Mapuche de Villarrica, de 7 de mayo de 2002, Derechos Fundamentales que tenemos como Pueblo, conocida como la Declaración de Villarrica, en la que se reivindica en exige el reconocimiento del sistema jurídico mapuche y de los órganos mapuches de aplicación de justicia. En línea http://www.archivochile.com/Pueblos_originarios/declara/POdeclara0009.pdf (consultado el 12 de marzo de 2018).

⁸³⁹ En este sentido entre otros: BERHO, Marcelo; Paulo CASTRO, y Fabien LE BONNIEC. «La pericia antropológica en la Araucanía de Chile. Entre Teorías y prácticas, 2003-2014.» *Revista Antropología del Sur* 3, n° 6, 2016, p. 108; LE BONNIEC, Fabien, y Pamela NAHUELCHEO QUEUPUCURA. «La mediación lingüístico-cultural... *op. cit.*;

⁸⁴⁰ Cfr. LE BONNIEC, Fabien. «Interrogantes en torno a la emergencia del peritaje antropológico en las cortes de justicia del sur de Chile.» *Ponencia elaborada y presentada en el marco del proyecto*

desarrollo llevan a la doctrina a hablar de doble alma de la Reforma Procesal Penal, una que busca la eficacia y otra que busca las garantías⁸⁴¹. La RPP empieza a implementarse mediante programas piloto en diciembre de 2000; una de las regiones seleccionadas para esta experiencia fue precisamente La Araucanía, esta implementación generó la creación de nuevas instituciones como la Defensoría Penal Pública y el Ministerio Público y la instauración de los Juzgados de Garantía y de los Tribunales de Juicio Oral en lo Penal en la región. Uno de los puntos conflictivos de la RPP es la relación entre personas de Pueblos Originarios y Derecho estatal; este choque cultural se traduce en la institucionalización de agentes y mecanismos jurídicos especializados como son la Defensoría Penal Pública Indígena, la Defensoría Penal Pública Mapuche, abogadas y abogados especialistas en temas indígenas, los peritajes antropológicos y la facilitación intercultural, que se incorporará primero en la Defensoría Penal y posteriormente en la Fiscalía⁸⁴², instituciones que entre otras abordaremos en el presente epígrafe.

Esta nueva institucionalidad toma un fuerte impulso a partir de la adhesión al Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo en el año 2008 y del movimiento indígena social de reconocimiento a la jurisdicción propia que el Pueblo Mapuche⁸⁴³. Se generan importantes cambios en el reconocimiento de derechos indígenas en el seno de los tribunales estatales que tiene una importante repercusión en el abordaje de las causas de violencia intrafamiliar, que permitirá construir nuevos enfoques jurídicos, impulsados normalmente por la defensa, y en concreto desde la Defensoría Penal Pública Mapuche, en los casos donde las partes son de origen mapuche. La principal estrategia que ha permitido el desarrollo y reconocimiento del

FONDECYT iniciación N° 11121578, "Justicia e interculturalidad: etnografía del campo jurídico en situaciones de relaciones interétnicas en la Araucanía, en el contexto de la reforma procesal penal. Temuco: Grupo de Investigación en Estudios Interétnicos e Interculturales. Universidad Católica de Temuco, 2014, p. 2 y CAMPOS en LE BONNIEC, Fabien. «¿Hay discriminación en los tribunales del sur de Chile? Razones para una etnografía del campo jurídico en La Araucanía.» En *Sociología del Derecho en Chile. Libro homenaje a Edmundo Fuenzalida*, editado por Salvador Millaleo, Juan Carlos Oyanedel, Daniel Palacios, & Hugo Rojas, 175-198. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Alberto Hurtado, 2014, p. 186.

⁸⁴¹ Jiménez, Santos y Medina en, LE BONNIEC, Fabien, y Pamela NAHUELCHEO QUEUPUCURA. «La mediación lingüístico-cultural...*op. cit.* p. 282.

⁸⁴² Cfr. LE BONNIEC, Fabien, y Pamela NAHUELCHEO QUEUPUCURA. «La mediación lingüístico-cultural...*op. cit.*, p. 282; Cfr. BERHO, Marcelo, Paulo CASTRO, y Fabien LE BONNIEC. «La pericia antropológica...*op. cit.*, p. 108.

⁸⁴³ Uno de los hitos más importantes en este sentido es la Declaración del Parlamento Mapuche de Villarrica, de 7 de mayo de 2002, Derechos Fundamentales que tenemos como Pueblo, conocida como la Declaración de Villarrica, en la que se reivindica y exige el reconocimiento del sistema jurídico mapuche y de los órganos mapuches de aplicación de justicia. En línea http://www.archivochile.com/Pueblos_originarios/declara/POdeclara0009.pdf (consultado el 12 de marzo de 2018).

derecho propio mapuche, es la solicitud de una salida alternativa al proceso judicial, vía acuerdos reparatorio, prohibidos por el artículo 19 de la Ley de Violencia Intrafamiliar, pero amparada jurídicamente en el Derecho Internacional, concretamente en el artículo 9 de Convenio 169 de la OIT, que establece la obligación de las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales de tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia, y su artículo 8, que obliga a respetar los métodos tradicionales de represión de los delitos de los Pueblos Originarios, en la medida en que estos sean compatibles con el sistema jurídico estatal y con los Derechos Humanos internacionalmente reconocidos. También el artículo 10 que señala que para la imposición de penas a personas indígenas debe tener en cuenta sus características económicas, sociales y culturales, debiendo evitarse la pena de encarcelamiento.

Si bien esta normativa internacional es aplicable en la actualidad en Chile, no ha existido un esfuerzo legislativo para incorporarla de forma sencilla y directa en la legislación interna ni tampoco se ha formado a operadores jurídicos en justicias indígenas en Chile. Esta situación genera que, en la práctica, si bien los agentes especializados en derecho llamados a tomar en cuenta esta nueva legalidad, muestran una posición proclive a la incorporación de la costumbre y elementos del *Az Mapu*, no tienen una actitud activa a excepción de la Defensoría Penal Pública Mapuche para que esto suceda en la práctica⁸⁴⁴.

En el caso del Ministerio Público, esta ausencia de iniciativa se justifica en que se trata de una institución jerárquica y no acepta las tesis de la Defensoría Penal Mapuche sobre la incorporación de elementos del *Az Mapu*. En el caso de los jueces VILLEGAS DÍAZ y MELLA-SEGUEL, señalan que los argumentos que acogen para justificar una posición pasiva en relación con la incorporación de la costumbre indígena, es similar a la del Ministerio Público, señalan que su función es hacerse cargo de los casos que son presentados por el Ministerio Público; y la Defensoría, siendo esta última sobre la que recae el peso de la incorporación de la costumbre indígena en el juicio⁸⁴⁵. En las posturas de ambos actores jurídicos se observa cómo asumen un rol secundario frente a la incorporación del *Az Mapu*, justificadas por una auto-comprensión de sí mismos como meros aplicadores de la ley chilena sancionada por el legislador.

⁸⁴⁴ Cfr. VILLEGAS DÍAZ, Myrna; MELLA-SEGUEL, Eduardo. *Cuando la costumbre... op. cit.*, pp. 131-132.

⁸⁴⁵ Idem.

Esta autolimitación apegada a un formalismo jurídico desde el que demanda modificaciones legales para actuar, tales como el establecimiento de límites respecto del tipo de casos que pueden ser de su conocimiento, delimitar las materias que pueden ser tratadas por la Justicia indígena y codificar la Justicia Indígena de forma similar al Derecho chileno para que pueda ser aplicado⁸⁴⁶, pone de manifiesto en primer lugar el desconocimiento de las características del *Az Mapu*, que funciona en base a unos principios generales, que pueden producir respuestas diferentes adaptándose a cada caso, lo que imposibilita que este pueda ser codificado al estilo chileno. Y, en segundo lugar, se percibe una postura de superioridad, al solicitar que sea el *Az Mapu* el que debe ser traducido y adaptado a su comprensión y no a la inversa; de esta posición también se deriva que soliciten ser ellos los que sigan conociendo de las controversias, desconociendo o minusvalorando la capacidad de solucionar controversias de forma satisfactoria en el seno de las comunidades. Y por último, se observa en la práctica una intrínseca e inconsciente posición ideológica que entiende la ley al estilo liberal decimonónico, lo cual dificulta que pueda avanzarse en una justicia desde la interculturalidad crítica que permita formas de interlegalidad, que si bien, necesita de reformas para un desarrollo más perfecto, estas no son obligatorias para avanzar en el reconocimiento del *Az Mapu*, porque los márgenes legales que pueden y en nuestra opinión deben ocupar todos los operadores jurídicos, en cumplimiento de la legalidad del Convenio 169 de la OIT, permiten cierta capacidad de maniobra, como veremos a continuación en el análisis de las diferentes instituciones existentes que integran en su quehacer la diferencia cultural del Pueblo Mapuche, en concreto se analizarán: la Defensoría Penal Pública Mapuche, los peritajes antropológicos, el rol de las y los facilitadores interculturales, el Centro de la Mujer Móvil de La Araucanía y el Módulo de atención e información del SERNAM.

2.2. La Defensoría Penal Pública Mapuche.

La Reforma Procesal Penal del año 2000 creó la Defensoría Penal Pública, cuyo papel es ostentar la representación legal de las personas imputadas por cualquier tipo de delito que no cuentan con representación legal privada.

⁸⁴⁶ Cfr. VILLEGAS DÍAZ, Myrna; MELLA-SEGUEL, Eduardo. *Cuando la costumbre... op. cit.*, pp. 132-134.

En la Araucanía la Defensoría Penal Pública fue criticada por carecer de una perspectiva intercultural en el contexto de la judicialización de las protestas mapuches en el proceso de la recuperación de tierras, lo que lleva a las organizaciones mapuches a ejercer presión para que se respetasen sus derechos culturales y lingüísticos. Estas reivindicaciones son el origen de la «Oficina de defensa mapuche» a fines de 2001⁸⁴⁷. La sede se situó en Temuco y partió con dos abogados/as defensores especializados/as, un/a facilitador/a intercultural y un/a asistente administrativa. Hasta el año 2003 no se creó oficialmente la Defensoría Penal Pública Mapuche (en adelante Defensoría Mapuche o DPM). En la actualidad existen un total de cinco oficinas de la DPM en diferentes regiones del sur del país haciéndose cargo de la defensa de aproximadamente 3000 personas mapuches⁸⁴⁸.

La Defensoría Penal Pública Mapuche es la encargada de realizar la estrategia de defensa y la defensa de personas imputadas de origen mapuche. Su creación responde a la necesidad de construir un análisis más acabado desde un punto de vista legal que permitiese hacerse cargo del sentimiento de discriminación y falta de comprensión cultural que expresaban las personas imputadas, judicatura, fiscalía y defensoría penal⁸⁴⁹. Esta defensoría cuenta con un equipo técnico donde se integran personas especialistas en Derecho para ejercer la defensa de las personas imputadas de origen mapuche y especialistas en intermediación cultural, denominadas facilitadoras o facilitadores culturales⁸⁵⁰.

Dentro del trabajo que se desarrolla en la Defensoría Penal Mapuche destacan los planteamientos pioneros de la abogada MARÍA DEL ROSARIO SALAMANCA HUENCHULLÁN⁸⁵¹ a partir de la entrada en vigor del Convenio 169 de la OIT. SALAMANCA HUENCHULLÁN sostiene con éxito en los Tribunales que los artículos 8, 9 y

⁸⁴⁷ Cfr. CAMPOS en LE BONNIEC, Fabien. «¿Hay discriminación en los tribunales del sur de Chile?... *op.cit.*, p. 178.

⁸⁴⁸ Cfr. LE BONNIEC, Fabien, y Pamela NAHUELCHEO QUEUPUCURA. «La mediación lingüístico-cultural... *op. cit.*, p. 283.

⁸⁴⁹ LE BONNIEC, Fabien. «¿Hay discriminación en los tribunales del sur de Chile?... *op. cit.* p. 178.

⁸⁵⁰ Ídem. «Interrogantes en torno a la emergencia del peritaje antropológico... *op. cit.* p. 3.

⁸⁵¹ María del Rosario Salamanca ingresa a la Defensoría Penal Pública en 2003, en 2011 es designada jefa de la Defensoría Penal Mapuche, donde ejerció sus labores hasta que salud se lo permitió. Falleció el 17 junio de 2014, a los 56 años. Su legado empieza a estudiarse en las Universidades, muestra de ellos es la Tesis realizada por Andrea Soledad Sánchez Sánchez, en la Universidad Católica de Temuco. Para una información más amplia ver SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Andrea Soledad. *Reconstruyendo el Legado de la Abogada María del Rosario Salamanca en la Defensoría Penal Mapuche. Tesis para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas*. Universidad Católica de Temuco: Profesor Guía Juan Jorge Faúndes Peñafiel, 2016.

10 de la OIT, obligan a los Tribunales a reconocer los métodos de justicia indígena para solucionar sus conflictos; por ello, en el seno de las causas de violencia intrafamiliar, debe darse prioridad al *Az Mapu*, como forma de justicia mapuche mediante la cual se logra el restablecimiento del equilibrio, toda vez que no hay una finalidad retributiva en las sanciones que se contemplan en él, y que por lo tanto se tiende a la negociación, cuyo símil en el ordenamiento jurídico estatal, serían los acuerdos reparatorios⁸⁵². Para poder sostener estas tesis, SALAMANCA HUENCHULLÁN acude a los peritajes antropológicos.

Este trabajo pionero de la Defensoría Penal Pública Mapuche se refuerza con un trabajo de investigación impulsado por la Defensoría Penal Pública junto con centros universitarios, para desarrollar modelos de defensa penal indígena sobre la experiencia de otros países latinoamericanos, explorar las posibilidades que permite el cuerpo normativo nacional e internacional para el desarrollo de un marco teórico donde encajen definiciones culturales y argumentos dogmáticos que permitan sostener jurídicamente ante los tribunales teorías del caso en contextos indígenas⁸⁵³.

2.3. Peritajes Antropológicos.

Los primeros peritajes antropológicos⁸⁵⁴ en casos penales en Chile se realizaron en el caso de Juana Catrilaf en 1953 y de María Luisa Namuncura en 1960, pero es gracias a la RPP y especialmente a la ratificación del Convenio 169 de la OIT en 2008 que esta herramienta pericial se hace más frecuente, presentando una tendencia irregular en su uso en los últimos años⁸⁵⁵.

En Chile a diferencia de Bolivia, Colombia o Perú no existe un catálogo de delitos que tienen un distinto disvalor para la población indígena, por lo que se hace necesario

⁸⁵² Cfr. Pamela Nahuelcho Quepucura, en SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Andrea Soledad. *Reconstruyendo el Legado... op. cit.*, p. 36.

⁸⁵³ Cfr. LE BONNIEC, Fabien, y Pamela NAHUELCHEO QUEUPUCURA. «La mediación lingüístico-cultural... *op. cit.* 284.

⁸⁵⁴ En nuestro entorno comparado el recurso del peritaje antropológico es común en diversos países, siendo Colombia el primero en recoger este saber en el proceso judicial. Seguidamente están Perú, México, Ecuador, Argentina, para más información véase BERHO, Marcelo, Paulo CASTRO, y Fabien LE BONNIEC. «La pericia antropológica... *op. cit.*, p. 110.

⁸⁵⁵ BERHO, Marcelo, Paulo CASTRO, y Fabien LE BONNIEC. «La pericia antropológica... *op. cit.*, pp. 108 y 116.

acreditar la existencia de la costumbre indígena en cada caso concreto para que esta pueda servir como antecedente para eximir o atenuar la responsabilidad penal. Es en este contexto que los peritajes antropológicos van ganando cada vez más peso en las causas con imputados o imputadas indígenas⁸⁵⁶.

Los peritajes antropológicos son una pericia que forma parte de los recursos de los que dispone la defensa penal de personas imputadas indígenas cuando la costumbre indígena resulta relevante en la teoría del caso⁸⁵⁷ “constituye un saber situado en la frontera entre la juridicidad positiva y las tradiciones indígenas”⁸⁵⁸, y sirven para allanar el camino con el fin de lograr el entendimiento intercultural. En el marco de un proceso penal es necesario considerar o descartar el contexto sociocultural de la persona que comete un delito en el momento de ser juzgada, para poder valorar si es aplicable y la forma de aplicación de una norma externa⁸⁵⁹. En este sentido, los peritajes antropológicos son utilizados para “atestiguar la identidad de una persona o grupo, la permanencia de ciertas prácticas o la trascendencia de lugares”⁸⁶⁰. El artículo 314 del CPP señala la procedencia del informe de peritos siempre que para apreciar algún hecho o circunstancia relevante para la causa fueren necesarios o convenientes conocimientos especiales de una ciencia, arte u oficio, y estipula que los peritajes deben ser imparciales y realizarse sobre los principios de la ciencia o reglas del arte u oficio que corresponda. En los peritajes antropológicos, las reglas que deben cumplirse son: la metodología (presentación, procedimiento, datos y conclusiones), la sintáctica (adecuación del lenguaje al lenguaje jurídico) y la imparcialidad⁸⁶¹.

Estos peritajes pueden ser realizados por una antropóloga o antropólogo de la CONADI o bien por una persona que ejerza la profesión de forma independiente. Y pueden solicitar el peritaje tanto la parte defensora (normalmente la DPP) como por el Ministerio Público, tanto en primera instancia (Juzgados de Familia, Juzgados de Garantía, Tribunales Orales en lo penal, etc.), como en las Cortes de Apelaciones

⁸⁵⁶ Cfr. ÁLVAREZ SAN MARTÍN, Roberto Anselmo. «El peritaje antropológico y la defensa penal de imputados indígenas en la Araucanía, 2004-2011.» *Cultura - Hombre - Sociedad* 24, n° 1, julio 2014, p. 81.

⁸⁵⁷ *Ibid.*, p. 83.

⁸⁵⁸ CASTRO Y VERGARA en LE BONNIEC, Fabien. «Interrogantes en torno a la emergencia del peritaje antropológico...*op. cit.* p. 7.

⁸⁵⁹ Cfr. BERHO, Marcelo; PAULO CASTRO y Fabien LE BONNIEC. «La pericia antropológica... *op. cit.*, p. 112.

⁸⁶⁰ LE BONNIEC, Fabien. «Interrogantes en torno a la emergencia del peritaje...*op. cit.* p. 2.

⁸⁶¹ *Ibid.*, p. 8.

incluida la Corte Suprema. La Defensoría Mapuche, es la principal consumidora de pericias antropológicas en materia penal; en concreto en *Wall Mapu* territorio histórico mapuche que recordemos comprende actualmente en Chile las regiones actuales del Bío Bío, de la Araucanía, de Los Ríos y de Los Lagos, se ha solicitado un total de cien informes entre los años 2006 y 2013⁸⁶².

Cuando la defensa solicita peritajes antropológicos, quiere construir una estrategia de defensa que permita desarrollar teorías del caso que incorporen dimensiones socioculturales en la construcción argumental⁸⁶³. Y en lo concreto los peritajes antropológicos pueden responder a diferentes objetivos: (1) acreditar una costumbre indígena; (2) configurar algún eximente o atenuante de responsabilidad penal, basado en el contexto sociocultural en el cual se produce el delito y se desenvuelve la persona acusada. Esta solicitud tiene su base en artículo 54 de la Ley Indígena 19.253 de 1993 que recordemos establece lo que puede hacerse valer en juicio la costumbre indígena entre personas de la misma etnia; sin embargo, no es hasta 2003 cuando empieza a solicitarse este beneficio para las personas mapuches, cuando ya está vigente la DPM⁸⁶⁴; (3) solicitar la revocación de medidas cautelares; (4) impedir el registro de ADN por razones culturales; (5) solicitar acuerdos reparatorios⁸⁶⁵; (6) contextualización del entorno socio cultural; (7) y avalar la teoría del caso, entre otros. Debe tenerse precaución porque existe el riesgo de que en la elaboración de la pericia se adhiera sin querer un uso colonial del Derecho⁸⁶⁶.

Es necesario tener presente según establece el artículo 54 de la Ley Indígena y la interpretación de la Corte de Temuco, ROL N° 99-2009, de 25 de febrero de 2009, que la costumbre indígena debe acreditarse para cada caso concreto; esto significa que no puede alegarse costumbre indígena en el marco de un procedimiento, sin que esta se acredite. Para hacer valer la costumbre en el seno de un procedimiento pueden emplearse diferentes medios, como, por ejemplo, la presentación de testimonios; sin embargo, el más idóneo para LILLO VERA es la realización de un peritaje antropológico, el cual puede ser completado con antecedentes adicionales como testificales u otras

⁸⁶² *Ibid.*, p. 3.

⁸⁶³ BERHO, Marcelo; Paulo CASTRO y Fabien LE BONNIEC. «La pericia antropológica... *op. cit.*, p. 109.

⁸⁶⁴ Cfr. BERHO, Marcelo; Paulo CASTRO y Fabien LE BONNIEC. «La pericia antropológica... *op. cit.*, p. 112.

⁸⁶⁵ LE BONNIEC, Fabien. «Interrogantes en torno a la emergencia del peritaje... *op. cit.* pp. 3-4.

⁸⁶⁶ Cfr. BERHO, Marcelo; Paulo CASTRO y Fabien LE BONNIEC. «La pericia antropológica... *op. cit.*, p. 114.

pruebas que ayuden a conformar la idea en el tribunal de la vigencia de la costumbre en ese contexto determinado. Costumbre que puede ser puesta en duda por la parte contraria ejerciendo su derecho a la igualdad de armas, pero no debe ser desacreditada únicamente por el testimonio de la víctima que lógicamente mantendrá un relato interesado⁸⁶⁷. Y el artículo 54 de la Ley Indígena tampoco permite el agravamiento de la responsabilidad penal con base al derecho consuetudinario

El rol de la persona que realiza el peritaje, señalan BERHO, CASTRO y LE BONNIEC es complejo. Deben facilitar la comprensión y explicar la lógica de las acciones humanas y situarlas en coordenadas socioculturales y temporo-espaciales de ocurrencia de las mismas. Brindar evidencias y enfoques teóricos para la argumentación y la formación del convencimiento del tribunal en relación con hechos que ignora porque forman parte de un universo sociocultural ajeno, esto es, traducir de una cultura para otra. Y en este proceso deben hacer ver que la cultura occidental es tan exótica como cualquier otra de las que clasifican como indígenas⁸⁶⁸.

El punto crítico de los acuerdos reparatorios es que están prohibidos en causas de violencia intrafamiliar, pues la Ley 20.066 en su artículo 19 excluye expresamente su aplicación. Sin embargo, como ya se ha expuesto⁸⁶⁹, a partir del trabajo de la DPP y en especial de la Defensoría Penal Mapuche, desde el año 2010 tanto los Juzgados de Garantía de la Región de la Araucanía como la Corte de Apelaciones declararon procedentes estos acuerdos cuando se trataba de imputados mapuche sobre la base del Convenio 169 de la OIT. Para los Juzgados de Garantía fue suficiente, que víctima e imputado tuviesen apellido indígena⁸⁷⁰ para permitir que las partes llegasen a un

867 Cfr. Lillo Vera, Rodrigo. «El Convenio 169... op. cit., pp. 12, 14 y ÁLVAREZ SAN MARTIN, Roberto Anselmo. «El peritaje antropológico... op. cit., p. 90.

868 Cfr. BERHO, Marcelo; Paulo CASTRO, y Fabien LE BONNIEC. «La pericia antropológica... op. cit., p. 112.

⁸⁶⁹ Véase infra el epígrafe: VII. LOS ACUERDOS REPARATORIOS EN CHILE. UNA VISIÓN CRÍTICA DE SU RECEPCIÓN, SU PROHIBICIÓN EN CONTEXTO DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR Y SU APLICACIÓN A PERSONAS DE IDENTIDAD MAPUCHE

⁸⁷⁰ Así por ejemplo, en causa Rit 196-2015 del Juzgado de Garantía de Nueva Imperial por el delito de amenazas en contexto de violencia intrafamiliar, por resolución de fecha 25 de agosto de 2015 el tribunal aprobó el acuerdo reparatorio entre imputado y víctima señalando que “en tercer lugar, el tribunal verifica que tanto don Salvador Cayupán Quilaqueo y don Cesar Leviman Cayupan, tienen apellidos conocidamente mapuches, de acuerdo al art. 2do. de la ley 19.253 Ley indígena y desde ese punto de vista, el Tribunal estima que es plenamente aplicable al caso de marras, la Convención [sic] 169 por lo que frente a estas dos disposiciones y estimando que se debe dar solución a este conflicto de una manera que permita la sana convivencia de la familia es que va aprobar este acuerdo reparatorio, consistente en que don Salvador Cayupan Quilaqueo, tiene prohibición de acercarse a don César Leviman Cayupan, a su domicilio, lugar de trabajo, lugar que visite o frecuente por un radio de 50 metros a la redonda, por un año.”

acuerdo reparatorio. Este criterio fue asentado y aplicado sistemáticamente en la Corte de Apelaciones de Temuco a lo largo del año 2012⁸⁷¹. Y como consecuencia del *amicus curiae* del Instituto Nacional de Derechos Humanos manifestando su opinión contraria a la aplicación de los mismos para estos casos⁸⁷², se volvió más vacilante, así, pueden verse en los años posteriores, fallos de la Corte de Apelaciones de Temuco en ambos sentidos⁸⁷³.

Para la procedencia de los acuerdos reparatorios, es necesario que vía peritaje antropológico se acredite, para el caso concreto, la existencia de la costumbre indígena⁸⁷⁴, lo que no necesariamente ocurre para los casos en los que se acepta por el tribunal que las partes arriben a un acuerdo reparatorio, cosa que normalmente ocurre en los inicios del proceso luego de que la persona imputada ha sido formalizada. En estos casos era muchas veces suficiente para él o la juez/a de garantía, que víctima e imputado tuviesen apellido indígena⁸⁷⁵. No obstante, lo anterior, también puede constatarse que en ocasiones los tribunales superiores han revocado estas decisiones de los Juzgados de Garantía cuando, entre otras cosas, no se ha acreditado la existencia de la costumbre indígena⁸⁷⁶.

⁸⁷¹ La Corte de Apelaciones de Temuco falló durante el año 2012 sistemáticamente en favor de reconocer la validez de estos acuerdos reparatorios señalando lo siguiente:

Que, en este sentido, 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, Cfr. PALMA AYALA, Rosario, y RENATA SANDRINI Carreño. «Mujer mapuche... *op. cit.*, p. 152, razón por la cual consideramos que resulta plenamente aplicable el Convenio 169 ya referido por sobre la Ley 20.0668

⁸⁷² *Ibid.*, p. 160

⁸⁷³ Ver sentencias de la Corte de Apelaciones de Temuco, causa Rol 967-2015 de 21 de septiembre de 2015 (fallo con voto de minoría); causa Rol 1104-2015 de 19 de octubre de 2015; causa Rol 934-2015 de 16 de noviembre de 2015. Las dos primeras revocan la decisión del Juzgado de Garantía de hacer aplicable el acuerdo reparatorio, la última confirma.

⁸⁷⁴ LE BONNIEC, Fabien. «Interrogantes en torno a la emergencia del peritaje...*op. cit.*, p. 4.

⁸⁷⁵ Así por ejemplo, en causa Rit 196-2015 del Juzgado de Garantía de Nueva Imperial por el delito de amenazas en contexto de violencia intrafamiliar, por resolución de fecha 25 de agosto de 2015 el tribunal aprobó el acuerdo reparatorio entre imputado y víctima señalando que “en tercer lugar, el tribunal verifica que tanto don Salvador Cayupán Quilaqueo y don Cesar Leviman Cayupan, tienen apellidos conocidamente mapuches, de acuerdo al art. 2do. de la ley 19.253 Ley indígena y desde ese punto de vista, el Tribunal estima que es plenamente aplicable al caso de marras, la Convención [sic] 169 por lo que frente a estas dos disposiciones y estimando que se debe dar solución a este conflicto de una manera que permita la sana convivencia de la familia es que va aprobar este acuerdo reparatorio, consistente en que don Salvador Cayupan Quilaqueo, tiene prohibición de acercarse a don César Leviman Cayupan, a su domicilio, lugar de trabajo, lugar que visite o frecuente por un radio de 50 metros a la redonda, por un año.”

⁸⁷⁶ La Corte de Apelaciones de Temuco, revisando una apelación interpuesta por el Ministerio Público contra el acuerdo reparatorio dispuesto por el Juzgado de Garantía de Nueva Imperial en causa Rit 830-2015 por el delito de amenazas en contexto de violencia intrafamiliar estimó:

La ausencia de prueba que verificase la existencia concreta de dicha costumbre indígena⁸⁷⁷, como puede ser el peritaje antropológico, fue una de las principales críticas que se sostuvieron contra los acuerdos reparatorios, y que además sirvió de base en las apelaciones del Ministerio Público contra las resoluciones de acuerdos reparatorios de los Juzgados de Garantía. Precisamente este será uno de los argumentos que modifique el criterio de la Corte de Apelaciones, sentando precedentes jurisprudenciales que exigen que la costumbre se acredite en el caso concreto⁸⁷⁸.

Cabe señalar que en contextos de delitos de violencia intrafamiliar ni el Ministerio Público ni el Servicio Nacional de la Mujer (que puede ostentar la representación de las mujeres mayores de edad si ellas así lo desean), han solicitado la realización de peritajes antropológicos⁸⁷⁹.

En el estudio realizado por BERHO, CASTRO y LE BONNIEC, señalan que en relación con los peritajes antropológicos que se realizaron en la Araucanía entre los años 2003 a 2013, donde estudiaron un total de 44 casos, son las causas de violencia intrafamiliar donde más se demandan estos peritajes, lo que representa el 40% esto es, 18 casos, donde los delitos predominantes fueron el maltrato habitual, el abuso sexual, la violación entre parientes y en menor medida el infanticidio, el parricidio y el femicidio. Sostienen los autores, que con una perspectiva sociocultural de estas causas puede demostrarse que no hubo delito, o que este se realizó motivado por ciertos contextos

5. Que el respeto a las costumbres de los pueblos indígenas no puede pasar aquel límite que significa el respeto a las personas, cualquiera sea su etnia, sexo, edad o condición y, a mayor abundamiento, no basta alegar, sin más, la existencia de la costumbre si no que el interviniente que pretende valerse de tal elemento para afincar su pretensión debe, necesariamente, acreditar ante el órgano jurisdiccional la existencia de esa costumbre, cuestión que en los autos no ha sucedido (Rol 1104-2015 Corte de Apelaciones de Temuco).

⁸⁷⁷LE BONNIEC, Fabien. «Interrogantes en torno a la emergencia del peritaje...*op. cit.*, p. 4.

⁸⁷⁸La Corte de Apelaciones de Temuco, revisando una apelación interpuesta por el Ministerio Público contra el acuerdo reparatorio dispuesto por el Juzgado de Garantía de Nueva Imperial en causa Rit 830-2015 por el delito de amenazas en contexto de violencia intrafamiliar estimó:

“5. Que el respeto a las costumbres de los pueblos indígenas no puede pasar aquel límite que significa el respeto a las personas, cualquiera sea su etnia, sexo, edad o condición y, a mayor abundamiento, no basta alegar, sin más, la existencia de la costumbre si no que el interviniente que pretende valerse de tal elemento para afincar su pretensión debe, necesariamente, acreditar ante el órgano jurisdiccional la existencia de esa costumbre, cuestión que en los autos no ha sucedido (Rol 1104-2015 Corte de Apelaciones de Temuco)”.

⁸⁷⁹LE BONNIEC, Fabien. «Interrogantes en torno a la emergencia del peritaje... *op. cit.*, p. 4.

culturales, o que, dentro de la Justicia Indígena, ciertos delitos pueden ser tratados, de forma que pueden evitarse las penas de cárcel cuando la situación lo permite⁸⁸⁰.

Es importante tomar en cuenta, como señala FABIEN LE BONNIEC, que los peritajes antropológicos pueden ser solicitados por las partes para construir su teoría del caso, o para oponerse a esta⁸⁸¹. Como señala el artículo 315 CPP, la persona encargada del peritaje debe concurrir a declarar ante el tribunal acerca de su informe, donde deberá exponer su trabajo y sus conclusiones, para luego responder las preguntas que puedan formularle las partes o el tribunal. También debe entregar una copia escrita de su informe. En esta línea sostiene LILLO VERA, que la utilización de peritajes antropológicos para la Defensoría Penal Indígena debe suponer la elaboración de una estrategia de defensa con enfoque interdisciplinario. En este enfoque, el cómo incorporar las pericias es muy relevante para obtener una recepción positiva por parte del tribunal⁸⁸², pues cuando el peritaje antropológico es usado junto con otros medios de prueba enfocados también en la comprensión de los asuntos humanos –como la psiquiatría, el trabajo social y la psicología–, puede “producir efectos contraproducentes desde el punto de vista de la argumentación y la valoración jurídica de las pruebas”⁸⁸³.

En la actualidad, los peritajes antropológicos no pueden ser rechazados como prueba ante el tribunal, pero estos pueden no ser valorados a la hora de tomar una decisión, pero no por su contenido, sino por su propio peso probatorio⁸⁸⁴. En este sentido LE BONNIEC señala que esta pericial, todavía no goza de la total confianza de los agentes especializados jurídicos; eso explica, que de un total de 2.188 causas con imputados/as indígenas únicamente se solicitase peritaje antropológico en cien ocasiones. El principal motivo que se indica respecto de la falta de confianza o peso respecto de esta labor pericial, en comparación con el uso de pericias en psicología u otras ciencias, es que no se considera la antropología una ciencia exacta y en consecuencia no se le otorga el mismo estatus científico asignado a otras ciencias; para LE BONNIEC, esto supone un desprecio a la rigurosidad de las metodologías y las

⁸⁸⁰ Cfr. BERHO, Marcelo; Paulo CASTRO, y Fabien LE BONNIEC. «La pericia antropológica... *op. cit.*, p. 117. Los datos detallados de los delitos/motivos de los peritajes antropológicos entre los años 2004 a 2011 pueden leerse en Cfr. ÁLVAREZ SAN MARTÍN, Roberto Anselmo. «El peritaje antropológico... *op. cit.*, 91-92.

⁸⁸¹ LE BONNIEC, Fabien. «Interrogantes en torno a la emergencia del peritaje... *op. cit.*, p. 5.

⁸⁸² Cfr. LILLO VERA, Rodrigo. «El Convenio 169... *op. cit.*, p. 12.

⁸⁸³ Cfr. BERHO, Marcelo; Paulo CASTRO, y Fabien LE BONNIEC. «La pericia antropológica... *op. cit.*, p. 124.

⁸⁸⁴ Cfr. LILLO VERA, Rodrigo. «El Convenio 169... *op. cit.*, p. 12.

creencias y subjetividades de las propias culturas indígenas⁸⁸⁵. Esta falta de confianza de los tribunales en las pericias antropológicas se traduce en la práctica en que no se obtienen de las mismas, los resultados deseados en la sentencia, este hecho, junto con una tradición monista de los tribunales, la escasez de profesionales, lleva a que la pericia antropológica sea subutilizada en la práctica⁸⁸⁶.

Sostiene la doctrina que el uso de los peritajes antropológicos tiene un efecto positivo sobre la cultura jurídica chilena, porque influencia, contamina e infiltra el pluralismo jurídico en las tradiciones jurídicas europeas y el dogmatismo jurídico⁸⁸⁷. Y permite cuestionar el saber hegemónico y superar fracturas ancladas en el colonialismo y el monismo de los Estados unitarios y de aquellos que asumiéndose como pluralistas aún están presos de estructuras colonialistas⁸⁸⁸. En concreto en La Araucanía, BERHO, CASTRO y LE BONNIEC, sostienen que los peritajes antropológicos además de los efectos positivos antes mencionados y de acreditar la vigencia de costumbres han servido también para reconstruir contextos socioculturales y familiares de vida, demostrar afectación sociocultural al interior de grupos locales, ilustrar fenómenos socioculturales emergentes, acreditar identidad y/o pertenencia étnica-cultural y esclarecer significados de objetos, prácticas, roles e instituciones sociales diversas, tanto de personas indígenas como no indígenas⁸⁸⁹.

2.4. El oficio de facilitadora o facilitador intercultural.

Durante la vigencia del Código de Procedimiento Penal antiguo, las personas hablantes de mapudungun carecían de una protección idónea ante los tribunales, pues solo se contemplaba la intervención de intérprete cuando la persona imputada, víctima o testigo era extranjera. Para el caso de hablantes de mapudungun se recurría a secretario/a de tribunales o familiares de la víctima o persona procesada, para cumplir

⁸⁸⁵ Cfr. LE BONNIEC, Fabien. «Interrogantes en torno a la emergencia del peritaje antropológico...*op. cit.*, p. 6. La misma explicación a la falta de confianza en la antropología jurídica puede verse en BERHO, Marcelo; Paulo CASTRO, y Fabien LE BONNIEC. «La pericia antropológica... *op. cit.*, p. 115.

⁸⁸⁶ Cfr. ÁLVAREZ SAN MARTÍN, Roberto Anselmo. «El peritaje antropológico... *op. cit.*, 97.

⁸⁸⁷ Cfr. LE BONNIEC, Fabien. «Interrogantes en torno a la emergencia del peritaje antropológico... *op. cit.*, p. 7.

⁸⁸⁸ Cfr. BERHO, Marcelo; Paulo CASTRO, y Fabien LE BONNIEC. «La pericia antropológica... *op. cit.*, p. 113.

⁸⁸⁹ *Ibíd.*, p. 114.

esta función⁸⁹⁰. Esta situación empieza a revertirse en 1993 cuando se promulga la Ley Indígena, que contempla en el artículo 54 el derecho de las personas indígenas a estar asistidas por un servicio de traducción que debe ser idóneo y facilitado por la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, en las fases del procedimiento que deben estar presentes, previa solicitud al juez o jueza encargada del conocimiento de la causa; se prescribe en el artículo 38 además, el reconocimiento, el respeto y la protección de las culturas y los idiomas indígenas, incluyendo su uso y su conservación. Este derecho también aparece consagrado en el artículo 291 del CPP, donde se establece el derecho de las personas no hablantes de castellano a intervenir por escrito o estar asistidas por intérprete. El respeto a los derechos culturales y lingüísticos se extiende también a los diferentes intervinientes en el proceso, esto es Defensorías Penales y Ministerio Público; de ahí la existencia de las y los facilitadores interculturales⁸⁹¹. Los derechos lingüísticos se encuentran además ampliamente reconocidos en diversos convenios o tratados internacionales⁸⁹².

En la Defensoría Penal Mapuche las funciones del facilitador/a intercultural se encuentran reguladas y debe “apoyar a la defensa en la interacción con casos asociados a personas imputadas regidas por la ley indígena y colaborar en la estrategia de defensa incorporando elementos de la cosmovisión indígena y servir de puente cultural entre la persona imputada, su defensa y el sistema penal”⁸⁹³. Y sus funciones son:

⁸⁹⁰ Cfr. LE BONNIEC, Fabien y Pamela NAHUELCHERO QUEUPUCURA. «La mediación lingüístico-cultural... *op. cit.*, p. 282.

⁸⁹¹ *Ibíd.*, p. 283.

⁸⁹² Le Bonniec y Nahuelcho Queupucura realizan la siguiente recopilación de textos internacionales donde se garantizan los derechos lingüísticos: “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 26), que prohíbe la discriminación por razones idiomáticas, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 1), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 2.2) y la Convención Internacional de Derechos del Niño (art. 2.1), los cuales garantizan el ejercicio de los derechos asegurados en ellos sin discriminación alguna por razones idiomáticas. Ahora bien, más ampliamente se re ere a este tema la Declaración Universal de Derechos Lingüísticos. Otros instrumentos, en cambio, fundan los derechos lingüísticos en razón a la pertenencia a un pueblo indígena, a una etnia o a un grupo cultural minoritario, destacándose en este aspecto la Declaración Universal de Derechos de los Pueblos Indígenas (art. 13.I), la Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural (art. 5 y 6), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 27) y el Convenio 169 de la OIT (art. 28), los cuales aseguran el uso, la conservación y el fortalecimiento de los idiomas de los pueblos indígenas. Sin embargo, el derecho a usar la lengua materna como garantía procesal tiene asidero en el art. 8.2, letra a), de la Convención Americana de Derechos Humanos y en el art.14.3, letra f), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, preceptos que consagran el derecho de los intervinientes del juicio para ser asistidos en proceso por intérprete o traductor cuando no se comprenda o no se desee utilizar el idioma oficial”. Cfr. LE BONNIEC, Fabien y Pamela NAHUELCHERO QUEUPUCURA. «La mediación lingüístico-cultural... *op. cit.*, p. 285.

⁸⁹³ LE BONNIEC, Fabien y Pamela NAHUELCHERO QUEUPUCURA. «La mediación lingüístico-cultural... *op. cit.*, p. 284.

“Ayudar en la detección de casos que necesiten una defensa especializada, coordinar acciones entre la persona a cargo de la defensa, los peritos, y la familiar de la persona imputada y/o comunidad indígena a la que pertenecen con el fin de fortalecer la estrategia de defensa, así como proporcionar el encuentro y la comunicación efectiva entre ellos, y elaborar informes de contenido cultural que sean útiles en la teoría del caso”⁸⁹⁴.

Las personas para poder desempeñarse como facilitadoras deberán pertenecer al Pueblo Indígena respectivo, hablar la lengua originaria y dominar la ritualidad y protocolo indígena, así como su cosmovisión. Se exige además conocimiento de la Justicia Indígena y del sistema judicial penal y procesal penal por lo que se valora la formación técnica o profesional en el área de las ciencias sociales o jurídicas⁸⁹⁵.

En relación con el Ministerio Público, es también especialmente importante la labor de la facilitadora o facilitador intercultural, porque el éxito de que las mujeres se encuentren acogidas en sede judicial cuando son víctimas de violencia, radica en gran medida en que encuentren una institución que las comprenda y ofrezca soluciones adaptadas a su cosmovisión. En la actualidad, la figura de la facilitadora o facilitador intercultural está adscrita a la Unidad de Víctimas y Testigos de la Fiscalía (URAVIT), contando con una funcionaria en Angol y otra en Temuco cuyo propósito es asegurar el derecho de acceso a la justicia de aquellas víctimas que se autoidentifican como pertenecientes al Pueblo Mapuche. Sin embargo, dicha función, señalan LE BONNIEC y NAHUELCHERO QUEUPUCURA, no se encuentra regulada por ningún documento interno del Ministerio Público. En la práctica, se señala que realizan funciones de apoyo a fiscales y otros profesionales de la institución, especialmente colaboran en entrevistas a víctimas y testigos mapuche, realizan actividades de difusión del sistema procesal penal y de las labores del Ministerio Público en comunidades mapuches, ayudan en la formación de fiscales que se desempeñan en esta área, participan en las audiencias desarrolladas en el marco del proceso penal para verificar que la persona que realiza las labores de facilitador intercultural por la defensa de la persona imputada y sus testigos, realiza la traducción de lo declarado en mapudungun de manera fidedigna. Y la función que es realmente importante en el contexto de esta investigación, es que realizan talleres

⁸⁹⁴ Ídem.

⁸⁹⁵ Ídem.

con víctimas actuales o pasadas de violencia intrafamiliar para hacer seguimiento de los acuerdos reparatorios adoptados en los Tribunales de Justicia⁸⁹⁶.

Como se ha evidenciado, en la actualidad Chile no cuenta con una regulación clara de las labores, funciones y requisitos que debe cumplir una persona que trabaja ejerciendo labores de facilitación intercultural en la administración de justicia. Esta ausencia de normativa obliga a la doctrina a hacerse cargo de la definición de lo que debe entenderse por un/a facilitador/a intercultural. LE BONNIEC y NAHUELCHEO QUEPUCURA señalan que debemos entender que,

“La actuación del facilitador/a cultural se enmarca dentro de la garantía de igual protección en la ley en el ejercicio de derechos, y más específicamente en los estándares de un justo y racional procedimiento, consagrado en la Constitución Política de la Republica, en su art. 19 n° 3, que contempla una serie de principios *ius* fundamentales que aseguran la igualdad en la aplicación de la Ley”⁸⁹⁷.

Concluyen en su estudio estos autores que, si bien existe un reconocimiento legal que justifica la presencia del facilitador/a en el procedimiento para asegurar los derechos lingüísticos y culturales, todavía en la actualidad la presencia de estas personas y su rol no es entendido de forma correcta por los tribunales, los cuales insisten en enlazar los rasgos culturales a los lingüísticos, por ejemplo al vincular ampliamente a un acusado mapuche a la cultura chileno-occidental, simplemente por hablar de manera perfecta el español, o no aprueban la presencia del facilitador/a en las diligencias previas⁸⁹⁸.

En conclusión, comprobamos que si bien la Ley 20.066 en su redacción no contempla una visión intercultural de la violencia intrafamiliar, la aplicación de la norma paulatinamente se ve transformada por derechos reconocidos en otros cuerpos normativos: La Ley Indígena, el Código Procesal Penal, y Convenio 169 de la OIT, que permitirán formular teorías del caso introduciendo el contexto cultural en la realización del delitos, la solicitud de atenuantes o las salidas alternativas al procedimiento vía acuerdos reparatorios. Para analizar esta evolución intercultural en el caso de los delitos de violencia intercultural entre personas de origen mapuche, es necesario conocer y

⁸⁹⁶ *Ibid.*, p. 283.

⁸⁹⁷ *Ibid.*, p. 284.

⁸⁹⁸ *Ibid.*, pp.287-288.

reconocer el funcionamiento del *Az Mapu* en los delitos de violencia intrafamiliar, que se abordaran en el siguiente capítulo.

2.5. Centro de la Mujer Móvil de La Araucanía

El Centro de la Mujer Móvil de la Araucanía⁸⁹⁹ surge en el año 2012, y su objetivo es contribuir en el ámbito local a reducir la violencia contra la mujer, especialmente aquella que se produce en las relaciones de pareja, que sufren mujeres mapuches que viven en zona rural, donde los Centros de la Mujer no tienen cobertura.

El modelo en el que basa su actividad es el de atención comunitaria grupal e individual, con enfoque intercultural que incluye tres dimensiones: componente rural, étnico y cultural. El servicio móvil entrega a las mujeres herramientas para prevenir la violencia, y orientación socio-jurídica, considerando el respeto por la cultura y las tradiciones del Pueblo Mapuche.

Actualmente este servicio atiende en las comunas de Lumaco, Ercilla y Lonquimay y se financia con el fondo de multas por violencia intrafamiliar establecido por la Ley 20.066 en su artículo 8.

2.6. Módulo de atención e información del SERNAM

El Módulo de atención e información del SERNAM es un servicio que se pone en funcionamiento en noviembre de 2015 en el Juzgado de Familia de Temuco, la iniciativa pionera en el Estado surge con la intención de informar a las mujeres u otras personas que acudan al Juzgado de Familia de Temuco a denunciar hechos constitutivos de violencia intrafamiliar. Dentro de las competencias de este servicio están por lo tanto la orientación a las personas, la detención temprana de situaciones de riesgo y la derivación temprana a dispositivos de atención especializados.

⁸⁹⁹ La información del Centro de la Mujer Móvil de La Araucanía, se ha elaborado con la información que contiene el Informe Temático 2017 sobre Violencia contra la Mujer en Chile y Derechos Humanos, cfr. VILLEGAS DIAZ, Myrna (dir.). «Violencia contra la mujer... *op. cit.* p. 28-29.

El servicio es una iniciativa intersectorial entre el Poder Judicial y el SERNAM y pretende contribuir a que las mujeres que denuncian violencia intrafamiliar no desistan del proceso judicial⁹⁰⁰.

3. Las diferencias culturales como elemento en las estrategias jurídico penales en causas de violencia intrafamiliar entre personas mapuche.

Las «defensas culturales» o los «delitos culturalmente motivados» tienen su raíz en la doctrina penal norteamericana y europea⁹⁰¹ respectivamente, para enfrentar el dilema que surge al juzgar a personas pertenecientes a otras culturas por conductas que afectan a los valores protegidos por el ordenamiento jurídico de las sociedades occidentales. A continuación, analizamos ambas estrategias jurídicas que también han tenido su impacto en el Derecho chileno, y la posibilidad de su encaje en las causas de violencia intrafamiliar.

3.1. Defensas culturalmente motivadas

La «defensa cultural» se basa en alegaciones que se presentan ante el tribunal para que se tenga en cuenta el trasfondo cultural de la persona imputada en un determinado delito, litigio civil o constitucional. En el caso penal, se busca eximir o atenuar la responsabilidad criminal⁹⁰². La defensa culturalmente motivada, por tanto, busca dentro del propio sistema jurídico respuestas que permitan o bien el reconocimiento de la jurisdicción indígena, o articular dentro de la estructura misma de la teoría del delito, ya sea en la tipicidad, antijuridicidad o culpabilidad, una teoría del caso para exculpar o justificar el comportamiento de la persona imputada⁹⁰³. Dentro de estas posibilidades en Chile se contempla en el artículo 54 de la Ley Indígena la modificación de la

⁹⁰⁰ Idem.

⁹⁰¹ En Europa la discusión ha girado en torno a los delitos culturales —*cultural offence*— o delitos culturalmente motivados —*culturally motivated crimes*—, conceptos que permiten diferenciar un delito cultural de otro. Una visión que para RAÚL CARNEVALI muestra el grado de atraso en las teorías europeas frente a las norteamericanas, que tienen claro que este tipo de delitos existe y ponen el acento en estructurar la defensa cultural —*cultural defences*—, y desarrollan eximentes o atenuantes que guarden relación a consideraciones culturales. Cfr. CARNEVALI RODRIGUEZ, Raúl. «El multiculturalismo: un desafío para el Derecho penal moderno.» *Política Criminal* [<http://www.politicacriminal.cl>], n° 3, 2007, pp. 16-17.

⁹⁰² Cfr. COUSO SALAS, JAIME. «Mapuches y Derecho Penal... op. cit., pp. 188-189.

⁹⁰³ En este sentido véase: CARNEVALI RODRIGUEZ, Raúl. «El multiculturalismo... op. cit.

responsabilidad penal si la conducta realizada se corresponde con una costumbre indígena, lo que permite articular una eximente o atenuante de la responsabilidad penal. Con base en esta Ley se puede reconocer la costumbre, pero no las instituciones indígenas, lo que supone una importante limitación al reconocimiento de la Justicia Indígena⁹⁰⁴.

Desde la doctrina se establecen diferentes líneas para desarrollar una defensa cultural. Antes de analizar los determinados modelos de defensa cultural que se utilizan en la práctica, señalamos que nuestro objetivo es desarrollar desde una comprensión del conflicto con perspectiva intercultural y de interlegalidad, posibles argumentos culturalmente motivados en causas de violencia intrafamiliar para justificar un proceso penal o civil que se desarrolle conforme a la cosmovisión mapuche y se sancione la violencia y se restaure el equilibrio incorporando de forma activa a las víctimas y a los imputados y otorgando un rol protagónico también a las autoridades de la comunidad, teniendo en cuenta que no cabe justificar la violencia machista entre personas de origen mapuche porque su cosmovisión también la sanciona.

En este sentido nuestra propuesta va más allá de una defensa culturalmente motivada, sino que lo que nos interesa es que las personas de origen mapuche tengan derecho a un proceso culturalmente motivado, de forma que este nuevo enfoque obliga a todos los agentes especializados que intervienen desde la denuncia o investigación de los hechos hasta el desarrollo del procedimiento.

Consideramos que la oposición que existe a la defensa cultural diferentes agentes especializados en derecho, especialmente cuando estos son funcionarios del Estado, no es acorde con la legalidad vigente y ello porque las funcionarias y los funcionarios de la Administración de Justicia tienen la obligación de resguardar los derechos individuales y colectivos de las personas indígenas como personas indígenas. En este sentido, tanto la defensa ejercida por la Defensoría Penal Mapuche o una defensa privada, como la acusación ejercida por el Ministerio Público, cuando están ante un procedimiento penal relativo a un hecho ilícito entre personas pertenecientes a Pueblos Originarios, deben ostentar ambas partes posiciones culturalmente motivadas⁹⁰⁵.

⁹⁰⁴ En este sentido véase COUSO SALAS, JAIME. «Mapuches y Derecho Penal... op. cit.

⁹⁰⁵ Sobre la necesidad de una perspectiva intercultural en el Ministerio Público y Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, señalar Acuerdo de Solución Amistosa (ASA) alcanzado ante la Corte

En este sentido los trabajos de investigación realizados desde el Ministerio Público donde destacamos el recite *Manual sobre investigación para los casos de violencia de pareja y femicidios en Chile*, publicado en enero de 2012⁹⁰⁶, carecen de una total perspectiva intercultural y de interlegalidad. Con la entrada en vigor del Convenio 169 de la OIT todos los agentes jurídicos que intervengan en causas con indígenas, ya sea como consecuencia de delitos que se comenten en el contexto de violencia intrafamiliar u otros, deben tener presente que, en su trabajo y diseño del caso, deben resguardar tanto los derechos individuales como los derechos colectivos que estas personas tienen como pertenecientes a un Pueblo Originario; esto obliga a incorporar un enfoque intercultural desde la cosmovisión indígena, y a la búsqueda de la interlegalidad para la solución de caso, que supone a nuestro modo de ver una obligación también desde la deontología, para las y los profesionales en derecho. De lo contrario, se continuará perpetuando la invisibilidad, la negación y la exclusión de las mujeres mapuches ante la administración de justicia y en consecuencia discriminándolas.

3.2. Los delitos culturalmente motivados

Señala RAÚL CARNEVALI que estamos ante un delito culturalmente motivado cuando se cumple la siguiente estructura categorial por niveles⁹⁰⁷. En primer lugar, las razones del actuar han de apoyarse en motivaciones culturales. Esto significa que deben identificarse los motivos para actuar dentro de los elementos culturales que justifiquen o expliquen el acto delictivo «factores psíquicos» y relacionarlos con el grupo cultural al que la persona pertenece «factores objetivos». En segundo lugar, se exige la existencia de una «conciencia cultural», no necesariamente absoluta entre la persona y el grupo de pertenencia. Y el tercer elemento es la «verificación de una relación antinómica», esto

Interamericana de Derecho Humanos por Gabriela Balas y el Estado de Chile, en junio de 2016. Cuyo origen fueron las graves vulneraciones de los derechos humanos de Gabriela Blas, quien después de denunciar el extravío de su hija cuando realizaba labores de pastoreo, fue detenida arbitrariamente, sometida a interrogatorios, y acusada injustamente de la pérdida de la niña, y mientras estuvo en prisión, entregaron en adopción internacional a su otra hija. Ampliamente en línea <http://www.humanas.cl/?p=17173> (consultado el 12 de marzo de 2018).

⁹⁰⁶ Cfr. RAQUEL, Barrero Alba, Cartagena Pastor Juan Manuel, Donat Laporta Emilio, y Peramato Martin Teresa. *Manual sobre investigación para casos de violencia de pareja y femicidios en Chile*. Editado por Juan Manuel Cartagena Pastor, & Maria Jose Taladriz Eguiluz (coords.). Santiago de Chile: Fiscalía Nacional. Ministerio Público de Chile y Agencia Española de Cooperación Internacional de Chile, 2012, en línea en, <http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/biblioteca/estudios.do>

⁹⁰⁷ Cfr. CARNEVALI RODRIGUEZ, Raúl. «El multiculturalismo... op. cit. 24 y ss. Esta tesis también es suscrita por LILLO VERA, Rodrigo. «El Convenio 169... op. cit.

es, contradicción entre la cultura de pertenencia y la que realiza el juzgamiento, con el objetivo de buscar el significado del comportamiento y la sanción que se atribuye en una y otra cultura, para ver si está justificado, o puede acogerse a una eximente o atenuante aplicable dentro de la justicia del Estado.

Señala BRANDARIZ GARCÍA⁹⁰⁸ que el concepto de «delitos culturalmente motivados» o «delincuencia culturalmente motivada» viene a diferenciar la violencia que en las sociedades occidentales protagonizan personas pertenecientes a minorías, —para el contexto latinoamericano podemos hablar de sociedades occidentalizadas y de delitos que comenten los Pueblos Originarios o personas racializadas que pueden ser incluso las mayorías étnicas en estos países— y que estaría impulsada por ciertos parámetros culturales de estos grupos humanos o étnicos.

Los delitos en los que especialmente se ha puesto el foco en el contexto europeo son la mutilación genital femenina, la poligamia, los homicidios por honor o el matrimonio forzado, lo que demuestra el peso nuevamente del sector feminista que apela al uso del Derecho Penal al que BRANDARIZ GARCÍA denomina con el anglicismo *mainstream*⁹⁰⁹.

A diferencia del contexto occidental, en Chile el paradigma de víctima de estos delitos culturalmente motivados no son las mujeres, ni los agresores son migrantes, sino que la víctima es el propietario colono chileno, habitualmente de ascendencia extranjera, especialmente alemana, y los agresores las personas mapuche en la reivindicación de sus tierras ancestrales. Y ello porque el Pueblo Mapuche lleva años poniendo en práctica estrategias de recuperación de tierras y la ocupación de sus tierras ancestrales para la realización de ceremonias. Acciones que han tenido como consecuencias denuncias por ocupación de tierras de propiedad privada, o incluso afrontar acusaciones por delitos terroristas⁹¹⁰.

⁹⁰⁸ Cfr. BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. «Diversidad cultural, género y sistema penal.» En *Diversidad cultural, género y Derecho*, de Patricia LAURENZO COPELLO, y Rafael DURAN MUÑOZ (coords.), Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, pp. 553 y ss.

⁹⁰⁹ Este feminismo *mainstream* considera que las condiciones sociales, culturales y religiosas de las mujeres pertenecientes a culturas no-occidentales, están condicionadas por la discriminación que potencia la victimización de estas mujeres por razón de género y por lo tanto las mujeres son las principales perdedoras de todo el relativismo cultural, sostienen desde estos planteamientos que las discriminaciones derivadas de las tradiciones culturales son también violencia de género y por lo tanto suponen un grave riesgo para la integridad y dignidad de las mujeres lo que justifica el uso de instrumentos punitivos. Cfr. BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. «Diversidad cultural... op. cit., p. 556.

⁹¹⁰ Sobre la aplicación del delito de terrorismo a personas mapuche en los procesos de recuperación de tierras véase: COUSO SALAS, Jaime. «Mapuches y Derecho Penal.» En *Derecho y pueblo mapuche*.

Lo que sí es idéntico en los dos contextos es la capacidad que tienen los delitos culturalmente motivados de construir dinámicas de alteridad y de discriminación por razones de etnia, de origen o culturales⁹¹¹. Sostiene BRANDARIZ GARCÍA, que esta capacidad de discriminación se sostiene sobre dos reduccionismos que subyacen en la teoría de la DCM. El primero de ellos es que parte de una noción de fundamentalismo cultural, esto es de una visión estática e inmutable, frente a un concepto vivo y abierto de las culturas. Y el segundo de ellos es que contribuye a reforzar la idea del enemigo⁹¹². Las consecuencias para las mujeres mapuches es que son percibidas por los agentes especializados en derecho con desconfianza, por un lado, porque su identidad está racializada, y valorada como inferior, y, por otro lado, porque pertenecen a ese grupo humano considerado enemigo. Estos dos elementos refuerzan las discriminaciones y victimizaciones que sufren las mujeres mapuche cuando acuden a los tribunales chilenos.

Tenemos que preguntarnos entonces, si cabe configurar una eximente en causas de violencia intrafamiliar desde un enfoque culturalmente motivado en el contexto de relación de pareja o expareja entre personas de origen mapuche. Avanzamos ya que nuestra postura es contraria a esta posibilidad. A continuación, desarrollamos nuestra posición.

En causas de violencia intrafamiliar entre parejas o exparejas los delitos culturalmente motivados no pueden ser alegados, por diferentes motivos. El primero porque en la cultura mapuche la violencia machista contra las mujeres está sancionada, por ello no cabe apelar que el agresor actuó amparado por el ejercicio legítimo de un derecho. En este sentido son muchos los testimonios que dan cuenta de la violencia como algo malo, o de las diversas costumbres mapuches para sancionar a los hombres agresores.

“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 alguna trasgresión hecha por algún integrante del grupo familiar a las

Aportes a la discusión, editado por Helena Olea Rodríguez, 155-214. Santiago de Chile: Universidad Diego Portales, 2013, p. 158 y ss.; VILLEGAS DÍAZ, Myrna, “Estado de excepción y antiterrorismo en Chile. Criminalización de la protesta social con especial referencia a los indígenas”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Año III, N° 6 (2013), pp. 3-25.

⁹¹¹ Cfr. BRION en BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. «Diversidad cultural... op. cit., p. 559.

⁹¹² *Ibid.*, p. 559-560.

normas y códigos presentes en el Ad Mapu que pudieran romper con el equilibrio cósmico, sino más bien se atribuye a factores externos de la pareja como son los cahuines, alcoholismo y pautas intergeneracionales de violencia, que se ha internalizado a través de las historias de vida. Otro aspecto importante es señalar que en ningún caso las mujeres lograron identificar el concepto de “violencia intrafamiliar” lo que hace presumir que este no se encuentra establecido dentro de su cosmovisión, no obstante, la violencia en sí se explica y se denomina en términos propios de los sujetos de investigación como “algo malo”⁹¹³.

Testimonio de Chiñura Morales Chihuaihuen, comunidad Coihue, Cholchol, 2014. “Mi abuelita me contó que antiguamente las mujeres mapuche eran muy unidas. (...) En ese tiempo cuando le pegaban a una mujer, entre todas arrinconaban a los hombres y no era fácil que la pasaran a llevar, eran más respetadas. Ahora no pasa eso”⁹¹⁴.

En segundo lugar, tampoco cabe apelar al consentimiento de la víctima como forma de exclusión de la responsabilidad penal, porque como queda señalado, las víctimas no consienten las agresiones. No puede confundirse ni equipararse el desarrollo de estrategias de supervivencia con la ausencia de resistencia en circunstancias determinantes ni mucho menos con el consentimiento de las agresiones, de forma que no puede excluirse en estas causas la tipicidad.

3.3. El error de prohibición culturalmente motivado

El «error de prohibición culturalmente motivado», o «error de comprensión culturalmente condicionado» como lo denomina Eugeni R. Zaffaroni⁹¹⁵, se construye desde la base de que existen un conjunto de casos en los cuales la imposibilidad de comprender el ilícito se vincula ya al contexto cultural en el cual se desenvuelve el sujeto, y esto hace que se distinga de los casos clásicos de error de prohibición como elemento que niega el conocimiento potencial del injusto⁹¹⁶. En Perú, el error de comprensión culturalmente condicionado está recogido en el artículo 15 del Código

⁹¹³ Yaniseth Marielisa BREVIS OLATE, et al, en SAN MARTIN PONCE, María Angélica. «Convenio 169... *op. cit.* p. 170.

⁹¹⁴ Ver en, PAINEMAL MORALES, Millaray, y Andrea ÁLVAREZ DIAZ, . *Caminando Juntas... op. cit.*, p. 13.

⁹¹⁵ Eugenio R. Zaffaroni citado en, BECERRA, Nicolás. *Derecho penal y diversidad cultural. La cuestión indígena*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina. Fundación Centro de Estudios Políticos y Administrativos, 1997, p. 28.

⁹¹⁶ Así lo define NICOLÁS BECERRA en, *Derecho penal y diversidad cultural... op. cit.*, p. 28

Penal⁹¹⁷, que establece la exención de responsabilidad o su atenuación para aquellas personas que por su cultura o costumbres comenten un hecho punible sin comprender el carácter delictuoso del mismo.

RAÚL CARNEVALI, sostiene que el error culturalmente condicionado no debe fundamentarse desde el desconocimiento de la norma, sino desde la falta de comprensión de esta. En estos casos las personas si bien pueden ser conocedoras de que una acción está prohibida, no alcanzan a comprender por qué existe esta prohibición, al carecer de sentido en el contexto de sus valores⁹¹⁸.

A sensu contrario NICOLÁS BECERRA sostiene que el fundamento del error culturalmente motivado se basa en el respeto al pluriculturalismo, que exige que un sujeto no sea sancionado si su conducta no reviste ningún nivel de violación ético social, por lo que no se trata de una mayor benignidad en la valoración de la capacidad de comprender el ilícito de la persona en cuestión, sino del respeto íntegro a sus propias valoraciones⁹¹⁹.

Critica COUSO SALAS con motivo del análisis de la sentencia del TOP de Calama, de fecha 6 de octubre de 2007, Rol único: 0600900216, confirmada por la Corte de Apelaciones de Antofagasta, en la cual se absuelve a dos mujeres aymaras por portar hojas de coca para ser utilizadas en un ritual de su comunidad, donde las mujeres finalmente quedaron absueltas, que el argumento que empleó el Tribunal fue el del error vencible de prohibición, esto es, las mujeres desarrollaron una conducta ilícita, pero que dentro de su cultura resultaba lícita. Afirma el autor que bajo este razonamiento el tribunal está negando el derecho de estas mujeres a actuar conforme a su propia cultural, porque en el futuro, si son detenidas portando hojas de coca ya no podrán alegar error de prohibición, de forma que se está negando una expresión lícita de la religiosidad y de la cultura aymara en la que se usan hojas de coca en determinados ceremoniales⁹²⁰. Propone COUSO SALAS que en Chile sería más indicada para este tipo de causas una

⁹¹⁷ art. 15: Error de comprensión culturalmente condicionado: “*El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esta comprensión será eximido de responsabilidad cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena*”. En línea http://spij.minjus.gob.pe/content/publicaciones_oficiales/img/CODIGOPENAL.pdf (consultado el 12 de marzo de 2018)

⁹¹⁸ CARNEVALI RODRIGUEZ, Raúl. «El multiculturalismo... op. cit., p. 27

⁹¹⁹ Cfr. NICOLÁS BECERRA en, *Derecho penal y diversidad cultural... op. cit.*, p. 28

⁹²⁰ Cfr. COUSO SALAS, Jaime. «Mapuches y Derecho Penal... op. cit., p. 198-199.

solución donde se reconozca el derecho de las mujeres indígenas a portar y usar la coca, como sucedió en Estados Unidos en el caso de los indígenas navajos quienes usan peyote para sus rituales, y respecto de esta situación tuvo que pronunciarse la Corte Suprema de California en 1964 (*People v. Woody*), en cuya sentencia se señala que es necesario reconocer el pluralismo no solo en el campo cultural sino también jurídico, haciendo lícito el tráfico al formar parte de la valoración cultural y la práctica religiosa y diversa, y no tomando como base la exculpación de los indígenas por su incapacidad, culturalmente condicionada, de comprender la prohibición penal del tráfico y consumo de drogas alucinógenas⁹²¹.

Otra modalidad de error de prohibición que se ha empleado en Chile es la denominada «conciencia disidente». Esta defensa se construye sobre la alegación de que la persona ha cometido el hecho ilícito, pero este hecho está amprado en su código de valores lo que permite alegar una justificación de dispensa de su obligación⁹²². Consideramos que no cabe su aplicación en las causas de violencia intrafamiliar⁹²³.

Si bien el error de prohibición culturalmente motivado es un recurso idóneo en causas como las relativas al uso de drogas por parte de las comunidades indígenas, no cabe su uso en causas de violencia intrafamiliar entre personas mapuche, y ello porque en su cosmovisión se sanciona la violencia intrafamiliar.

⁹²¹ *Ibid.*, pp. 190-191.

⁹²² Cfr. LILLO VERA, Rodrigo. «El Convenio 169... op. cit., p. 17.

⁹²³ Este tipo de argumentación ha sido acogida en Chile para justificar el comportamiento que tras el terremoto del día 22 de mayo de 1962, integrantes de la comunidad mapuche *lafkenche* del sector de *Collieufu*, en la comuna de Saavedra, Región de La Araucanía, quienes impulsados por una fuerza irresistible o un miedo insuperable, con el objeto de calmar el maremoto, y siguiendo las tradiciones y mandatos culturales hicieron el sacrificio de uno niño, golpeándolo para luego lanzarlo al mar embravecido. En concreto MSP señala a su hermano JPP que debe entregar a su nieto, el niño LQP porque era *guachito* —sin padre reconocido—. Si no hace esto el mar no se calmará, ante esta situación, JPP lleva al niño a orillas del acantilado y lo lanza a las aguas. En la sentencia, la Jueza titular de Nueva Imperial Ester Valencia Durán, con fecha 2 de octubre de 1962, en la causa ROL N° 24.228, en su considerando tercer señala “se trata de un sector de la población indígena que dio claras demostraciones de estar aun en una etapa de civilización que hace imposible responsabilizarlos por la acción cometida. El sacrificio humano realizado como los bailes ejecutados en los cerros por los indígenas mientras temblaba y el mar los cubría, no son sino manifestaciones del estado cultural de esas reducciones...”

3.4. Reconocimiento del proceso de justicia mapuche: non bis in ídem y acuerdos reparatorios.

Otra estrategia que puede desarrollarse, cuando las circunstancias así lo permitan, es oponerse al juzgamiento en sede judicial solicitando que no se aplique sanción penal alguna, porque la persona imputada ya ha sido sancionada por la comunidad y ha cumplido dicha sanción, y al realizarse el procedimiento penal, se estaría vulnerando el principio *non bis in ídem*, que fundamenta el derecho individual a no ser sancionado dos veces por los mismos hechos; esto supondría además el reconocimiento del derecho colectivo a la jurisdicción propia en la comunidad mapuche. En estos casos la Defensoría Penal Pública tratará de probar en juicio dos cosas: en primer lugar, que el sistema sancionador de la comunidad mapuche recoge sanciones para este tipo de situaciones de violencia y, en segundo lugar, que se han ejercitado contra el imputado, y este ya ha reparado el daño causado cumpliendo con el acuerdo reparatorio alcanzado en el seno de la comunidad, buscando la suspensión condicional del procedimiento⁹²⁴. En los casos de violencia intrafamiliar —cuyo artículo 19 de la Ley 20.066 prohíbe los acuerdos reparatorios— la acusación en este caso, ejercida por el Ministerio Público⁹²⁵ y abogada/o de parte, sin oponerse a la defensa cultural, puede argumentar que, en los casos de violencia intrafamiliar, el sistema sancionador indígena contempla en determinados casos, que bien por su gravedad o peligrosidad —reiteración delictiva—, el agresor como parte de su castigo deba ser sancionado también por los tribunales *winka*, de forma que no se estaría vulnerando el principio *non bis in ídem*, del artículo 63 del Código Penal, sino que se estaría ejecutando parte del castigo del imputado, en aplicación de los derechos que consagra el Convenio 169 de la OIT artículo 10 y 8.3 como sostenemos a continuación⁹²⁶.

Los artículos 10.1 y 10.2 del Convenio 169 de la OIT deben ser alegados para solicitar la aplicación preferente de sanciones alternativas al encarcelamiento, sobre la base del artículo 343 del Código Procesal Penal, para determinar la condena más

⁹²⁴ Cfr. LILLO VERA, Rodrigo. «El Convenio 169... op. cit., p. 20.

⁹²⁵ Nos oponemos por tanto a la estrategia del Ministerio Público de invalidar el acuerdo reparatorio en los casos de violencia intrafamiliar, por estar estos prohibidos por el artículo 19 de la Ley 20.066, sobre la base de la desigualdad de las partes. Tesis sostenida en la actualidad por María Angélica San Martín Ponce, abogada, subdirectora de la Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violencia Intrafamiliar de la Fiscalía Nación, ver ampliamente en MARTIN PONCE, María Angélica. «Convenio 169 de la OIT y su aplicación en delitos en contexto de violencia intrafamiliar.» *Revista Jurídica del Ministerio Público* (Fiscalía. Ministerio Público de Chile), n° 52, Septiembre 2012, pp. 161-179

⁹²⁶ LILLO VERA, Rodrigo. «El Convenio 169... op. cit., p. 20.

adecuada para el caso específico, especialmente a la forma de cumplir la sanción, alegando para ello las posibilidades establecidas en la Ley N° 18.216 de 14 de mayo de 1983, que incorpora penas sustitutivas a las privativas o restrictivas de libertad⁹²⁷. Desde la búsqueda de la interlegalidad y teniendo presente la importancia del equilibrio para la comunidad y la forma de reparación adecuada para la víctima, si un caso de violencia intrafamiliar llega a ser juzgado por los tribunales, consideramos que debe realizarse una audiencia de determinación de la pena donde se discuta acerca de la sanción más adecuada teniendo en cuenta las propuestas de la comunidad y la víctima, que podrían solicitar la aplicación de una sanción propia acordada según las reglas de la justicia mapuche, justificando este derecho sobre la base del artículo 8.3 Convenio 169 OIT, que obliga a observar las condiciones económicas, sociales y culturales. Este planteamiento, además, no está en contradicción con lo establecido por la Ley 20.066 que permite la suspensión del procedimiento condicionada con medidas accesorias (art. 17 Ley 20.066).

El artículo 8.3 del Convenio 169 OIT, sostiene la doctrina⁹²⁸, permite articular un derecho de doble dimensión: por una parte, el derecho de las personas indígenas a utilizar sus propios mecanismos de solución de conflictos, lo que implica el reconocimiento de las formas de represión de las conductas ilícitas por parte del Estado, y el derecho de las personas indígenas a recurrir también a la justicia estatal, que deberá adaptarse en estos casos al derecho consuetudinario, estableciéndose así una forma de resolución de conflicto híbrida y porosa, donde “no se concibe el sistema sancionador indígena como uno separado ni totalmente diferente del Derecho estatal”⁹²⁹.

Esta fórmula, aunque con limitaciones es la que se ha tratado de poner en práctica mediante los acuerdos reparatorios en causas de violencia intrafamiliar.

⁹²⁷ *Ibid.*, p. 21.

⁹²⁸ LILLO VERA, Rodrigo. «El Convenio 169... op. cit., p. 22.

⁹²⁹ *Ibid.*, p. 22.

VIII. LOS ACUERDOS REPARATORIOS EN CHILE. UNA VISIÓN CRÍTICA DE SU RECEPCIÓN, SU PROHIBICIÓN EN CONTEXTO DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR Y SU APLICACIÓN A PERSONAS DE IDENTIDAD MAPUCHE

1. Introducción

La Ley 19.325 estableció la conciliación como una herramienta de solución de los conflictos de violencia intrafamiliar, sin embargo su uso generó graves problemáticas que fueron señaladas por la doctrina y operadores jurídicos, y recogidas en la Historia de la Ley 20.066, entre ellas: comprensión errónea del propósito de la institución; su utilización no tuvo en cuenta posibles situaciones de vulnerabilidad de las víctimas; se buscó la reconciliación de las partes en el tribunal como solución a la violencia, favoreciendo la lógica cíclica de la violencia machista, el uso de la conciliación fue abusivo y se acudió a él sin tener debidamente en cuenta los antecedentes de violencia del agresor, y sin controlar efectivamente que los acuerdos que se alcanzaban fuesen cumplidos. Esta ineficiencia en la aplicación de la ley generó desprotección en las víctimas e impunidad en los agresores, enviando un mensaje erróneo a la sociedad. Con este lastre sobre la utilización de la conciliación, asociada a la idea de impunidad, la Ley 20.066 quería mandar un mensaje directo y rotundo a la sociedad chilena: los delitos de violencia intrafamiliar no quedarían impunes en los tribunales.

En los debates legislativos que se realizaron en relación a prohibición de la conciliación entraron en discusión dos nuevas instituciones jurídicas, la mediación y los acuerdos reparatorios, estos últimos serán prohibidos en el artículo 19 de la Ley de Violencia Intrafamiliar —aunque paralelamente como se ha mencionado permitirá la suspensión condicional del procedimiento cuando el imputado no tuviera condenas previas por crimen o simple delito (art. 237 CPP)—.

En el caso de los acuerdos reparatorios estos empiezan a aplicarse en Chile con la entrada en vigor de la Reforma Procesal penal del año 2000, y la institución de la mediación se implementó en el año 2004 de la mano de la Ley 19.968 que Crea los Tribunales de Familia. Este marco legal que continúa vigente, —y abordamos a continuación—, fue el que fijó los términos de la discusión legislativa. Es necesario, por tanto, conocerlo para poder comprender los debates del Legislador, analizar cómo

encaja la prohibición de los acuerdos reparatorios en contexto de violencia intrafamiliar, con la mediación en causas de familia, así como el significado y alcance de prohibir o aceptar su aplicación en el ámbito la violencia intrafamiliar a otras personas que no sean pareja o ex pareja. Especialmente, se realizará un análisis de esta prohibición desde la afectación o encaje de esta norma jurídica con los derechos colectivos de las personas de identidad mapuche.

1. Los acuerdos reparatorios y la mediación como formas de Justicia Restaurativa que se introduce con la Reforma Procesal Penal

1.1. El origen de los modelos de Justicia Restaurativa

La Justicia Restaurativa se define como un movimiento de reforma de la justicia criminal de carácter internacional que surge en la cultura jurídica anglosajona (Australia, Nueva Zelanda, Estados Unidos y Canadá) al reconocerse en estos países métodos alternativos a la resolución de conflictos que tenían su origen en la justicia ancestral de las comunidades indígenas, que mediante prácticas restaurativas buscan que la persona que causa daños en la comunidad no se aparte de la misma, sino que repare los daños⁹³⁰; a estos acuerdos se les denominó “Tratados de Paz” y “Círculos de Sentencia”⁹³¹. En relación con el desarrollo del movimiento de Justicia Restaurativa en el ámbito anglosajón al igual que los MARC, tiene su origen en prácticas de justicia de Pueblos Originarios, y paulatinamente va adquiriendo matices diversos y adoptando una concepción judeo-cristiana de la justicia⁹³². ISABEL XIMENAGONZÁLEZ RAMÍREZ señala

⁹³⁰ Cfr. GONZÁLEZ RAMÍREZ, Isabel Ximena. «¿Es la Justicia Restaurativa un aporte a los valores del sistema jurídico?» *Revista de Justicia Restaurativa*, n° 2, marzo 2012, p. 20. en este sentido también, FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Amaya. *La mediación en Procesos...* *op. cit.*, p. 42. Y Virginia de la Fuente Domingo, que sitúa en punto de inicio de este reconocimiento por parte del sistema occidental de justicia en 1974, en la primera Corte que ordenó una sentencia de Justicia Restaurativa fue realizada en Kitchner, Ontario. El caso fue el de dos jóvenes capturados tras una parranda vandálica que dejó 22 propiedades dañadas, y se condeno a los jovenes a arreglar las propiedades. El éxito de este caso permitio el establecimiento del primer programa de Justicia Restaurativa en Kitchner, conociendo como Programa de Reconciliación entre víctima y ofensores, ver DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia. «¿Qué es la Justicia Restaurativa?» *Criminología y justicia*, n° 4, 2012, p. 8.

⁹³¹ Cfr. DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia. «¿Qué es la Justicia Restaurativa... *op. cit.*, p. 8.

⁹³² Cfr. GONZÁLEZ RAMÍREZ, Isabel Ximena. «¿Es la Justicia Restaurativa... *op. cit.*, p. 17. VIRGINIA DOMINGO DE LA FUENTE, también encuentra bestigios de sistemas restaurativos en culturas antiguas y especialmente en textos religiosos de la Biblia en este sentido ver, DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia. «¿Qué es la Justicia Restaurativa?... *op. cit.*, p. 8.

en el ámbito anglosajón cuatro movimientos precursores que configuraron las bases del concepto de Justicia Restaurativa: el movimiento crítico de las instituciones represivas ocurrido entre los años 60 y 70, el movimiento a favor de las víctimas, el movimiento comunitario, y el movimiento de descolonización⁹³³.

En América Latina, la introducción de la Justicia Restaurativa al igual que de los MARC, como ya se ha señalado⁹³⁴, no parte de reivindicaciones de Pueblos Originarios como pudiera pensarse, sino que estas nuevas concepciones llegan también de la mano de las reformas en justicia que se impulsaron por el como el Banco Interamericano de Desarrollo y la Organización de Estados Americanos⁹³⁵, lo que hace que se vincule mucho estas técnicas con principios de eficacia y eficiencia de corte neoliberal⁹³⁶.

Desde los años noventa⁹³⁷ hasta la actualidad la Justicia Restaurativa continúa en formación y desarrollando diversas prácticas también desde concepciones no neoliberales de la justicia. Los modelos de Justicia Restaurativa⁹³⁸ se elaboran partiendo de diversos principios comunes e irrenunciables, que son el encuentro, la reparación, la reintegración, y la participación o inclusión. Se trata de valores que integran las diferentes fases de procesos que son deliberativos y participativos y no adversariales. En estos procesos la víctima gana en protagonismo —en comparación con el rol o protagonismo que tenía en un proceso adversarial— y participan otras personas afectadas por el delito como puede ser las familias o la comunidad. La inclusión de otras

⁹³³ Cfr. GONZÁLEZ RAMÍREZ, Isabel Ximena. «¿Es la Justicia Restaurativa... *op. cit.*, p. 20.

⁹³⁴ Sobre la recepción de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos dentro de las políticas de globalización ver el epígrafe: La conciliación en el contexto de la recepción de los mecanismos alternativos a la resolución de conflictos en Chile en la página 148.

⁹³⁵ En este sentido véase GONZÁLEZ RAMÍREZ, Isabel Ximena. «Algunas consideraciones sobre la aplicación de la justicia restaurativa... *op. cit.*, p. 415.

⁹³⁶ Sobre las críticas neoliberales a los procesos de implementación de mecanismos alternativos de resolución de conflictos, como parte de la globalización inducida, ver DEOCON, Carlos. «Resolución de conflictos y pueblos indígenas... *op. cit.*

⁹³⁷ Los primeros pasos de un proceso formal de Justicia Restaurativa se sitúan en Nueva Zelanda en el año 1989, cuando se incorpora una ley para administrar la responsabilidad penal de niños y jóvenes. Canadá fue también un país precursor a la hora de establecer en la legislación penal y penitenciaria formas diferentes del cumplimiento mediante la reparación de daños y no el ingreso en prisión. ver GONZÁLEZ RAMÍREZ, Isabel Ximena. «¿Es la Justicia Restaurativa... *op. cit.*, p. 20.

⁹³⁸ El movimiento de Justicia Restaurativa se encuentra en constante desarrollo como ya se ha mencionado, esto implica que cuenta por parte de la doctrina de diferentes definiciones que han tratado de condensar los principios y objetivos, en 1999 MARSHALL definía la Justicia Restaurativa como “un proceso a través del cual las partes que se han visto involucradas o poseen un interés en el delito en particular, resuelven de forma colectiva la manera de lidiar con las consecuencias inmediatas de este y su repercusiones para el futuro”, y en 2012, GAVIRELIDES, pone el acento en la integridad del proceso y destaca que en “una moral con objetivos práctico, para la restauración de daño, incluyendo a las partes afectadas en un encuentro directo e indirecto y un proceso de entendimiento, voluntario y con diálogo honesto”, sobre las diferentes propuestas de definición véase GONZÁLEZ RAMÍREZ, Isabel Ximena. «Algunas consideraciones sobre la aplicación de la justicia restaurativa... *op. cit.*, p. 411.

partes en el proceso corresponde con la convicción de que el conflicto tiene tres caras, víctima, agresor y la sociedad.

Señala ISABEL XIMENA GONZÁLEZ RAMÍREZ que, en tanto que la responsabilidad por el delito es del Estado como regulador, de las partes y de la sociedad, toda la comunidad debe asumir responsabilidades en relación con los factores económicos, sociales y morales que contribuyen al conflicto. De esta manera, sostiene la autora que la Justicia Restaurativa no privatiza ni estataliza el conflicto ni tampoco lo entrega a la comunidad, sino que sitúa a los actores (poder ejecutivo, judicial, comunidad, partes, víctima y victimario) en un equilibrio de poderes y obligaciones respecto del conflicto, sus orígenes y consecuencias formando una red colaborativa⁹³⁹. Los fines del proceso restaurativo⁹⁴⁰ son la reparación y la conciliación. Desde la perspectiva de la Justicia Restaurativa, el delito no sólo supone una vulneración de la ley penal sino y sobre todo una afectación a personas determinadas; por ello, se considera que la justicia se consigue cuando las partes en relación de horizontalidad logran la reparación con el acuerdo alcanzado⁹⁴¹.

Entre los procesos restaurativos se incluyen la mediación, la conciliación, la celebración de conversaciones y las reuniones para decidir condenas; todos ellos son modelos democráticos de solución al delito⁹⁴². En estos procesos está presente el facilitador o facilitadora, que en función de la técnica que se desarrolle podrá adoptar

⁹³⁹ Cfr. GONZÁLEZ RAMÍREZ, Isabel Ximena. «¿Es la Justicia Restaurativa... *op. cit.*, p. 15.

⁹⁴⁰ La Justicia Restaurativa y el Proceso Restaurativo son materia ya de importantes ya a nivel de resoluciones o convenios internacionales, en este sentido pueden revisarse: Resolución 2002/12 *Principios básicos para la aplicación de programas de justicia restaurativa en materia penal* del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas en [https://app.icrc.org/elearning/curso-sobre-privacion-libertad/story_content/external_files/Justicia%20Restitutiva%20\(2002\).pdf](https://app.icrc.org/elearning/curso-sobre-privacion-libertad/story_content/external_files/Justicia%20Restitutiva%20(2002).pdf) (consultado e 28 de febrero de 2018), interesa destacar esta resolución por dos motivos, el primero de ellos, es que refleja gran parte del trabajo que en el seno de las Naciones Unidas se ha realizado en materia de justicia restaurativa, mencionando expresamente diversas resoluciones. Y es segundo motivo, es que en el preámbulo hace un reconocimiento expreso a las formas de justicia tradicionales e indígenas en las que el delito se considera fundamentalmente un daño a la persona. En relación a las practicas que promueve la Justicia Restaurativa se celebran anualmente y en diversos países y por diferentes organismos congresos sobre mediación y practicas restaurativas aplicables tanto en el ámbito penal como en civil especialmente en temas de familia, en este sentido, puede revisarse para el contexto de Naciones Unidas, el Consejo de Europa, la Unión Europea y diversas Declaraciones en América latina, la Recopilación realizada por TOMÁS MONTERO en septiembre de 2004, *Justicia Restaurativa: Textos Internacionales*. PAIP. Colección Textos Internacionales, 2014, en [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/7D1E0DB94ADCD6C605257E7500689077/\\$FILE/PAIP_JusticiaRestaurativa-Recopilaci%C3%B3nTextosInternacionales.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/7D1E0DB94ADCD6C605257E7500689077/$FILE/PAIP_JusticiaRestaurativa-Recopilaci%C3%B3nTextosInternacionales.pdf)

⁹⁴¹ NACIONES UNIDAS, Resolución 2002/12 *Principios básicos para la aplicación de programas de justicia restaurativa... op. cit.*

⁹⁴² Cfr. GONZÁLEZ RAMÍREZ, Isabel Ximena. «Algunas consideraciones sobre la aplicación de la justicia restaurativa... *op. cit.*, p. 414.

otro nombre (mediador o mediadora, conciliador o conciliadora, etc.)⁹⁴³; de esta persona depende garantizar la dignidad humana durante el desarrollo de proceso de justicia restaurativa⁹⁴⁴.

En Chile se introducen las ideas de la Justicia Restaurativa en dos momentos. El primero de ellos, con la Reforma Procesal Penal (2000) que introduce los acuerdos reparatorios, señala ALEJANDRA DÍAZ que esta orientación está presente en la RPP a pesar de que no se menciona de forma expresa en la historia de la Ley de Reforma Procesal Penal⁹⁴⁵. Y el segundo momento es cuando se crean Tribunales de Familia (2004) y se incorpora la mediación.

Matizando la influencia de la Justicia Restaurativa en Chile sostiene RAÚL CARNEVALI sostiene que en el ordenamiento jurídico chileno, formas de justicia restaurativa, y particularmente la mediación, no están recogidas, porque si bien existen estas instituciones, la víctima no tiene un rol determinante; esto significa que en la recepción de estas instituciones las figuras fueron desnaturalizándose, la única excepción a esto es la Ley 20.084, de 7 de diciembre de 2005, que Establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la Ley Penal, donde el legislador pretendió introducir medidas de orden reparatorio⁹⁴⁶.

1.1. Definición y regulación de los acuerdos reparatorios en el Código Procesal Penal

La institución de los acuerdos reparatorios (en adelante también denominados AR) se introduce en Chile como se ha mencionado de la mano de la Reforma Procesal Penal y está regulada en el Código Procesal Penal, Libro Segundo “Procedimiento Ordinario”, Párrafo 6° “Suspensión condicional del procedimiento y acuerdos reparatorios”, artículos 241 a 245. En concreto el artículo 241 establece la procedencia para celebrar un acuerdo reparatorio en los siguientes términos:

⁹⁴³ Las ideas expresadas se encuentran en los siguientes trabajos que pueden consultarse para mayor profundidad en el tema: DÍAZ, Alejandra. «La experiencia de la mediación penal en Chile.» *Política Criminal* 5, n° 9 (julio 2010), pp. 2-4; CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl. «La justicia restaurativa... *op. cit.* pp. 122-132. GONZÁLEZ RAMÍREZ, Isabel Ximena. «¿Es la Justicia Restaurativa... *op. cit.*, p. 15 y ss.

⁹⁴⁴ Cfr. GONZÁLEZ RAMÍREZ, Isabel Ximena. «¿Es la Justicia Restaurativa... *op. cit.* p. 15.

⁹⁴⁵ Cfr. DÍAZ, Alejandra. «La experiencia de la mediación penal en Chile.» *Política Criminal* 5, n° 9, julio 2010, pp. 6-7.

⁹⁴⁶ Cfr. CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl. «La justicia restaurativa como mecanismo de solución de conflictos. Su examen desde el derecho penal.» *Justicia Juris*, 13, n° 1, 2017, p. 129.

“El imputado y la víctima podrán convenir acuerdos reparatorios, los que el juez de garantía aprobará, en audiencia a la que citará a los intervinientes para escuchar sus planteamientos, si verificare que los concurrentes al acuerdo hubieren prestado su consentimiento en forma libre y con pleno conocimiento de sus derechos.

Los acuerdos reparatorios sólo podrán referirse a hechos investigados que afectaren bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, consistieren en lesiones menos graves o constituyeren delitos culposos.

En consecuencia, de oficio o a petición del Ministerio Público, el juez negará aprobación a los acuerdos reparatorios convenidos en procedimientos que versaren sobre hechos diversos de los previstos en el inciso que antecede, o si el consentimiento de los que lo hubieren celebrado no apareciere libremente prestado, o si existiere un interés público prevalente en la continuación de la persecución penal. Se entenderá especialmente que concurre este interés si el imputado hubiere incurrido reiteradamente en hechos como los que se investigaren en el caso particular.

De la regulación que se establece en el Código Procesal Penal cabe concluir que los acuerdos reparatorios son una forma de salida alternativa al proceso penal, que consiste en un acuerdo que se produce entre víctima e imputado de forma libre y con pleno conocimiento de sus derechos. Tomando en consideración dicha regulación MARÍA ANGÉLICA JIMÉNEZ ALLENDES define los acuerdos reparatorios como acuerdos “entre imputado y víctima en virtud del cual el primero se obliga respecto del segundo a reparar los efectos lesivos de la comisión de un hecho punible, en aquellos casos en que se trate de delitos que afectaren a bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, lesiones menos graves o delitos culposos”⁹⁴⁷.

Los acuerdos reparatorios se fundamentan en el reconocimiento del interés preponderante de la víctima en aquellos delitos que afectan a bienes que el sistema jurídico reconoce como disponibles, y favorecer el funcionamiento de la Administración de Justicia al permitir poner término a un procedimiento en el que las partes no quieren continuar. Sostienen ALEJANDRA DÍAZ⁹⁴⁸ y MARÍA ANGÉLICA JIMÉNEZ ALLENDES⁹⁴⁹, que la introducción de los acuerdos reparatorios en el Código Procesal Penal ha

⁹⁴⁷ Cfr. JIMÉNEZ ALLENDES, María Angélica. *Las salidas alternativas en el nuevo proceso penal... op. cit.*, p. 21.

⁹⁴⁸ Cfr. DÍAZ, Alejandra. «La experiencia de la mediación penal... op. cit.», p. 7.

⁹⁴⁹ Cfr. JIMÉNEZ ALLENDES, María Angélica. *Las salidas alternativas en el nuevo proceso penal... op. cit.*, p. 22.

supuesto un cambio de paradigma en la justicia chilena, que se abrió a incorporar nuevas respuestas alternativas a la pena y al proceso penal que tiene dos objetivos, por un lado, buscan una forma de reparación del daño a la víctima, y por otro lado, tiene como objetivo descongestionar la Administración de Justicia.

Los principios de los acuerdos reparatorios en Chile son los valores de la Justicia Restaurativa, ya mencionados, esto es: orientación hacia la reparación, posibilidad de incluir a las víctimas, imputados, comunidad o familia, y buscar la reintegración del ofensor y de la víctima en la comunidad⁹⁵⁰.

El artículo 241 CPP tasa los casos en los que resulta procedente realizar un acuerdo reparatorio, señalando que estos solo podrán realizarse si los bienes jurídicos son de carácter patrimonial y están disponibles —delitos contra la propiedad sin violencia contra las personas—, si se trata del delito de lesiones menos graves, o de delitos culposos, donde se incluyen los cuasidelitos de homicidio y homicidio culposo⁹⁵¹. Del tenor de la ley cabe concluir que no cabe acuerdo reparatorio en supuestos no contemplados por ella, porque resultarían improcedentes, en virtud del citado artículo 241; sin embargo, se puede constatar que solo en el año 2017, se han realizado 30 acuerdos reparatorios⁹⁵² en causas donde el delito fue amenazas de atentado contra las personas y propiedades del artículo 296 del CP⁹⁵³ en contexto de violencia intrafamiliar.

El artículo 242 del CPP regula los efectos penales del acuerdo reparatorio. Señala el precepto que una vez llegado a un acuerdo, y cumplidas las obligaciones contraídas por

⁹⁵⁰ Cfr. DÍAZ, Alejandra. «La experiencia de la mediación penal... *op. cit.*, p. 7.

⁹⁵¹ *Ibid.*, p. 7.

⁹⁵² Cfr. Fiscalía. Ministerio Público de Chile «Boletín Estadístico Anual enero - diciembre 2017.» División de Estudios, Evaluación, Control y Desarrollo de la Gestión, Ministerio Público, 2018, tabla n° 26, p. 62.

⁹⁵³ Artículo 296 CP. *El que amenazare seriamente a otro con causar a él mismo o a su familia, en su persona, honra o propiedad, un mal que constituya delito, siempre que por los antecedentes aparezca verosímil la consumación del hecho, será castigado:*

1.º Con presidio menor en sus grados medio a máximo, si hubiere hecho la amenaza exigiendo una cantidad o imponiendo ilegítimamente cualquiera otra condición y el culpable hubiere conseguido su propósito.

2.º Con presidio menor en sus grados mínimo a medio, si hecha la amenaza bajo condición el culpable no hubiere conseguido su propósito, 3.º Con presidio menor en su grado mínimo, si la amenaza no fuere condicional; a no ser que merezca mayor pena el hecho consumado, caso en el cual se impondrá ésta.

Cuando las amenazas se hicieren por escrito o por medio de emisario, éstas se estimarán como circunstancias agravantes.

Para los efectos de este artículo se entiende por familia el cónyuge, los parientes en la línea recta de consanguinidad o afinidad legítima, los padres e hijos naturales y la descendencia legítima de éstos, los hijos ilegítimos reconocidos y los colaterales hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad legítimas.

el imputado, o garantizadas debidamente la satisfacción de la víctima, el tribunal dictará el sobreseimiento definitivo, total, o parcial, de la causa, cuyos efectos son la extinción total o parcial de la responsabilidad penal del imputado, y en consecuencia también el final de la causa.

El artículo 243, regula los efectos civiles del acuerdo reparatorio, de forma que si este no se cumpliera podrá solicitarse el cumplimiento del mismo ante un juez/a de garantía. Y señala el artículo, que dicho acuerdo reparatorio no podrá ser dejado sin efecto por ninguna acción civil.

El artículo 244 establece los efectos subjetivos del acuerdo reparatorio, señalando que, si en la causa existieren pluralidad de imputados o víctimas, el procedimiento continuara respecto de aquellas personas que no hubieren concurrido al acuerdo.

Y, por último, el artículo 245 señala que el acuerdo reparatorio podrá solicitarse y decretarse en cualquier momento posterior a la formalización de la investigación. Esto significa que en la misma audiencia de formalización del imputado podrá proponerse arribar a un acuerdo reparatorio si la víctima se encuentra presente. En caso contrario el juez o jueza de garantía está obligado/a a citar a nueva audiencia a las partes para efectos de discutir un posible acuerdo reparatorio. El momento procesal para realizar un acuerdo reparatorio es el periodo que transcurre entre el momento en que se formaliza a la persona imputada y hasta la audiencia de preparación del juicio oral inclusive, cuando ya está cerrada la fase de investigación.

Para que el acuerdo reparatorio sea vinculante, debe ser aprobado por el juez o jueza de garantía quien escuchará previamente a todas las partes y verificará que estas han prestado su consentimiento en relación con el acuerdo reparatorio en la forma en que la ley lo establece, esto es, en forma libre y con pleno conocimiento de sus derechos. Al respecto, resulta relevante resaltar que conforme al artículo 78, literal b) del CPP, una de las obligaciones del Ministerio Público es informar a la víctima sobre el procedimiento y sus derechos, por lo que en relación al acuerdo reparatorio deberá señalar a la víctima que una vez aprobado el acuerdo por el tribunal y verificado su cumplimiento, se dictará sobreseimiento en la causa, extinguiéndose la responsabilidad penal del imputado, como señala el artículo 242 del CPP.

Puede ocurrir que la voluntad de las partes para llegar a un acuerdo reparatorio se encuentre con la oposición del Ministerio Público, invocando un interés público prevalente en la persecución del hecho que se investiga. En ese escenario, deberá resolver el juez/a si da lugar al mismo o no. Se considera que hay interés público prevalente en los casos en que el imputado/a hubiere incurrido reiteradamente en hechos como los que se investigaren, especialmente en los casos en que se afecta el mismo bien jurídico⁹⁵⁴. El resultado de un acuerdo reparatorio es un acuerdo entre víctima e imputado, cuyo contenido debe recoger la reparación de la persona imputada a la víctima en la forma en que para ésta sea satisfactoria. La doctrina y la jurisprudencia han entendido que esta reparación puede ser material, simbólica o incluso ser una disculpa⁹⁵⁵.

De forma crítica MARÍA ANGÉLICA JIMÉNEZ ALLENDES señala que la introducción de los acuerdos reparatorios debe tener en cuenta que estos afectan de forma desigual a las personas con recursos económicos diferentes, pues en el caso de que la persona que comete la agresión no disponga de capacidad económica suficiente (método de reparación más habitual pero no único) para reparar los daños causados a la víctima de forma satisfactoria, tiene más probabilidades de terminar en un procedimiento penal. Sostiene la autora que, si bien esto es cierto, la solución no es limitar los acuerdos reparatorios, porque esto implica privar a las víctimas de un derecho y resulta también injusto privar a personas imputadas de la posibilidad de ofrecer una reparación económica a la víctima que puedan hacerlo⁹⁵⁶. Además, los datos sobre los tipos de acuerdos reparatorios que se alcanzan muestran que no siempre estos tienen un contenido económico. Los resultados que muestra la autora reflejan que hay tres tipos

⁹⁵⁴ La posición del Ministerio Público en relación a la celebración de los acuerdos reparatorios ha ido modificándose en los últimos años. En un primer momento solo recomendaban la celebración de los mismos en aquellos casos en que el bien jurídico sea disponible para la víctima, y el Fiscal Nacional en su Instructivo N° 34 señalaba en este sentido los siguientes delitos: hurto de energía eléctrica, hurto de hallazgo, usurpación no violenta, usurpación no violenta de aguas, entrega fraudulenta, suscripción engañosa de documentos, celebración fraudulenta de contrato aleatorio, fraude en juego, administración fraudulenta, apropiación indebida, depositario alzado, y giro doloso de cheque. Y se oponía a la conciliación en los delitos de: robo calificado, robo simple con violencia o intimidación, robo por sorpresa, robo con fuerza en lugar habitado, piratería común, receptación, exacción ilegal, destrucción de documentos, suposición de remuneraciones en empleados públicos, obtención de prestaciones improcedentes, daños calificados, usurpación violenta de aguas, incendio calificado, incendios, adulteración de contabilidad en incendio, ver en JIMÉNEZ ALLENDES, María Angélica. *Las salidas alternativas en el nuevo proceso penal...* op. cit., pp. 23-24.

⁹⁵⁵ Cfr. DÍAZ, Alejandra. «La experiencia de la mediación penal... op. cit., pp. 7-10 y JIMÉNEZ ALLENDES, María Angélica. *Las salidas alternativas en el nuevo proceso penal...* op. cit., pp. 21-22 .

⁹⁵⁶ Cfr. JIMÉNEZ ALLENDES, María Angélica. *Las salidas alternativas en el nuevo proceso penal...* op. cit., pp. 22-23.

de acuerdo: pago de una suma de dinero o reparación económica del daño causado (78%), presentarse a firmar por un periodo de tiempo determinado, habitualmente a estos efectos se designa el cuartel de carabineros más cercano (12%) y disculpas a la víctima (10%). Y en los casos en los que se produce el acuerdo, se cumple en el 95,9% de los casos y para el cumplimiento del mismo contaron en el 85,7% de los casos con el apoyo de la familia, y en 74% de los casos no volvieron a tener más problemas en el futuro. Este tipo de salidas alternativas al proceso judicial permiten también que no se pierdan los lazos familiares ni el trabajo, lo cual es también una garantía de pago⁹⁵⁷.

1.2. Concepto y fundamento de la mediación en la Ley 19.968 que Crea los Tribunales de Familia

La mediación puede definirse como una fórmula autocompositiva voluntaria que puede aplicarse a cualquier tipo de conflicto, donde interviene un tercero que media entre las partes. A diferencia de la conciliación donde el tercero mantiene una postura de neutralidad y no se hace seguimiento del cumplimiento del acuerdo o sanción⁹⁵⁸, en la mediación las personas son las protagonistas y la víctima se empodera recuperando su igualdad ante el agresor que debe reconocer su falta. El resultado de la mediación debe ser un compromiso de reparación, donde se incluye la reparación moral, y el daño infligido a la víctima⁹⁵⁹; en este proceso el mediador o mediadora tiene un rol más activo, que variará dependiendo del modelo de mediación que se esté desarrollando.

Es necesario poner de manifiesto que no existe en la doctrina una definición unánime de lo que debe entenderse por mediación, pero como señala ANA MARÍA NEIRA

⁹⁵⁷ Sobre los acuerdos reparatorios, su implementación y resultados positivos puede ampliarse información en JIMÉNEZ ALLENDES, María Angélica. *Las salidas alternativas en el nuevo proceso penal...* op. cit., pp. 50 y ss.

⁹⁵⁸ Cfr. LEMAITRE RIPOLL, Julieta. "Justicia Injusta: una crítica feminista..." op. cit., p. 86.

⁹⁵⁹ Cfr. VILAPLANA RUIZ, Javier. «Mediación y violencia de género.» *Diario La Ley* (La ley) 35, n° 8340, junio 2014, p. 5.

En la literatura especializada se encuentran numerosas definiciones de lo que ha de entenderse por mediación, así otra definición es la que aporta Bernal T. en 2003 quien define la mediación como: "una técnica pacífica de resolver conflictos donde el protagonismo lo tienen las partes, cambiando de rol de los actores intervinientes en la situación conflictiva, responsabilizándose de sus decisiones y abriendo la puerta para que puedan seguir relacionándose en el futuro. La mediación conceptualiza el conflicto desde una óptica positiva de manera que promueve un cambio en la interpretación de la situación que genera alternativas conducentes a salir del conflicto y donde los intereses de ambas partes son tenidos en cuenta a partir de la interpretación comprensiva de la situación", en SALAZAR VILLARROEL, Deyanira y Eugenia VINET REICHARDT. «Mediación familiar... op. cit., pp. 14-15.

es posible extraer una serie de principios básicos sobre los que esta institución se asienta. Estos principios básicos son la voluntariedad de las partes como presupuesto ineludible de todo proceso de mediación, la flexibilidad, la oficialidad y la gratuidad como caracteres que se deberían garantizar si consideramos la mediación como un servicio público y por lo tanto accesible a todas las personas con igualdad, neutralidad o la imparcialidad atenuada⁹⁶⁰.

A continuación, analizamos si la institución de la mediación que se introduce en la Ley 19.968 de Tribunales de Familia cumple con esta conceptualización.

La mediación aparece definida en el artículo 103 de la Ley de Tribunales de Familia en los siguientes términos:

“Para los efectos de esta ley, se entiende por mediación aquel sistema de resolución de conflictos en el que un tercero imparcial, sin poder decisorio, llamado mediador, ayuda a las partes a buscar por sí mismas una solución al conflicto y sus efectos, mediante acuerdos”.

Señalan DEYANIRA SALAZAR VILLARROEL y EUGENIA VINET REICBBARDT que el legislador al introducir la mediación buscaba que se cumplieran los siguientes cinco objetivos en la jurisdicción de familia: (1) una forma de trabajo colaborativo entre las personas que intervenían en la mediación que hiciese posible el desarrollo de acuerdos creativos y con perspectivas de futuro posibilitando la economía de tiempo, el dinero y la energía; (2) la creación de un espacio consensuado entre las partes donde la resolución de sus conflicto se produjese de forma más eficiente y respetando sus intereses; (3) mejorar el acceso al sistema judicial; (4) ofrecer respuestas más adecuadas en los conflictos familiares y (5) descongestionar los tribunales⁹⁶¹. MACARENA VARGAS PAVÉZ coincide con las autoras señaladas al sostener que la decisión de introducir la mediación de forma obligatoria y previa (artículo 106 Ley 19.968), se tomó en base a

⁹⁶⁰ Véase ampliamente NEIRA PENA, Ana María. «A xustiza restaurativa e a mediación penal.» *Anuario Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* (Facultade de Dereito Universidade da Coruña), n° 15, 2011, pp. 536 y ss. 529-551.

⁹⁶¹ Cfr. SALAZAR VILLARROEL, Deyanira y Eugenia VINET REICHARDT. «Mediación familiar... *op. cit.*, p. 10.

consideraciones de eficiencia y gestión de los recursos judiciales⁹⁶², lo que pone de manifiesto los principios de gestión neoliberal en la Administración de Justicia.

La mediación en los Tribunales de Familia, se regula en el artículo 105 de la Ley de Tribunales de Familia, que establece los principios que deben regir en la mediación, entre los que se encuentra la igualdad entre las partes, el interés superior del niño, niña o adolescente, la confidencialidad de la información y la voluntariedad para participar en el proceso⁹⁶³.

En su primera redacción el precepto establecía que solo podía resolverse por mediación si las partes están en equilibrio, de no ser esto así el mediador declarará terminada la mediación (esta redacción no se encuentra vigente hoy)⁹⁶⁴.

El artículo 106 establece las materias en podrán resolverse por mediación. Desde el año 2008 establece que la mediación debe ser obligatoria previamente a interponerse una demanda, en todos aquellos asuntos que versen sobre el derecho de alimentos,

⁹⁶² Cfr. VARGAS PAVÉZ, Macarena. «Mediación obligatoria... *op.cit.*, p. 197.

⁹⁶³ *Ibid.*, p. 10.

⁹⁶⁴ El artículo 106 de la Ley 19.968, ha sufrido variaciones desde el año 2004, cuando entra en vigor. Por su interés, reproducimos a continuación la primera redacción del artículo, la vigente cuando se aprueba la ley 20.066 y la actual, operada por la Ley 20.286, que Introduce modificaciones orgánicas y procedimentales a la Ley N° 19.968, que Crea los Tribunales de Familia, de 15 de septiembre de 2008.

Artículo 106 (derogado). *Principios de la mediación. El mediador se cerciorará de que los participantes se encuentren en igualdad de condiciones para adoptar acuerdos. Si no fuese así, propondrá o adoptará, en su caso, las medidas necesarias para que se obtenga ese equilibrio. De no ser ello posible, declarará terminada la mediación.*

En el curso de la mediación, el mediador velará siempre para que se tome en consideración el interés superior del niño, niña o adolescente, en su caso, como los intereses de los terceros que no hubieren sido citados a la audiencia, a quienes también podrá citar.

El mediador deberá guardar reserva de todo lo escuchado o visto durante el proceso de mediación y estará amparado por el secreto profesional. La violación de dicha reserva será sancionada con la pena prevista en el artículo 247 del Código Penal.

Artículo 106 (actual). *“Mediación previa, voluntaria y prohibida. Las causas relativas al derecho de alimentos, cuidado personal y al derecho de los padres e hijos e hijas que vivan separados a mantener una relación directa y regular, aun cuando se deban tratar en el marco de una acción de divorcio o separación judicial, deberán someterse a un procedimiento de mediación previo a la interposición de la demanda, el que se regirá por las normas de esta ley y su reglamento.*

Lo dispuesto en el inciso anterior no se aplicará a los casos del artículo 54 de la ley N° 19.947.

Las partes quedarán exentas del cumplimiento de este requisito, si acreditaren que antes del inicio de la causa, sometieron el mismo conflicto a mediación ante mediadores inscritos en el registro a que se refiere el artículo 112 o si hubieren alcanzado un acuerdo privado sobre estas materias.

Las restantes materias de competencia de los juzgados de familia, exceptuadas las señaladas en el inciso siguiente, podrán ser sometidas a mediación si sí lo acuerdan o lo aceptan las partes.

No se someterán a mediación los asuntos relativos al estado civil de las personas, salvo en los casos contemplados por la Ley de Matrimonio Civil; la declaración de interdicción; las causas sobre maltrato de niños, niñas o adolescentes, y los procedimientos regulados en la ley N° 19.620, sobre adopción.

En los asuntos a que dé lugar la aplicación de la ley N° 20.066, sobre Violencia Intrafamiliar, la mediación procederá en los términos y condiciones establecidos en los artículos 96 y 97 de esta ley”.

cuidado, y crianza personal y régimen comunicacional de las madres y padres con sus hijos e hijas. En estos casos cuando las partes gozan del privilegio de pobreza la mediación será gratuita y el Estado cubrirá los costos de los servicios mediante un sistema de mediadoras y mediadores licitados, de no ser así los gastos del servicio de mediación se repartirán de forma igual entre las partes⁹⁶⁵.

Señala la doctrina que es frecuente que, en estos en procesos de mediación, pensados para abordar la separación o el divorcio, aparezcan episodios de violencia que se han producido en la relación de pareja⁹⁶⁶.

El problema se plantea en los casos de violencia intrafamiliar no constitutiva de delito, la suspensión condicional de la dictación de sentencia (regulada en el artículo 96 de la Ley 19.968⁹⁶⁷) cabe cuando las partes en igualdad de condiciones, establecen dicha suspensión en un acta de mediación, el juez debe garantizar que existe equilibrio entre las partes y para ello puede asesorarse antes de convalidar el acta por un consejo técnico.

El artículo 97 de la Ley de Tribunales de Familia regula la improcedencia de la suspensión condicional de la dictación de sentencia, entre otros supuestos, “*cuando ha habido denuncia o demanda previa sobre la comisión de actos de violencia*

⁹⁶⁵ Cfr. VARGAS PAVEZ, Macarena. «Mediación obligatoria. Algunas razones para justificar su incorporación.» *Revista de Derecho* 35, n° 2, diciembre 2008, p. 197.

⁹⁶⁶ Sobre la existencia de violencia en las relaciones de pareja que llegan a los procesos de mediación señala Suares M., es necesario visibilizarla y reconocer que existe violencia en muchas relaciones de pareja, y que esta realidad forma parte de las mediaciones familiares situaciones. En, SALAZAR VILLARROEL, Deyanira y Eugenia VINET REICHARDT. «Mediación familiar... *op. cit.*, p. 16.

⁹⁶⁷ Por su interés reproducimos a continuación el artículo 96 de la Ley 19.968 que Crea los Tribunales de Familia. Artículo 96.- *Suspensión condicional de la dictación de la sentencia. Si el denunciado o demandado reconoce ante el tribunal los hechos sobre los que versa la demanda o denuncia y existen antecedentes que permiten presumir fundadamente que no ejecutará actos similares en lo sucesivo, el juez podrá suspender condicionalmente la dictación de la sentencia, siempre y cuando se cumpla cualquiera de las siguientes condiciones:*

Que se hayan establecido y aceptado por las partes obligaciones específicas y determinadas respecto de sus relaciones de familia y aquellas de carácter reparatorio a satisfacción de la víctima;

Que se haya adquirido por el demandado o denunciado, con el acuerdo de la víctima, el compromiso de observancia de una o más de las medidas cautelares previstas en esta ley por un lapso no inferior a seis meses ni superior a un año.

En todo caso, el tribunal, previo acuerdo de las partes y en conformidad a lo dispuesto en el inciso primero, podrá someter a mediación el conflicto para los efectos de la letra a). Aprobada el acta de mediación, el juez suspenderá condicionalmente la dictación de la sentencia. Para efectos de lo dispuesto en este artículo, el juez deberá ser asesorado por uno o más miembros del consejo técnico, asegurándose que las partes estén en capacidad para negociar libremente y en un plano de igualdad.

La resolución que apruebe la suspensión de la sentencia será inscrita en el registro especial que para estos procesos mantiene el Servicio de Registro Civil e Identificación, en los mismos términos que la sentencia.

intrafamiliar en contra del denunciado o demandado, cualquiera que haya sido la víctima de estos". Esta regulación como vemos solo se refiere a causas por violencia intrafamiliar, y no prohíbe la mediación en asuntos de separaciones, custodias, etc., donde las partes también están incurso en un procedimiento por violencia intrafamiliar. Y, por último, el artículo 97 b) establece que si la parte interesada, ratifica la denuncia, entonces, no se celebra la mediación y se va a juicio.

De lo expuesto, cabe concluir que pese a la nomenclatura expresada en el artículo 106 inciso final, el artículo no regula propiamente tal una mediación, sino que en realidad se trata de un acto que podemos considerar *sui generis*, que participa de la conciliación y de la transacción (artículo 2.446 del Código Civil).

2. La discusión sobre la prohibición de celebrar mediación o acuerdos reparatorios en la Historia de la Ley 20.066.

Pese a que la conciliación funcionaba de forma negativa con la regulación de la Ley 19.325, las salidas alternativas al proceso judicial continuaron siendo para parte del poder legislativo una opción valiosa a la hora de plantearse soluciones para gestionar diversos tipos de violencia machista que se dan en las relaciones de pareja o familiares, donde las mujeres son las principales víctimas.

Los debates legislativos durante la tramitación de la Ley 20.066 respecto de la conciliación, adoptaron una nueva terminología en el Proyecto de Ley, introduciéndose en la discusión el debate en torno a la prohibición de la mediación y los acuerdos reparatorios. Los puntos donde se estableció la discusión fueron los siguientes: la prohibición o no de los acuerdos reparatorios, el valor del consentimiento de la mujer, el interés público en la persecución de los delitos de violencia intrafamiliar, la gravedad de las lesiones como elemento que permitía graduar el interés de la persecución pública y las modalidades de mediación.

El antecedente que fundamenta la prohibición de los acuerdos reparatorios en causas de violencia intrafamiliar fue el mal funcionamiento de la conciliación en la Ley 19.325 de Violencia Intrafamiliar. Sobre este particular señalaban Adriana Muñoz y María Antonieta Saa, que una de las deficiencias de la Ley 19.325 fue el llamado

obligatorio a conciliación que contemplaba que, junto con el desconocimiento de la violencia intrafamiliar, derivó en una gran cantidad de avenimientos forzados e ineficaces en sus contenidos⁹⁶⁸. Ante esta situación, las diputadas proponen radicar la competencia de la violencia intrafamiliar en los Tribunales de Familia una vez que se creen, y eliminar la posibilidad de mediación que se contempla en el Proyecto de Ley de Tribunales de Familia, en los casos en los que exista violencia intrafamiliar⁹⁶⁹.

El criterio de las diputadas no será seguido por el Ejecutivo que en su proyecto de Ley que dará origen a la actual ley 20.066 establece dentro de las posibilidades de soluciones alternativas, la necesidad de que los conflictos en el seno familiar no sean arrebatados totalmente a las personas en él involucradas, debiendo permitirse la resolución o acuerdos entre las partes, donde la intervención sancionadora del Estado se concibe como una alternativa posterior, en línea con la Reforma Procesal Penal que se estaba tramitando y que introducía los acuerdos reparatorios. En esta lógica, el Ejecutivo propone reemplazar la conciliación por la suspensión condicional de la dictación de la sentencia, regulando los efectos del cumplimiento, así como la infracción de dichos acuerdos. Con esta solución el Ejecutivo quiere mantener la posibilidad de acuerdos entre las partes, sin que estos se conviertan en una vía rápida e indiscriminada para poner término al juicio⁹⁷⁰.

Estas dos propuestas, la prohibición y la regulación son las que marcarán el debate político-legislativo de la actual regulación de los acuerdos reparatorios en violencia intrafamiliar.

Uno de los argumentos que se sostuvo para defender que los acuerdos reparatorios debían eliminarse o practicarse de forma diferente, fue la consideración de que la víctima de violencia machista dentro de la pareja en muchas ocasiones no se encuentra en igualdad de condiciones con su agresor, para afrontar ni una conciliación ni una mediación. De esta toma de consciencia de la situación de algunas mujeres sobrevivientes de violencia machista se derivan diversas posturas. Una primera indicará que el juez/a debe cerciorarse especialmente de que nada empañe el consentimiento libre e informado de la víctima que haya prestado el acuerdo respectivo⁹⁷¹; esta

⁹⁶⁸ BCN. *Historia de la Ley 20.066... op. cit.*, p. 7.

⁹⁶⁹ *Ibid.*, p. 7.

⁹⁷⁰ *Ibid.*, pp. 23-24.

⁹⁷¹ *Ibid.*, pp. 396 y 509.

propuesta fue rechazada, en favor de una postura más protectora o paternalista con las víctimas, que considera que después de ser víctima de violencia machista las mujeres se encuentran en una situación de disminuida autoestima por lo que no están en condiciones de negociar en igualdad con su agresor, quien puede ejercer presión sobre ellas. Esta situación impide que puedan prestar consentimiento libre para la celebración de acuerdos reparatorios⁹⁷². Esta postura prohibicionista estuvo fuertemente respaldada desde la Comisión de Familia donde comparecieron diferentes profesionales que sostuvieron la pertinencia de ampliar la prohibición de la mediación a todo procedimiento donde existiese violencia machista, es decir, que la prohibición debía aplicarse tanto en el ámbito penal como de familia. Argumentando que, para poder realizarse un proceso de mediación, las partes deben estar en igualdad por ello, la prohibición debe alcanzar también los procesos de separación donde las partes están llamadas a realizar mediación previa a la interposición de demanda, para alcanzar un acuerdo en materia de alimentos, visitas, etc. (artículo 106 Ley de Tribunales de Familia⁹⁷³), ya que en estos encuentros para negociar se reproducirá la violencia⁹⁷⁴.

Una segunda postura que se utilizó para eliminar los acuerdos reparatorios en sede penal, considera que la violencia intrafamiliar se diferencia de los delitos comunes porque la familia goza de una protección reconocida en la Constitución Política (artículo 1º), al ser el núcleo de la sociedad; por ello, la protección de la familia es un interés público, y esto justifica su protección penal y la persecución e investigación de los ilícitos producidos dentro del ámbito doméstico, y que las partes no puedan resolver en acuerdos reparatorios⁹⁷⁵.

El interés penal en la persecución del ilícito fue gradual, discutiéndose en la Cámara cuál debía ser el nivel de agresión que impediría la celebración de los acuerdos reparatorios que contemplaba el artículo 241 del Código Procesal Penal. Finalmente, el legislador prohibió los acuerdos en sede penal. El mero hecho de que exista un acto

⁹⁷² Ídem.

⁹⁷³ Artículo 106 Ley de Tribunales de familia. - “*Mediación previa, voluntaria y prohibida. Las causas relativas al derecho de alimentos, cuidado personal y al derecho de los padres e hijos e hijas que vivan separados a mantener una relación directa y regular, aun cuando se deban tratar en el marco de una acción de divorcio o separación judicial, deberán someterse a un procedimiento de mediación previo a la interposición de la demanda, el que se regirá por las normas de esta ley y su reglamento*” (...).

⁹⁷⁴ Se pueden leer en el Primer Informe de la Comisión de Familia, numerosas opiniones de expertas que sostienen la prohibición de la mediación acogiendo el argumento de que no existe igualdad entre víctima y victimario en violencia intrafamiliar. Y la igualdad es requisito necesario para proceder a una mediación. Ver, BCN. *Historia de la Ley 20.066...op. cit.*, pp. 61, 62, 396.

⁹⁷⁵ Ídem.

constitutivo de violencia intrafamiliar es suficiente para invalidar esta posibilidad⁹⁷⁶, según el artículo 19 de la Ley 20.066, pero la mediación continuará practicándose en sede familiar respecto de materias que no prohíbe la Ley de violencia intrafamiliar, como son alimentos, pensión, custodias, régimen comunicacional, etc.

La prohibición de celebrar acuerdos reparatorios del artículo 19 de la Ley de Violencia Intrafamiliar marcó un cambio de paradigma importante en la región. Las legislaciones del entorno que se tienen en cuenta para elaborar la Ley 20.066, recogidas en el Primer Informe de la Comisión de Familia, todavía establecían el llamado obligatorio a conciliar —en términos similares a la Ley 19.325 en Chile—. En este sentido, en Argentina la Ley N° 24.417 de Protección contra la Violencia Familiar, de 7 de diciembre de 1994, establece la obligación de una audiencia de mediación⁹⁷⁷; en Bolivia, la Ley 1.674, de Protección contra la Violencia Familiar o Doméstica, de 15 de diciembre de 1995, contiene el llamado obligatorio a conciliación⁹⁷⁸; y en México se toma en cuenta la Ley para la Prevención, atención y sanción de violencia familiar en el Estado de México, que es una ley de tipo administrativo que privilegia la protección de las personas contra la violencia y no contiene competencias de tipo penal. Esta norma era aplicada por los jueces de familia que tenían la competencia para tratar casos de violencia intrafamiliar. La Ley busca la solución de los conflictos familiares mediante la mediación y el arbitraje. Cuando las lesiones eran graves o se trataba de delitos sexuales los casos se derribaban a la jurisdicción penal, que, sin embargo, también era ejercida por el juez o jueza de familia, que debía aplicar procedimientos penales para hacerse cargo de la violencia intrafamiliar y sexual.

Señala ISABEL XIMENA que la justificación de la prohibición de los acuerdos reparatorios por parte del legislador en delitos de violencia intrafamiliar puede deberse, en el momento en que se discute la ley, a la ausencia de mecanismos colaborativos en las salidas alternativas al conflicto y al reducido número de personas formadas en mediación que pudieran dirigir el diálogo entre las partes, con una metodología adecuada para lograr acuerdos significativos⁹⁷⁹. Si bien lo apuntado por la autora es

⁹⁷⁶ Se barajaron otras posibilidades, como permitir los acuerdos cuando para los hechos constitutivos de lesiones menos graves, y diversas exigencias para la celebración de los acuerdos reparatorios, BCN. *Historia de la Ley 20.066... op. cit.*, p. 155.

⁹⁷⁷ BCN. *Historia de la Ley 20.066... op. cit.*, pp. 49-50.

⁹⁷⁸ *Ibid.*, p. 50.

⁹⁷⁹ Cfr. GONZÁLEZ RAMÍREZ, Isabel Ximena. «Algunas consideraciones sobre la aplicación de la justicia restaurativa a conflictos de violencia intrafamiliar y de género.» En *Mecanismos alternativos de solución*

correcto, pues no se daban modelos colaborativos y es probable que tampoco existiesen profesionales con formación que pudieran cubrir todo el territorio, pensamos que estos dos elementos no justifican la prohibición, porque si el Legislador quisiera introducir la mediación y los acuerdos reparatorios en el mediano o largo plazo, tendría que haber hecho constar su intención, como se hizo en su momento con la creación de los Tribunales de Familia. Creemos que la explicación de la prohibición responde más al peso que ganaron las teorías feministas punitivistas y a la explicación con enfoque de género que se dio a la desigualdad de poder en las relaciones de pareja, según la cual esta situación de desigualdad favorece un ciclo de la violencia que puede ser reavivado en procesos de mediación o conciliación mal dirigidos. Este enfoque feminista no tiene en consideración la realidad indígena.

Estos factores son también los responsables de la prohibición de la mediación del párrafo 5 del artículo 87 ter de la Ley orgánica del Poder Judicial introducido por la Ley Orgánica 1/2004 de protección integral frente a la violencia de género, en España, norma que como sabemos se tomó de ejemplo para la introducción de Chile del artículo 14 de maltrato habitual, por lo que sostenemos que la prohibición de los acuerdos reparatorios en Chile también están influenciados por esta ley española, que entre otras diferencias respecto de la ley chilena, es una ley que se aplica solo cuando las agresiones se producen sobre mujeres⁹⁸⁰. Produciéndose con la introducción de la prohibición de la mediación al estilo europeo un nuevo ejemplo de marco legislativo que mira a occidente buscando en sus regulaciones la solución que la plurinacional sociedad chilena necesita, sin hacer un estudio de las problemáticas, ni del encaje de estas soluciones con los problemas autóctonos que en ella existe. Un ejemplo por lo tanto de colonialidad del saber en el plano jurídico.

de conflictos. Un estudio multidisciplinar, de Vasquez Palma (dir.), Raul Carnevali Rodriguez, & Diego Palomo Velez (coords.), Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas de Santiago. Talca Universidad de Chile, 2016, p. 418.

⁹⁸⁰Otra diferencia importante que conviene tener en cuenta respecto de la L.O. 1/2004 es que crea juzgados especializados de Violencia sobre la Mujer que no pueden ser asimilados a los Tribunales de Familia. Los juzgados de Violencia sobre la Mujer, cuyos jueces y juezas en el organigrama del orden penal son jueces de instrucción con competencias tanto en materia penal como en materia civil, pero que tiene prohibido realizar mediación en cualquier asunto. Señala la doctrina que el Legislador español prohibió la mediación, que alcanza a los procesos civiles conexos, sobre la base de que en los casos de violencia de género no existe igualdad efectiva entre los sujetos en completo lo que impide un acuerdo con pleno consentimiento, sobre todo por parte de la víctima. Cfr. MOLINA CABALLERO, María Jesús. «Algunas fronteras de la Ley Integral contra la Violencia de Género: Jurisdicción de menores y mediación.» *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 17, n° 24, 2015, p. 12.

Como consecuencia de lo anterior es necesario introducir la perspectiva de las mujeres indígenas, y señalar que la Ley 20.066 vuelve a no tenerlas en consideración, al prohibir en el artículo 19 la celebración de los acuerdos reparatorios. Negación que se establece sin excepciones, constituyendo este artículo una importante limitación al reconocimiento de las formas de Justicia Indígena vía equiparación con instituciones jurídicas como la mediación o los acuerdos reparatorios. Esta falta de inclusión de las respuestas de justicia indígena, responde como en el caso de la Ley 19.325, a una toma de posición del legislador, que, desde la hegemonía jurídica, considera las instancias del Estado como las idóneas para dar respuesta a la violencia intrafamiliar. Este pensamiento está tan arraigado en la mentalidad de las diputadas y diputados que ni tan siquiera en los debates legislativos se planteó un marco jurídico donde tuviesen reconocimiento las formas de Justicia Indígena, a pesar de llevar en vigor desde 1993, la Ley N° 19.253, que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, en cuyo artículo 1º, el “Estado se compromete a respetar, proteger y promover el desarrollo de los indígenas, sus culturas, familias y comunidades”. El artículo 54 del mismo cuerpo legal reconoce la existencia de las costumbres indígenas en materia de justicia, y su aplicación en el seno de un proceso judicial, y el artículo 55 introduce el uso de la conciliación para alcanzar soluciones extrajudiciales en materia de conflicto de tierras. Que este debate no se desarrollase llama además la atención, cuando en la discusión parlamentaria se analizó la legislación boliviana, en cuya Ley N° 1674, de Protección contra la Violencia Familiar o Doméstica, de 15 de diciembre de 1995, establece precisamente que en las “comunidades indígenas y campesinas, son competentes las autoridades comunitarias y naturales, de acuerdo con la costumbre”⁹⁸¹.

Es decir, ya había experiencias propias en el país, y también antecedentes de derecho comparado que permitían al Legislador de forma solvente introducir una perspectiva intercultural, y la pasó por alto, renunciando a ella.

En conclusión, la prohibición que estableció el Legislativo de los acuerdos reparatorios en contexto de violencia intrafamiliar se fundamenta sobre dos ideas diferentes. La primera de ellas es la gravedad de cualquier delito que pueda cometerse en contexto de violencia intrafamiliar. En este sentido, sostiene MARÍA ANGÉLICA SAN

⁹⁸¹ BCN. *Historia de la Ley 20.066... op. cit.*, p. 50.

MARTÍN PONCE que la prohibición de la mediación o de acuerdos reparatorios debe realizarse desde la protección de los derechos fundamentales de respeto a la dignidad humana por la existencia de la afectación de la integridad física y psíquica de las mujeres, y desde el principio de igualdad y no discriminación⁹⁸². Y el segundo pilar sobre el que se sostiene esta prohibición es la presunción que se aplica a todas las mujeres, independientemente del tipo de delitos en contexto de violencia intrafamiliar del que hayan sido víctimas, de no tener capacidad suficiente para situarse en términos de negociación en igualdad con el agresor. Respecto de esta última fundamentación debe tenerse en cuenta, que no hay nada que garantice que esa igualdad existe en la violencia considerada de menor gravedad por el Legislador, o que no se va a reproducir cuando medien en materias civiles de familia⁹⁸³, advertencias que ya se habían realizado durante la tramitación del Proyecto de Ley⁹⁸⁴.

Y por último debemos advertir que el Legislador fundamentó la prohibición de los acuerdos reparatorios pensando en las características de un perfil de mujeres que sufren violencia machista, sin tomar en consideración las diferencias culturales existentes en el país, ni el número amplio de personas que se recoge en el artículo 5° de la Ley 20.066; esto es, la prohibición de arribar a un acuerdo reparatorio en la Ley 20.066 no afecta únicamente a las mujeres, sino que opera también en el caso de familiares que convivan, hermanos, tíos y sobrinos, donde dicha prohibición carece en nuestra opinión de fundamentación.

⁹⁸² SAN MARTIN PONCE, María Angélica. «Convenio 169 de la OIT y su aplicación en delitos en contexto de violencia intrafamiliar.» *Revista Jurídica del Ministerio Público* (Fiscalía. Ministerio Público de Chile), nº 52, septiembre 2012, p. 167.

⁹⁸³ En este sentido véase CUCARELLA GALIANA, Luis-Andrés. «Violencia de género y mediación... *op. cit.*, p. 770.

⁹⁸⁴ Sobre este particular la doctrina española también ha señalado que el Legislador tampoco ha sido coherente, al prohibir todo tipo de mediación tanto penal como civil cuando las partes entre las conflicto ha existido violencia de género, pero sin embargo, el Juzgado de Violencia de Género puede aceptar en causas de divorcio el “convenio regulador” pactado de mutua acuerdo entre las partes, no observándose en este caso una posible incapacidad de la mujer víctima de violencia para llegar a un acuerdo. En este sentido sostiene MARÍA JESÚSMOLINA CABALLERO, que es un sinsentido que “se prohíba la mediación familiar cuando se permiten otros acuerdos consensuados por las partes en los procesos matrimoniales conexos a la violencia de género, más aún cuando en un proceso de mediación familiar el mediador puede ser un catalizador de dichas desigualdades o en su caso el que señale en vista de las circunstancias que si es imposible el acuerdo por la existencia de las mismas, cosa que no ocurre en los casos de un convenio, donde, por mucho que los letrados hagan su labor concienzudamente, su labor no se enmarca en un espacio como puede ser el que crea la mediación, donde existen posibilidades de que afloren esas situaciones de desigualdad, y por lo tanto no conocen tan a fondo las percepciones y emociones de las partes” la paradoja es todavía mayor si se tiene en cuenta que en España no en ese momento no estaba regulada la mediación penal en el proceso penal de adultos. Cfr. MOLINA CABALLERO, María Jesús. «Algunas fronteras... *op. cit.*, p. 15

3. Intersecciones entre la prohibición de los acuerdos reparatorios, la suspensión condicional de la dictación de la sentencia y la salida alternativa de suspensión condicional del procedimiento

La prohibición de los acuerdos reparatorios se regula en el artículo 19 de la Ley 20.066 de violencia intrafamiliar, en su Párrafo 3° dedicado a la violencia intrafamiliar constitutiva de delito, en concreto el artículo establece: “*Improcedencia de acuerdos reparatorios. En los procesos por delitos constitutivos de violencia intrafamiliar no tendrán aplicación el artículo 241 del Código Procesal Penal.*”

De la ubicación en la que el legislador ha situado dicha prohibición consideramos que la misma, sólo se refiere a los hechos constitutivos de delito, y ello porque, la mediación y los acuerdos reparatorios son dos instituciones diferentes. Los acuerdos reparatorios son una institución propia del sistema procesal penal, y la mediación es una instancia que opera en el ámbito de los Tribunales de Familia, de forma que, si el Legislador hubiese querido prohibir los acuerdos, entre las partes que se encuentran inmersas en conflictos de violencia intrafamiliar en ambas jurisdicciones, el precepto habría hecho alusión también a la mediación. Tampoco se puede realizar una interpretación extensiva del precepto e igualar ambas instituciones, porque como se ha señalado, se trata de procedimientos diferentes.

Por lo tanto, cabe concluir entonces del tenor del precepto 19 de la Ley 20.066 que las cuestiones relativas a la organización familiar reguladas por la Ley de Tribunales de Familia, y no propiamente los temas relativos a violencia sí podrán resolverse por mediación si se cumplen los requisitos del artículo 96 y 97 de la Ley 19.968⁹⁸⁵ de Tribunales de Familia. Esto significa que, si el denunciado o demandado reconoce ante el tribunal los hechos sobre los que versa la demanda o denuncia, las partes aceptan obligaciones específicas y determinadas respecto de sus obligaciones de familia y aquellas de carácter reparatorio para satisfacer a la víctima (art. 96), y el juez no se opone a la realización de la mediación (art. 97), se puede someter el conflicto a mediación.

De esta lectura se deriva que la prohibición opera únicamente para aquellos hechos delictivos en contexto de violencia intrafamiliar, por razón de los sujetos involucrados

⁹⁸⁵ Cfr. GONZÁLEZ RAMÍREZ, Isabel Ximena. «Algunas consideraciones sobre la aplicación de la justicia restaurativa... *op. cit.*, p. 421.

en el delito; así estaría prohibido llegar a un acuerdo reparatorio aun cuando las lesiones fuesen menos graves (caso que el artículo 241 CCP expresamente permite) por darse en contexto VIF. Estas lesiones menos graves pueden ser el resultado de maltrato habitual, femicidio frustrado, lesiones o en el caso de delitos sexuales. En estos casos, por lo tanto, la prohibición del artículo 19 impide terminar las investigaciones penales por delitos en contexto de violencia intrafamiliar mediante acuerdos reparatorios. Sin embargo, avanzamos que esta prohibición establecida por la Ley no siempre se cumple.

En nuestra opinión, la actual prohibición que establece el artículo 19 de la Ley 20.066 respecto a los acuerdos reparatorios, no sería coherente con el espíritu que la fundamenta, en primer lugar, la consideración de que las partes puedan estar en desigualdad de poder, víctima (especialmente mujeres) y agresor, y, en segundo lugar, enviar un mensaje contundente a la sociedad sobre la gravedad de la violencia intrafamiliar. En este sentido VILLEGAS DÍAZ sostiene que para ser coherente el Legislador debería haber establecido la prohibición de los acuerdos reparatorios en el ámbito penal y la mediación en el ámbito civil expresamente⁹⁸⁶.

Si bien con la prohibición de los acuerdos reparatorios se pretende mostrar el cambio de paradigma con la ley anterior donde la conciliación había funcionado de forma negativa, generando en la sociedad la imagen de que los agresores de violencia intrafamiliar eran impunes, paralelamente se habilitó, en los Tribunales de Familia la «suspensión condicional de la dictación de la sentencia» (art. 96 Ley de Tribunales de Familia), y la mediación en causas VIF (art. 106 de la Ley de Tribunales de Familia). Y, por otra parte, se instauró en el sistema procesal penal la «salida alternativa de suspensión condicional del procedimiento» (arts. 237 y 238 de CPP) que se convirtió en la forma de término judicial común.

La salida alternativa de suspensión condicional del procedimiento plantea algunas inquietudes en relación con su utilización en los casos de delitos cometidos en contexto de violencia intrafamiliar. Por una parte, la gran cantidad de causas a las que se aplica y, por otra parte, el rol de la víctima en ellas. Y es que de la lectura del artículo 237 CPP se observa que la única obligación del juez o jueza respecto a la víctima es que deberá oír la si asiste a la audiencia donde se acuerda la suspensión condicional del procedimiento. Por tanto, no es necesaria la presencia de la víctima para acordar la suspensión, y

⁹⁸⁶ VILLEGAS DÍAZ, Myrna (dir.) «Violencia contra la mujer... *op. cit.*», p. 18.

tampoco su consentimiento. Si bien en muchos delitos la opinión de la víctima puede no ser tan relevante, o puede tratarse de un delito que no tenga víctima concreta, la situación es en delitos VIF, y sin embargo la Ley 20.066 solo señala que, para decretar la suspensión del procedimiento, el juez/a de garantía impondrá como condición una o más de las medidas accesorias establecidas en el artículo 9° de esa ley (artículo 17). Consideramos que lo ideal sería que las condiciones de suspensión fueran acordadas también con la víctima, en especial si estas pueden afectar a la vida de la víctima. Por ello pensamos que hubiese sido más adecuado que la Ley 20.066 de Violencia Intrafamiliar estableciera también reglas especiales para la aplicación de la suspensión condicional del procedimiento en este tipo de casos, en atención al especial contexto de relación entre víctima e imputado.

El número de suspensiones condicionales del procedimiento en el ámbito penal se relaciona directamente con la tendencia a privilegiar siempre las sentencias definitivas y las suspensiones condicionales del procedimiento cuando existan antecedentes suficientes. Así se señala en la Instrucción General que imparte criterios de actuación en delitos cometidos en contexto de violencia intrafamiliar, emitida por el Fiscal Nacional del Ministerio Público con fecha de 20 de octubre de 2014. El éxito para el Ministerio Público es absoluto pues la suspensión condicional del procedimiento, que se regula en los artículos 237⁹⁸⁷ y 238 del CPP⁹⁸⁸ ha supuesto desde el año 2008 hasta el año 2017,

⁹⁸⁷ El artículo 237 CPP señala que la suspensión condicional del procedimiento podrá solicitarse por parte del Ministerio Público de conformidad con el imputado en los siguientes casos: (a) si la pena por los hechos imputables no excede de tres años; (b) si el imputado no hubiere sido condenado anteriormente por crimen o simple delito; (c) si el imputado no tuviere vigente una suspensión condicional del procedimiento. La presencia del defensor del imputado en la audiencia en que se ventile la solicitud de suspensión condicional del procedimiento constituye un requisito de validez de la misma. El juez o jueza deberá oír al querellante o víctima si asiste al procedimiento donde se acuerda la suspensión condicional. Al decretarse la suspensión condicional, el juez o jueza de garantía debe establecer las condiciones a las que el imputado debe someterse por el plazo que determine, que no podrá ser inferior a un año ni superior a tres. Durante dicho periodo no podrá reanudarse el curso de la prescripción de la acción. Contra la resolución que se pronuncie respecto de la suspensión condicional cabe recurso de apelación tanto por el imputado como por la víctima, Ministerio Público o querellante. Así mismo, la suspensión condicional del procedimiento no impide el derecho a perseguir por la vía civil las responsabilidades pecuniarias derivadas del mismo hecho.

⁹⁸⁸ El artículo 238 del CPP, establece las condiciones que puede decretar el juez o jueza de garantía para condicionar la suspensión del procedimiento. El precepto establece que como mínimo deberá imponerse una de las siguientes condiciones, pero no establece el máximo: residir o no residir en lugar determinado; abstenerse de frecuentar determinados lugares o personas; someterse a un tratamiento médico, psicológico o de otra naturaleza; tener o ejercer un trabajo, oficio, profesión o empleo, o asistir a algún programa educacional o de capacitación; pagar una determinada suma, a título de indemnización de perjuicios, a favor de la víctima o garantizar debidamente su pago. Se podrá autorizar el pago en cuotas dentro de un determinado plazo, el que en ningún caso podrá exceder el periodo de suspensión del procedimiento; acudir periódicamente ante el ministerio público y, en su caso, acreditar el cumplimiento de las demás condiciones imputas; fijar domicilio e informar al ministerio público de cualquier cambio del mismo; y

la forma más usada, respecto de otras formas de término que permite la ley, de finalizar el procedimiento, lo que supone su uso en el 30,67% de las causas. Esto significa que para el periodo de los últimos 10 años un total de 488.806 procedimientos han terminado por esta vía. Observándose en los últimos años como se refleja en la Tabla 1, una pérdida de protagonismo de esta forma de término del procedimiento. De esta forma se trasladó, en nuestra opinión, el problema de la imagen de impunidad a los agresores que supuso la conciliación a esta figura de suspensión condicional del procedimiento, que no es fácilmente comprensible ni por las partes, ni por la sociedad. Reflejo de la dificultad de comprender que supone el incumplimiento de las condiciones impuestas en la suspensión condicional del procedimiento dictada por los Juzgados de Garantía, es que el delito de desacato es el cuarto delito más cometido en contexto de violencia intrafamiliar.

En los datos de Víctimas de Violencia Intrafamiliar del Ministerio Público⁹⁸⁹ del año 2017, se señala que los delitos más cometidos fueron: lesiones con 64.517 causas, amenazas con 49.516 causas, maltrato habitual 12.290 causas, y en cuarto lugar desacato con un total de 5.057 causas en todo Chile. En la región de la Araucanía para el año 2017 el delito de desacato es el tercero más cometido; las cifras son las siguientes: lesiones, 3.805; amenazas, 2.677 y desacato 236 causas.

cualquier otra condición que resultare adecuada en consideración con las circunstancias del caso concreto de que se trate y fuere propuesta por el Ministerio Público. Estas condiciones podrán ser modificadas durante el periodo de suspensión si así es solicitado, previa audiencia donde deberán escucharse todas las partes intervinientes que concurrieren a dicha audiencia.

⁹⁸⁹Fiscalía. Ministerio Público de Chile «Boletín Estadístico Anual enero - diciembre 2017.»... *op. cit.* Tabla N° 16, p. 50.

TABLA 4

SUSPENSIÓN CONDICIONAL Y OTRAS FORMAS DE TÉRMINO

	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	TOTAL
Suspensión condicional	36.617	47.858	50.617	75.032	81.398	56.419	55.871	30.621	27.806	26.567	488.806
Otras formas de término ¹	77.997	93.519	101.475	115.696	111.376	84.617	122.366	140.311	130.468	127.555	1.105.380
TOTAL	114.614	141.377	152.092	190.728	192.774	141.073	178.237	170.932	158.274	154.122	1.594.223

Tabla de elaboración propia con datos de la Fiscalía. Ministerio Público, boletín estadístico 2008 a 2017.

¹ En otras formas de término se contienen los siguientes tipos de términos: *sentencia definitiva condenatoria, sentencia definitiva absolutoria, sobreseimiento definitivo, sobreseimiento temporal, suspensión condicional de procedimiento, sobreseimiento definitivo 240, acuerdo reparatorio, facultad para no investigar, archivo provisional, decisión de no perseverar, principio de oportunidad e incompetencia*

La prohibición de los acuerdos reparatorios fundamentada en la desigualdad de hombres y mujeres —enarbolada desde los sectores feministas punitivistas—, no se articuló bien, puesto que de existir esta desigualdad y con la actual regulación en materia de familia la mediación se producirá entre las personas a las que la ley pretende proteger, cuando necesitan acudir a los Tribunales de Familia a tratar temas como: divorcio, alimentos, custodia, etc.⁹⁹⁰. En este contexto de mediación familiar es donde alerta las y los expertos si no se cuenta con los programas y las herramientas idóneas puede producirse una reconciliación que facilitará el ciclo de la violencia⁹⁹¹. Otra consecuencia de la mediación obligatoria en temas de familia cuando nos encontramos en contexto de violencia intrafamiliar es que esta institución puede contribuir a revictimizar a la mujer que tiene que enfrentarse de nuevo con su agresor y, no es deseo de la víctima encontrarse con su agresor nuevamente. Esta situación generó que el Legislativo tuviera que pronunciarse respecto de este particular, la prohibición de la mediación en los Tribunales de Familia, cuando las personas están envueltas en una causa de violencia intrafamiliar. Con el objetivo de dotar de coherencia a la prohibición de los acuerdos reparatorios en violencia intrafamiliar y facilitar la aplicación práctica en los tribunales se añade en el año 2008 un inciso final al artículo 106 de la ley

⁹⁹⁰ CUCARELLA GALIANA, Luis-Andrés. «Violencia de género y mediación... *op. cit.* p. 774.

⁹⁹¹ BCN. *Historia de la Ley 20.066... op. cit.*, pp. 62, 132.

19.968⁹⁹², donde se establece que la mediación está permitida, pero deberá cumplir, como se ha señalado previamente, con los requisitos de los artículos 96 y 97 de la Ley de Tribunales de Familia.

En la actualidad la aplicación de este marco normativo sigue siendo compleja. Por ello el Servicio Nacional de la Mujer, emitió en el año 2012 unas directrices encaminadas a corregir el trato que reciben las mujeres que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 106 de la Ley 19.968, deciden someterse a un procedimiento de mediación previo a la interposición de la demanda en las causas relativas al cuidado personal de los hijos/as, relación directa y regular y derecho de alimentos, señalando que deberá⁹⁹³: tenerse en cuenta si la mujer está bajo la protección de una medida cautelar, especialmente prohibición de acercamiento, caso en el que no corresponde realizar la mediación; e informar a la mujer de los riesgos de acudir a una mediación especialmente si no goza de la protección de medidas cautelares, y del derecho que tiene de no asistir a la mediación, en cuyo caso se emitirá declaración de mediación frustrada.

Y, por último, como ya habíamos avanzado en el análisis en la Historia de la Ley, el legislador cuando articuló la prohibición del artículo 19, pensó únicamente en víctimas mujeres sometidas a malos tratos por parte de sus parejas o exparejas, obviando que el artículo 5º de la ley, establece que nos encontramos ante una ley construida sobre la categoría de violencia intrafamiliar y no violencia de género. De forma que lo idóneo, en nuestra opinión, hubiese sido que esta prohibición o bien no existiese, o bien se regulara con reservas. Establezcamos un caso hipotético para comprender mejor el planteamiento, una riña doméstica entre dos hermanos varones el día de un asado, que termina en lesiones menos graves (las lesiones menos graves según el art. 241CPP son susceptibles de acuerdo reparatorio). Probablemente, este hecho desafortunado, tendría un mejor final, precisamente con ese acuerdo reparatorio, que permitiría a la familia, solucionar el problema, sin embargo, la prohibición establecida en el artículo 19 VIF, prohíbe que este hecho se solucione vía acuerdo reparatorio. De

⁹⁹² La introducción de este último inciso en el artículo 106 fue operada por la Ley 20.286, de 15 de septiembre de 2008, que Introduce modificaciones orgánicas y procedimentales a la Ley N° 19.968, que Crea los Tribunales de Familia: *“En los asuntos a que dé lugar la aplicación de la ley N°20.066, sobre Violencia intrafamiliar, la mediación procederá en los términos y condiciones establecidos en los artículos 96 y 97 de esta ley”*.

⁹⁹³SERVICIO NACIONAL DE LA MUJER. *Orientaciones Técnicas 2012. Modelo de Intercención Centros de la Mujer. Chile Acoge*. Gobierno de Chile, 2012, p. 107.

forma que resulta cuestionable, si este exceso de celo del artículo 19, termina resultando producente en relación con la protección de la familia, que establece la Ley.

Otra crítica que cabe hacer al artículo 19 de la Ley VIF es que hay que interpretarlo a la luz del artículo 241 del CPP, cuyo tenor como se ha señalado anteriormente prohíbe que se celebren acuerdos reparatorios en el delito de amenazas. En este sentido, es necesario tener presente que el delito de amenazas es el segundo más cometido en contexto de violencia intrafamiliar. De forma que, ante la imposibilidad de realizar un acuerdo reparatorio, ante un delito de amenazas, la forma de terminar el procedimiento será como cabe suponer una suspensión condicional del procedimiento, donde la víctima debe ser oída, pero solo si se encuentra presente en la audiencia (artículo 257 CPP).

En conclusión, la prohibición absoluta que establece el artículo 19 de la ley 20.066, muestra en realidad una postura ambivalente del legislador, donde en principio existía mediación en sede familiar para determinadas materias, pero no en sede penal. A la luz de los problemas que genera esta prohibición entendemos que la fundamentación principal de esta prohibición no es proteger mejor a la víctima o garantizar que no se produzcan acuerdos abusivos cuando existe desigualdad entre víctima o agresor, sino que se aprovecharon estos argumentos para establecer un marco regulador de la violencia intrafamiliar que responde más a una búsqueda rápida de despacho de asuntos, donde se prioriza por sobre la solución de real de la violencia, por ello, consideramos que nos encontramos ante una ley que responde más a una lógica de gestión basada en la supuesta eficiencia y descongestión de la administración que a una real preocupación por buscar soluciones a violencia machista que sufren las mujeres y otros integrantes del núcleo familiar.

4. El cumplimiento relativo de la prohibición de los acuerdos reparatorios en causas penales de violencia intrafamiliar

Tomando como referencia el Boletín Estadístico que publica el Ministerio Público de Chile entre los años 2007 y 2017 se observa lo siguiente⁹⁹⁴: entre los años 2007 y

⁹⁹⁴ La información que se señala elaborada por el Ministerio Público, y publicada en el Boletín Estadístico, correspondiente a cada año entre el 2006 y el 2017, accesible en

2017 se contabilizaron los acuerdos reparatorios como una de las formas de término que se aplican a los delitos de violencia intrafamiliar, produciéndose un total de 969 acuerdos reparatorios, de los cuales únicamente 12 se realizan en la Región de la Araucanía. Según los datos de Fiscalía, entre los años 2010 y 2013, no se contabilizó ningún acuerdo reparatorio de forma desagregada, y estos vuelven a contabilizarse a partir del año 2014, con una tendencia para el conjunto del país ascendente hasta la actualidad, tendencia que sin embargo no se cumple en la región de La Araucanía.

TABLA 5

ACUERDOS REPARATORIOS APLICADOS EN VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

PERIODO 2007 – 2017

	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	TOTAL
CIFRA ESTATAL	212	271	169	-	-	-	-	62	112	80	63	969
R. LA ARAUCANÍA	3	2	5	-	-	-	-	1	1	0	0	12

Tabla de elaboración propia con datos de la Fiscalía. Ministerio Público, boletín estadístico 2007 a 2017.

De los datos recopilados se comprueba cómo, a pesar de la prohibición expresa del artículo 19 de la Ley N° 20.066, los acuerdos reparatorios continuaron siendo parte de la realidad judicial, aunque no de forma relevante; y que existe un gran número de acuerdos reparatorios realizados fuera de La Araucanía, lo que descarta que la mayoría de los mismos se fundamenten en la aplicación del Convenio 169 de la OIT.

Gracias a la información realizada vía consulta de transparencia n° 6230 la Unidad Especializada en Derechos Humanos, Violencia de Género y Delitos sexuales de la Fiscalía Nacional, nos remitió la información de los acuerdos reparatorios celebrados

<http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/estadisticas/index.do?dl=0>. Tomamos como inicio del estudio el año 2006 porque es a finales del año 2005 cuando entra en vigor la Ley 20.066. Sin embargo, el Boletín Estadístico del año 2006 no contiene el desglose de delitos de violencia intrafamiliar, estos aparecen integrados en la categoría de “delitos de leyes especiales”, y las referencias a los acuerdos reparatorios, se hacen por categoría de delito, de forma que no podemos identificar cuales se produjeron en contexto de violencia intrafamiliar, ni de pareja, por ello las cifras que se indican empiezan en el año 2007. Advertimos también que los datos del año 2013, no reflejan el último trimestre del año (desconocemos la causa de porque la Fiscalía no ha publicado los datos de ese periodo). Esta situación no afecta a nuestro estudio, y ello porque no existe en el año 2013 el desglose para acuerdos reparatorios en contexto de VIF.

durante el periodo de enero de 2016 a diciembre de 2017 en todo Chile, donde se indica los delitos en los cuales en contexto de violencia intrafamiliar se permitió arribar a acuerdo reparatorio: amenazas de atentados contra persona y propiedades, amenazas simples contra personas y propiedades, amenazas condicionales contra personas y propiedades, falta de amenaza con arma, desacato, lesiones leves, lesiones menos graves, lesiones gravísimas, lesiones leves, maltrato habitual, violación de morada y daños simples. En total 132 acuerdos, cifra que no se corresponde con la información que aportan en el Boletín estadístico del Ministerio Público.

TABLA 6

**RESUMEN DE TÉRMINOS APLICADOS EN ACUERDOS
REPARATORIOS PARA DELITOS VIF
PERIODO 01-01-2016 - 31-12-2017**

Tipo Término	DELITO	Año del Término		Total general
		2016	2017	
ACUERDO REPARATORIO	Violación de morada. Art. 144	3	1	4
	Amenazas de atentados contra personas y propiedades	1		1
	Amenazas simples contra personas y propiedades art. 296 n°3.	23	27	50
	Amenazas condic. Contra personas y prop. Art. 296 1 y 2, 297	2	1	3
	Lesiones graves	1		1
	Lesiones menos graves	21	20	41
	Daños simples. Art. 487.	13	7	20
	Desacato (Art. 240 Código de Procedimiento Civil)	1		1
	Lesiones leves	6	4	10
	Amenaza con arma (falta) art. 494 n°4 código penal	1		1
Total general		72	60	132

Tabla de elaboración propia con los datos de la Unidad Especializada en Derechos Humanos, Violencia de Género y Delitos sexuales de la Fiscalía Nacional. Fuente Solicitud de Transparencia n° 6263.

Si bien el estudio de las causas de todos los acuerdos reparatorios es muy interesante, escapa de los objetivos de la presente investigación conocer cuál es la fundamentación de los acuerdos reparatorios en todas las regiones del Estado⁹⁹⁵. Nos

⁹⁹⁵ Si bien no entraremos en el análisis de estas causas a modo de contextualización queremos señalar que entre los años 2007 a 2016, no existe una relación entre el porcentaje de acuerdos reparatorios en relación

centraremos, por tanto, en una única región, La Araucanía, territorio ancestral del Pueblo Mapuche, y en la cual en la actualidad vive un total de 321.328 personas mapuche, lo que supone el 33,6% del total de población de esta región que la sitúa como la segunda con mayor porcentaje de población indígena del país, y la primera donde más personas de origen mapuche viven⁹⁹⁶.

La información que facilita el Ministerio Público en su boletín estadístico no permite conocer si los acuerdos reparatorios celebrados se han producido entre personas indígenas o no. Además, el número de acuerdos reparatorios celebrados en La Araucanía que aparecen reflejados en las cifras del Ministerio Público es inferior a los contabilizados por terceros trabajos que señalaban acuerdos reparatorios entre personas mapuche, que la Fiscalía no desagregaba⁹⁹⁷. Especialmente problemáticos resultaban los años 2011 a 2013, cuando dejan de aparecer desagregados los acuerdos reparatorios, dentro de la estadística del Ministerio Público. Ante estas dudas se envió solicitud de transparencia a la Defensoría Penal Pública Mapuche⁹⁹⁸, que fue atendida por la Unidad de Estudios de la Defensoría Regional de La Araucanía⁹⁹⁹, la información facilitada por la Defensoría Penal Pública Mapuche, nos dio acceso a nuevas causas, que, junto con nuestra propia investigación, sumaron un total de 22 acuerdos reparatorios, que se celebraron entre el año 2010 y el año 2015 para determinados delitos en contexto de violencia intrafamiliar por los Juzgados de Garantía de La Araucanía¹⁰⁰⁰.

La información aportada no recoge los años 2007 a 2009, por lo que desconocemos cuáles han sido los argumentos jurídicos empleados en estos años para celebrar acuerdos reparatorios en la región. La ausencia de esta información no es relevante para el objetivo de esta investigación, que se centra en la recepción del Convenio 169 de la OIT y su influencia en causas de violencia intrafamiliar entre personas mapuche. Para

al porcentaje de población indígena. Cfr. Villegas Díaz, Myrna (dir.) «Violencia contra la mujer... *op. cit.* p. 101.

⁹⁹⁶ Datos del Censo de 2017 consultados en línea en, <http://www.emol.com/noticias/Nacional/2018/05/05/905013/Mapa-Camina-Alto-Biobio-y-Colchane-son-las-comunas-con-un-porcentaje-mayor-de-poblacion-de-pueblos-originarios.html> (el 7 de mayo de 2018)

⁹⁹⁷ INDH. *Amicus Curiae Violencia Contra la mujer contexto indígena a - Temuco - Rol N° 388-2012*. junio de 2012, disponible en <http://www.indh.cl/wp-content/uploads/2012/06/amicus-violencia-contra-mujer-contexto-indigena-temuco.pdf> (último acceso: 23 de febrero de 2018).

⁹⁹⁸ El estudio de la institución de la Defensoría Penal Pública Mapuche se aborda en la página 301 y ss.

⁹⁹⁹ La solicitud ingresada responde al número 32.922 de fecha 22 de febrero de 2018, y fue resuelta el 10 de abril de 2018.

¹⁰⁰⁰ No podemos asegurar que el total de acuerdos celebrados en la región fuesen 22, esa cifra de acuerdos es la hemos alcanzado a identificar, pero no corresponde ni con la información que facilita el Ministerio Público, ni las causas enviadas vía solicitud de transparencia.

ello analizando las causas facilitadas por la Defensoría Penal Pública Mapuche, donde comprobamos que a partir del año 2010 se alegaron los artículos 8, 9 y 10 del Convenio 169 de la OIT para sostener el reconocimiento de la justicia mapuche en la solución de algunos delitos de violencia intrafamiliar entre personas mapuche, asimilando las decisiones que se toman en el seno de las comunidades con la institución jurídica de los acuerdos reparatorios, como forma de término de las causas de violencia intrafamiliar.

IX. RECONOCIMIENTO DE LA JUSTICIA MAPUCHE Y SU ENCAJE DENTRO DE LA INSTITUCIÓN DE LOS ACUERDOS REPARATORIOS

1. Introducción

En el presente epígrafe se desarrolla el estudio del total de las causas en las cuales los diferentes Juzgados de Garantía de la Región de La Araucanía: Lautaro¹⁰⁰¹, Temuco¹⁰⁰², Carahue¹⁰⁰³, Collipulli¹⁰⁰⁴, Nueva Imperial¹⁰⁰⁵, Traiguén¹⁰⁰⁶ y

¹⁰⁰¹ Juzgado de Garantía de Lautaro, Rit 461-2011, delitos de lesiones menos graves entre hermanos / Corte de Apelaciones de Temuco (en adelante CAT) Rol 955-2011, confirma acuerdo reparatorio (en adelante AR) y Fallo Corte Suprema Rol 10635-2011, donde se rechaza el Recurso de Queja.

¹⁰⁰² Juzgado de Garantía de Temuco: Rit 7104-2011, delito de amenazas simples entre hermanos / CAT Rol 1034-2011, confirma AR. y Fallo de la Corte Suprema Rol 11616-2011 de 19 de enero de 2012 que rechaza Recurso de Queja; Rit 5095-2013, delito de amenazas a la pareja / CAT Rol 1047-2013, confirma AR; RIT 9141-2013, delito de amenaza contra una hermana / CAT Rol 99/2014.

¹⁰⁰³ Juzgado de Garantía de Carahue: Rit 543-2010, delito de amenazas, entre primos / CAT Rol 635-2012, confirma AR; Rit 536-2011, delito de lesiones menos graves, a la pareja / CAT Rol 43-2012, confirma AR; Rit 671-2011, delito de lesiones menos graves entre hermanos / CAT Rol 499-2012, confirma AR; Rit 785-2011, delito de amenazas, a la pareja / CAT Rol 1192-2011, confirma AR y Corte Suprema Rol 592-2012 rechaza Recurso de Queja; Rit 680-2011, delito de lesiones menos graves, a la pareja / CAT Rol 18-2012, confirma AR; Rit 743-2011, delito de amenazas, de madre a padre con hijo en común / CAT Rol 169-2012, rechaza AR.

¹⁰⁰⁴ Juzgado de Garantía de Collipulli: Rit 1091-2011, delito de lesiones menos graves a la pareja / CAT Rol 288-2012, confirma AR.

¹⁰⁰⁵ Juzgado de Garantía de Nueva Imperial: Rit 1011-2011, delito de lesiones menos graves a la pareja / CAT Rol 582-2012 confirma AR; Rit 196-2015, delito de amenazas entre primos / CAT Rol 967-2015 rechaza AR; 830-2015, delito de amenazas entre cuñados / CAT Rol 1104-2015 rechaza AR; RIT 111-2011, delito de amenazas simples a una madre / CAT Rol 134-2012.

¹⁰⁰⁶ Juzgado de Garantía de Traiguén: Rit 820-2011, delito de lesiones menos graves, entre hermanos / CAT Rol 970-2012, acepta AR; Rit 338-2011, delito de amenazas contra la pareja / CAT Rol 955-2012, rechaza AR; Rit 81-2013, delito de lesiones menos graves contra la pareja / CAT Rol 220-2013 rechaza AR.

Curacautín¹⁰⁰⁷, aceptaron acuerdos reparatorios. A continuación, analizamos las resoluciones de acuerdo reparatorio y la sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco, y ello porque todas las causas fueron recurridas en apelación, llegando el Ministerio Público en 3 de ellas a presentar Recurso de Queja ante la Corte Suprema¹⁰⁰⁸. De las 22 causas una de ellas respondía a un acuerdo reparatorio celebrado entre personas no mapuche¹⁰⁰⁹, por eso lo dejamos al margen de la sistemática de causas mapuche. Y en una de las causas entre personas mapuche, en concreto la RIT 461-2011 del 4 de octubre de 2011, del J. G. de Lautaro, se discute sobre dos delitos, las lesiones menos graves sobre las que se permitió el acuerdo reparatorio y la tenencia ilegal de arma de fuego; sobre este último delito el tribunal dijo que no podía realizarse ningún acuerdo reparatorio.

2. Argumentos de la Defensoría Penal Mapuche para fundamentar los acuerdos reparatorios en causas de violencia intrafamiliar en los Juzgados de Garantía

La estrategia para validar acuerdos reparatorios de la Defensoría Penal Pública Mapuche ante diferentes Juzgados de Garantía fue emplear la siguiente argumentación. Tanto el imputado como la víctima tienen identidad mapuche, así se acredita por sus apellidos, como exige el artículo 2 de la Ley 19.253. En virtud de su origen indígena resulta aplicable el Convenio 169 de la OIT artículos 8, 9 y 10, que señalan que para las cuestiones penales debe tenerse en consideración la costumbre de los Pueblos Originarios. Este convenio se aplica vía artículo 5º de la Constitución, y en consecuencia debe primar el Convenio Internacional sobre la norma estatal. Por tanto, en este caso, no resulta procedente la prohibición del artículo 19 de la Ley 20.066, y debe aprobarse la costumbre indígena mapuche que es llegar a acuerdos mediante los cuales la comunidad busca que se restaure el equilibrio distorsionado por la acción

¹⁰⁰⁷ Juzgado de Garantía de Curacautín: Rit 316-203, delito de lesiones menos graves entre hermanos / CAT Rol 653-2013 acepta AR; Rit 392-2015, delito de lesiones menos graves, a la pareja / CAT Rol 967-2015 rechaza AR.

¹⁰⁰⁸ Fallos de la Corte Suprema: de 24 de enero de 2011, Rol 10635-2011, rechaza Recurso de Queja, en la causa C. A. Temuco Rol 955-2011; 19 de enero de 2012, Rol 11.616-11, rechaza Recurso de Queja, en la causa C. A. Temuco Rol 1034-2011; 25 de enero de 2012 Rol 592-12, rechaza Recurso de Queja, en la causa C. A. Temuco Rol 1192-2011.

¹⁰⁰⁹ Juzgado de Garantía de Traiguén con fecha de 26 noviembre de 2013, RIT 511-2013, sobre el delito de amenazas simples contra personas y propiedades, el cual fue rechazado en sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco Rol 1072-2013, porque el delito de amenazas no es susceptible de acuerdo reparatorio de acuerdo con el artículo 241.

realizada por el agresor. En línea con lo anterior la figura más parecida que contiene el ordenamiento jurídico chileno es el acuerdo reparatorio del artículo 241 del CPP.

Los Juzgados de Garantía de La Araucanía fueron favorables a esta argumentación, aceptando los acuerdos reparatorios únicamente por dos tipos de delito: el delito de lesiones menos graves (artículo 399 CP), y el delito de amenaza simple contra la persona o la propiedad (artículo 296 CP).

TABLA 7

**ACUERDOS REPARATORIOS APROBADOS EN CAUSAS DE VIOLENCIA
INTRAFAMILIAR CELEBRADOS ENTRE PERSONAS MAPUCHE EN
JUZGADOS DE GARANTÍA**

REGIÓN DE LA ARAUCANÍA PERIODO 2010 – 2017

	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	
Lesiones contra la pareja¹	0	3	1	1	0	1	0	0	6
Lesiones contra otro familiar	0	3	0	0	1	0	0	0	4
Amenazas contra la pareja	0	3	0	1	0	0	0	0	4
Amenazas contra otro familiar	1	2	1	1	0	2	0	0	6
Total	1	11	2	3	1	3	0	0	20

Tabla de elaboración propia con datos de los acuerdos reparatorios

¹Dentro de la categoría pareja incluimos las siguientes relaciones: conyugues, convivientes, y ex convivientes con hijo en común.

En relación con los 20 acuerdos que se celebraron entre personas mapuches en causas de violencia intrafamiliar, 10 de las causas se refirieron a violencia entre parejas/expareja, todas ellas relaciones heterosexuales. Dentro de estos analizaremos a

continuación el género femenino (F) o masculino (M) del sujeto activo y pasivo, y la relación, dentro de las que establece el artículo 5 de la Ley 20.066, mediante la cual estas dos personas estaban vinculadas.

De los 10 casos de relaciones afectivas de pareja/expareja, en 5 de los acuerdos suscritos se trataba de matrimonios. En todos ellos el sujeto activo fue el marido. En la categoría de convivientes se produjeron 3 acuerdos reparatorios, en 2 de los cuales la víctima fue la mujer, y en 1 causa fue el hombre. En estos tres casos había hijos en común entre los convivientes. Y, por último, en la categoría de ex convivientes, hay 2 casos, ambos con hijos en común, en uno la víctima es la mujer y en el otro el hombre. En total, de las 10 causas, en 8 el sujeto activo fue un hombre y en 2 de ellas el sujeto activo fue una mujer. En estos dos últimos casos, una fue imputada como autora de delito de lesiones menos graves y en otra como autora de amenazas contra las personas.

En relación con los delitos de violencia intrafamiliar entre diferentes integrantes de la familia, en los 10 casos el agresor fue un hombre, y la relación familiar con el sujeto pasivo fue diversa: de los 10 casos, 4 corresponden al delito de lesiones menos graves, y 6 al de amenazas. Para el caso de las lesiones menos graves, estas se produjeron en 1 ocasión sobre una hermana junto con sus hermanos¹⁰¹⁰ y en 3 causas la violencia fue contra su hermano¹⁰¹¹. Para el delito de amenazas simples, en las 6 causas el imputado era hombre. La víctima varía, puesto que el delito se produce contra: la madre en una causa¹⁰¹², los hermanos en 2 causas¹⁰¹³, sobrinos en 2 causas¹⁰¹⁴ y entre cuñados en 1 causa¹⁰¹⁵.

¹⁰¹⁰ RIT 461-2011, del J. G. de Lautaro, el imputado causo lesiones menos graves en la misma discusión contra su hermana y sus dos hermanos.

¹⁰¹¹ RIT 671-2011, del J.G de Carahue; RIT 820-2011, del J. G. de Traiguén; RIT 316-2013, del J. G. de Curacautín.

¹⁰¹² RIT 1111-2011, del J.G. de Nueva Imperial.

¹⁰¹³ RIt 7104-2011, del J. G. de Temuco; RIT 9141-2013, del J. G. de Temuco.

¹⁰¹⁴ RIT 543-2010, del J.G. de Carahue; RIT 196-2015, de J. G. Nueva Imperial.

¹⁰¹⁵ RIT 830-2015, de J. G. Nueva Imperial.

TABLA 8

CLASIFICACIÓN POR SUJETO ACTIVO/ PASIVO EN LOS ACUERDOS REPARATORIOS EN CONTEXTO DE VIOLENCIA MACHISTA EN LOS JUZGADOS DE GARANTÍA DE LA REGIÓN DE LA AURACANIA

PERIODO 2010 – 2017

		Sujeto pasivo						Sujeto activo						
		Cónyuge		Conviviente		Ex conviviente		Cónyuge		Conviviente		Ex conviviente		
	RIT	F	M	F	M	F	M	F	M	F	M	F	M	
	785-2011	■							■					CA. Temuco Conf. 43-2012
	680-2011			■						■				Conf. 18-2012
	1091-2011			■						■				Conf. 388-2012
Lesiones contra la pareja	1011-2012				■					■				Conf. 581-2012
	81-2013	■							■					Rech. 220-2013
	392-2015	■												Rech. 967-2015
Amenazas contra la pareja	785-2011	■							■					Conf.1192-2011
	743-2011						■					■		Rech.169-2012
	338-2011					■							■	Rech.955-2011
	5095-2013	■							■					Conf.1047-2013
Total	10	5	1	2	1	1		5	1	2	1	1		

Tabla de elaboración propia.

3. Desarrollo y resultado de una audiencia de acuerdo reparatorio entre personas mapuche

El acuerdo reparatorio es solicitado por la Defensoría Penal Pública Mapuche y debe materializarse en un acto de audiencia, donde deben comparecer todas las partes. En esta audiencia el juez/a preguntaba a la abogada/o de la DPM respecto de la existencia de la costumbre y para que informe sobre la existencia de esta solución en la costumbre¹⁰¹⁶.

A continuación, se exponen los términos del acuerdo reparatorio pactado previamente, en conversaciones entre las familias involucradas en el conflicto sobre la base del *Az Mapu*¹⁰¹⁷ que busca el restablecimiento del equilibrio. Por ello, en la audiencia el acuerdo reparatorio se fundamenta en primer lugar en el acto de disculpas, que es una forma de reconocer que se han realizado acciones que son contrarias a los principios de la comunidad y han roto el equilibrio. En segundo lugar, se establece el compromiso de la persona de no volver a incurrir en hecho similar. Y, en tercer lugar, pueden establecerse con el objetivo de proteger el equilibrio de la familia y la comunidad con diferentes medidas como la obligación de asistir a terapia familiar o para personas alcohólicas, el retiro de armas, medidas de alejamiento, u otros compromisos.

Una vez que se ha llegado a un consenso sobre los términos del acuerdo reparatorio este debe ser explicado nuevamente a la víctima por el juez/a quien además deberá informarla sobre sus derechos y las consecuencias jurídicas de aceptar dicho acuerdo, y preguntarle si muestra su consentimiento.

La audiencia donde se aprueba el acuerdo reparatorio es muy importante, y es precisamente esta audiencia la que marca una verdadera diferencia con la suspensión condicional del procedimiento (art. 237 CPP). Y ello porque en la audiencia de acuerdo reparatorio es imprescindible la presencia de la víctima, quien cobra verdadero protagonismo, porque además de ser escuchada debe aceptar expresamente el acuerdo

¹⁰¹⁶ Cfr. PALMA AYALA, Rosario, y RENATA SANDRINI Carreño. «Mujer mapuche... *op. cit.*, p. 153.

¹⁰¹⁷ El *Az Mapu* es el nombre que recibe la cosmovisión mapuche, dentro de la cual, existen normas que sancionan los comportamientos que rompen el equilibrio de la comunidad. Abordaremos ampliamente el Sistema Sancionador Mapuche *infra*, en la Cuarta Parte, LA JUSTICIA INDÍGENA. RECONOCIMIENTO DEL SISTEMA SANCIONADOR DEL *AZ MAPU*, Y SU APLICACIÓN EN CONTEXTO DE VIOLENCIA MACHISTA E INTRAFAMILIAR.

reparatorio. Sin su aceptación el acuerdo reparatorio no puede celebrarse, y la causa deberá seguir tramitándose conforme señala la ley. Este protagonismo de la víctima es la principal diferencia con la suspensión condicional del procedimiento.

Comparando una institución con la otra, la «suspensión condicional del procedimiento» debe ser solicitada por el Ministerio Público, no es obligatoria la presencia de la víctima ni de su abogado/a, que en el caso de estar presente en la audiencia deberá ser escuchado por el juez o jueza, el tiempo mínimo por el que puede suspenderse el procedimiento es un año junto con una de las medidas que establece el artículo 238 del CPP¹⁰¹⁸. Este procedimiento es más ágil que un acuerdo reparatorio de forma que, desde el punto de vista de la agilidad procesal, permite despachar causas de forma más rápida, sin embargo, esta rapidez se consigue a cambio de reducir la presencia de las víctimas en el proceso. Por su parte el «acuerdo reparatorio» lo puede solicitar la defensa o la víctima, se acuerda en una vista donde la víctima debe estar presente, es un procedimiento más flexible que la suspensión condicional. El resultado del acuerdo reparatorio en primer lugar es el acuerdo entre las partes para restablecer el equilibrio roto. Como consecuencia de su celebración en la esfera procesal, puede decretarse el sobreseimiento definitivo (artículo 250 CPP) una vez cumplidas las obligaciones contraídas por el imputado, o garantizadas debidamente a satisfacción de la víctima, o bien, la causa queda suspendida mientras esto no ocurra.

¹⁰¹⁸ Artículo 238 CPP. - *Condiciones por cumplir decretada la suspensión condicional del procedimiento. El juez de garantía dispondrá, según correspondiere, que durante el período de suspensión, el imputado esté sujeto al cumplimiento de una o más de las siguientes condiciones: a) Residir o no residir en un lugar determinado; b) Abstenerse de frecuentar determinados lugares o personas; c) Someterse a un tratamiento médico, psicológico o de otra naturaleza; d) Tener o ejercer un trabajo, oficio, profesión o empleo, o asistir a algún programa educacional o de capacitación; e) Pagar una determinada suma, a título de indemnización de perjuicios, a favor de la víctima o garantizar debidamente su pago. Se podrá autorizar el pago en cuotas o dentro de un determinado plazo, el que en ningún caso podrá exceder el período de suspensión del procedimiento; f) Acudir periódicamente ante el ministerio público y, en su caso, acreditar el cumplimiento de las demás condiciones impuestas; g) Fijar domicilio e informar al ministerio público de cualquier cambio del mismo, y h) Otra condición que resulte adecuada en consideración con las circunstancias del caso concreto de que se tratare y fuere propuesta, fundadamente, por el Ministerio Público. Durante el período de suspensión y oyendo en una audiencia a todos los intervinientes que concurrieren a ella, el juez podrá modificar una o más de las condiciones impuestas.*

4. Contenido de un acta de audiencia de acuerdo reparatorio

El acuerdo reparatorio es una resolución judicial del Juzgado de Garantía dictada siempre en audiencia, la cual se registra en forma íntegra por cualquier medio que asegure su fidelidad, tal como audio digital y también se deja constancia en un acta. Contra la resolución de acuerdo reparatorio que pone término al procedimiento (art. 370 CPP) cabe recurso de apelación. El acta varía levemente de un Juzgado de Garantía a otro, lo que da cuenta de que no se encuentran estandarizadas. La información común en todas ellas es la siguiente: fecha, nombre del juez/a, nombre del fiscal/a, nombre del defensor/a público, sala y tribunal, número de RUC (Rol Único de Causa) y RIT (Rol Interno del Tribunal), nombre del imputado/a, delito por el que es investigado/a y grado de participación, contenido del acuerdo reparatorio y normalmente también se indica si se ha dictado el sobreseimiento definitivo de la causa, o si se acordó algún sistema de control de cumplimiento del acuerdo reparatorio, fijando una audiencia para tales efectos.

Del análisis de los 20 acuerdos reparatorios, observamos que existen cinco tipos de acuerdo que se han realizado entre víctima e imputado/a, en relación a su contenido:

1. En la audiencia la persona imputada pide disculpas públicas y manifiesta su compromiso de no volver incurrir en los hechos. La disculpa pública es verificable en la propia audiencia bastando para el juez/a para declarar el sobreseimiento definitivo. Este tipo de AR se ha producido en 14 de las 18 causas estudiadas: en delitos de lesiones menos graves entre familiares¹⁰¹⁹ y en contexto de relación de pareja¹⁰²⁰; delito de amenazas simples entre familiares¹⁰²¹ y relación de pareja¹⁰²².

2. En la audiencia ante el juez/a la persona imputada se compromete a no solicitar la devolución de sus armas incautadas. Este AR se adoptó en el contexto del delito de amenazas simples contra la pareja y en el mismo acto se acordó el

¹⁰¹⁹ Véase, RIT 461-2011, de 4 de octubre de 2011, del J. G. de Lautaro, delito de lesiones menos graves, entre primos

¹⁰²⁰ Véase, RIT 536-2011, de 5 de enero, de 2012, del J. G. de Carahue, delito de lesiones menos en contexto de pareja.

¹⁰²¹ Véase RIT 543-2010, de 6 de agosto de 2012, del J. G. de Carahue, delito de amenazas simples, entre primos.

¹⁰²² En la causa RIT 785-2011, de 19 de diciembre de 2001, del J.G. de Carahue el juez/a ofreció la posibilidad a la víctima de arribar a un acuerdo reparatorio que incluyera medidas cautelares, pero estas fueron rechazadas por la víctima, quien arribó a acuerdo reparatorio que únicamente incluía las disculpas públicas.

sobreseimiento definitivo. El AR fue confirmado por la C. A. de Temuco, por unanimidad¹⁰²³. Este tipo de acuerdo se ha dado una única vez dentro de las causas estudiadas.

3. En la audiencia el imputado pide disculpas públicas a la víctima, se compromete a no volver a incurrir en un nuevo hecho y a no acercarse a la víctima por el plazo de seis meses. Este AR se adopta en el contexto del delito de amenazas simples entre cuñados. Y fue rechazado por la Corte de Apelaciones de Temuco¹⁰²⁴.

4. En la audiencia el imputado pide disculpas públicas a la víctima, se compromete a no volver a incurrir en hecho similar y se acuerda la asistencia a un programa terapéutico. En la causa RIT 1011-2012 del 14 de julio de 2012, del J. G. de Nueva Imperial, se acordó que el imputado debería someterse a un tratamiento psicológico antialcohólico en el Centro de Salud Familiar (Cesfam) de Nueva Imperial y el sobreseimiento definitivo¹⁰²⁵. Y en la causa RIT 1091-2011 de 1 de febrero de febrero de 2012, del J. G de Collipulli, se comprometió el imputado por el delito de lesiones menos graves contra su conviviente con hijo en común, a acudir a un programa de terapia familiar oficial en el centro del Cesfam de Ercilla, que deberá informar al tribunal del cumplimiento de esta medida, y se acuerda una audiencia de verificación del acuerdo reparatorio¹⁰²⁶. Y en la causa por amenazas entre cuñados, el AR contuvo también la prohibición de acercarse a la víctima durante 6 meses¹⁰²⁷.

5. En la audiencia la imputada se compromete a no aproximarse a la víctima y respetar el régimen comunicacional que tiene con sus hijos¹⁰²⁸.

¹⁰²³ Este acuerdo reparatorio se toma en la causa RIT 5995-2013, de 19 noviembre de 2013 del J. G. de Temuco. Esta decisión fue confirmada por unanimidad en la sentencia de la C. A. Temuco Rol 1047-2013 de 9 de diciembre de 2013

¹⁰²⁴ Véase, RIT 830-2015, de 5 de octubre de 2015, del J. G. de Nueva Imperial, delito de amenazas simples contra las personas entre cuñados. La decisión fue rechazada por unanimidad por la C. A. Temuco, Rol 1104-2015.

¹⁰²⁵ La C. A. de Temuco en Rol 581-2012, de 2 de agosto de 2012, acordó la procedencia por unanimidad de dicho acuerdo reparatorio.

¹⁰²⁶ Véase, RIT 1091-2011, de 1 de febrero de 2012, del J. G. de Collipulli, delito de lesiones menos graves en contexto de relación de pareja. La C. A. de Temuco, acordó la procedencia del acuerdo reparatorio en Rol 388-2012, de 4 de junio de 2012.

¹⁰²⁷ Véase, RIT 830-2015 de 5 de octubre de 2015, del Juzgado de Garantía de Nueva imperial, para delito de amenazas simples entre cuñados se aprobó el acuerdo reparatorio que contenía disculpas y prohibición de acercamiento por 6 meses, el cual fue rechazado en la C. A. de Temuco Rol 1104-2015.

¹⁰²⁸ Véase, RIT 743-2011, de 22 de febrero de 2012, del J. G. de Carahue, el acuerdo reparatorio se adopta como solución entre la madre (imputada) y el padre del hijo en común. La C. A. de Temuco, consideró improcedente el acuerdo reparatorio.

TABLA 9

**CONTENIDO DE LOS ACUERDOS REPARATORIOS EN CONTEXTO DE VIF
DE LOS J. GARANTÍA DE LA AURACANIA. PERIODO 2010 – 2017**

	RIT	Discul. No ¹	No insultar	P / A ²	Terapia ³	R. R. Visitas	Retiro armas	S M / C ⁵	SSD ⁶	S/P ⁷	Acuerda Audiencia ⁸	CA. Temuco
Lesiones contra la pareja	536-2011	■							■			Conf. 43-2012
	680-2011							■	■			Conf. 18-2012
	1091-2011				■						■	Conf. 388-2012
	1011-2012				■				■			Conf. 581-2012
	81-2013				■							Rech. 220-2013
	392-2015											
Lesiones contra otro familiar	461-2011											Conf. 955-2011
	671-2011											Conf. 499-2012
	820-2011											Conf. 970-2012
	316-2013											Conf. 653-2013
Amenazas contra la pareja	785-2011	■										Conf. 1192-2011
	743-2011	■		■		■		■				Rech. 169-2012
	338-2011	■		■		■		■				Rech. 955-2011
	5095-2013						■					Conf. 1047-2013
Amenazas contra otro familiar	7104-2011			■								Conf. 1034-2011
	543-2010	■		■				■	■			Conf. 635-2012
	1111-2011	■						■		■		Rech. 134-2012
	9141-2014		■									Rech. 99-2014
	196-2015		■	■						■		Conf. 934-2015
830-2015	■		■						■		Rech. 1104-2015	
Total	20	15	1	4	2	1	1	3	14	3	1	13 Confirmados 7 Rechazados

¹Disculpas públicas y compromiso de no volver a incurrir en los hechos.
²Prohibición de no acercarse.
³Terapia, se impuso de dos tipos, asistencia a programas familiares, y terapia antialcohólica.
⁴Respetar régimen de visitas de los hijos.

⁵Suspensión de medidas cautelares.
⁶Sobreseimiento definitivo.
⁷Sin pronunciamiento sobre el término de causa.
⁸Se acuerda audiencia de verificación para control de cumplimiento.

Tabla de elaboración propia

De los acuerdos reparatorios estudiados se desprende el siguiente patrón. Solo dos de las causas llegaron a la audiencia de acuerdo reparatorio con medidas cautelares, las cuales fueron retiradas dentro del marco del acuerdo reparatorio. En 15 de las 20 causas se ha producido el acto de disculpas públicas. La asistencia a terapia solo fue acordada en 2 ocasiones, en una fue suficiente el compromiso del imputado de no volver a beber alcohol durante 6 meses¹⁰²⁹, siempre en delitos de lesiones menos graves contra la pareja. La prohibición de acercamiento se ha acordado en 4 ocasiones, siempre en delitos de amenaza simple, en una ocasión contra la pareja, y en tres ocasiones para proteger a otra persona de la familia. Vemos cómo esta medida de protección, característica para proteger a las mujeres, se acordó mayoritariamente, en contexto de delito de amenazas y respecto de otras personas del núcleo familiar. De las 20 causas, en 7 se establecieron medidas como prohibición de acercamiento, asistencia a terapia, retiro de armas; sin embargo, solo en un caso se acordó audiencia de control. De forma que de las 20 causas sometidas a acuerdo reparatorio en 15 se acordó el sobreseimiento definitivo de la causa en la misma audiencia.

En nuestra opinión, la principal crítica que cabe hacer a la validación de los acuerdos reparatorios por parte de los Juzgados de Garantía, es que no se fijaron formas de control del cumplimiento del acuerdo reparatorio por parte del Estado. Las consecuencias de sobreseer definitivamente la causa (art. 250 CPP), es que de acuerdo con la letra d) del mencionado artículo se extingue la responsabilidad penal del imputado. Las consecuencias en la práctica de este sobreseimiento definitivo son dos. En primer lugar, el Juzgado de Garantía renuncia a velar por el cumplimiento del acuerdo reparatorio, que consta de dos elementos, las disculpas públicas y el compromiso de no volver a incurrir en hechos similares. Consideramos que en estos

¹⁰²⁹ RIT 111-2012 J.G. de Nueva Imperial.

acuerdos reparatorios debería fijarse un plazo dentro del cual el Juzgado de Garantía verificase que se le está dando cumplimiento. Esta forma de verificación podría hacerse o bien mediante una nueva audiencia donde el juez/a escuche a las partes, o bien, y esta opción nos parece más adecuada, mediante la figura de la mediadora/facilitadora intercultural u otra figura con formación intercultural designada al respecto, que asista al domicilio de la víctima y se entreviste de forma privada con ella para conocer en un ambiente confortable para la mujer, si realmente han funcionado los mecanismos preventivos y sancionadores del Az Mapu y también la respuesta que el Estado ha ofrecido a la víctima. Como consecuencia del sobreseimiento definitivo de la causa que ocurre en la misma audiencia, si el acuerdo es incumplido por parte de la persona imputada, como ya se ha extinguido la responsabilidad penal, no puede la víctima solicitar la revocación del acuerdo reparatorio por incumplimiento de las obligaciones contraídas, haciendo que se reanudara el proceso. Y, por tanto, si vuelve a incurrirse en estos hechos no tendrán la gravedad que tendrían si el incumplimiento se produjese dentro de la suspensión condicional.

Otra duda que surge respecto de los acuerdos reparatorios, es que, al estar prohibidos por ley, tampoco existe obligación de inscribirlos en el Registro de Violencia Intrafamiliar, consideramos en aras a respetar la cosmovisión mapuche contraria a los registros oficiales, que sería recomendable no obligar a inscribir estos antecedentes. Recordando a la víctima que siempre guarde bien la documentación de las causas para que pueda aportarla si necesita acreditar la peligrosidad del agresor en el futuro.

De forma que consideramos que, si bien la decisión de aprobar el acuerdo reparatorio por parte del Juzgado de Garantía es correcta, el acuerdo no cumple con los estándares de protección a las víctimas, porque no se han establecido los mecanismos de control de su cumplimiento.

Por último, consideramos también como consecuencia del sobreseimiento, analizada en el contexto de los acuerdos reparatorios como una propuesta novedosa en Chile, que dio un mensaje equivocado a la sociedad, que interpretó de forma desafortunada que la sanción por pegar a una mujer mapuche, era simplemente la disculpa ante el juez/a, simplificando todo un trabajo por restaurar el equilibrio de la pareja o la familia y por garantizar una protección de bienes jurídicos colectivos.

5. Delitos susceptibles de acuerdos reparatorio en los Juzgados de Garantía de La Araucanía

Especialmente significativo es que los Juzgados de Garantía, e incluso la Corte de Apelaciones de Temuco, validara acuerdos reparatorios respecto de las amenazas simples, porque esta posibilidad no está permitida en el artículo 241 del CPP. La aceptación del acuerdo reparatorio más allá de las causas que tasa el artículo 241, que recordemos son: delitos contra el patrimonio donde el bien jurídico sea disponible, lesiones menos graves y delitos culposos, supone por parte del Juzgado de Garantía, admitir la total validez de la aplicación del Convenio 169 de la OIT y en consecuencia el reconocimiento en cierta medida de la Justicia Mapuche, pues se realiza una suerte de convalidación de la costumbre mapuche en los acuerdos reparatorios para delitos que están fuera de los reconocidos por el artículo 241 del CPP además del ya mencionado artículo 19 Ley 20.066.

En concreto se realizaron un total de 10 acuerdos reparatorios por el delito de amenazas simple, 4 en contexto de violencia de pareja, y 6 entre diferentes integrantes de la familia. La Corte de Apelaciones de Temuco ha confirmado la procedencia de dos de los cuatro acuerdos reparatorios por el delito de amenazas simple en contexto de violencia contra la pareja. Y ha confirmado dos de los 6 acuerdos reparatorios en contexto de violencia intrafamiliar entre diferentes integrantes de la familia.

En el caso del delito de lesiones contra la pareja, la C.A. de Temuco, ha declarado la procedencia de cuatro de los seis acuerdos reparatorios celebrados en contexto de violencia de pareja, y para el caso del delito de lesiones menos graves entre diferentes integrantes de la familia, ha aceptado todos los acuerdos reparatorios. En términos generales podemos concluir que la C.A. de Temuco ha declarado procedentes los acuerdos reparatorios en doce ocasiones, mientras que únicamente en seis casos se ha mostrado contraria a la decisión del Tribunal de Garantía. Conozcamos a continuación cuales son los argumentos que ha empleado el Ministerio Público para apelar en todas las causas y cuales han sido los argumentos que se han sostenido por la Corte de Apelaciones de Temuco para confirmar o desestimar las apelaciones.

TABLA 10

**DECISIONES DE LA CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO
SOBRE ACUERDOS REPARATORIOS ENTRE PERSONAS
MAPUCHE EN CAUSAS DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR**

PERIODO 2010 – 2017

	Nº de causas	Procedentes	Rol	Improcedentes	Rol
Lesiones contra la pareja	6	4	Rol 43-2012 Rol 18-2012 Rol 288-2012 Rol 582-2012	2	Rol 220-2013 Rol 967-2015.
Lesiones contra otro familiar	4	4	Rol 955-2011 Rol 970-2012 Rol 653-2013 Rol 499-2012		
Amenazas contra la pareja	4	2	Rol 1192-2011 Rol 1047-2013	2	Rol 169-2012 Rol 955-2012,
Amenazas contra otro familiar	6	3	Rol 1034-2011 Rol 635-2012 Rol 934-2015	3	Rol 134-2012 Rol 99-2014 Rol 1104-2015
Total	20	13		7	

Tabla de elaboración propia.

6. Fundamentos de oposición del Ministerio Público y del Instituto Nacional de Derechos Humanos a los acuerdos reparatorios

En el presente epígrafe se tratan conjuntamente las posiciones o fundamentaciones sostenidas por el Ministerio Público y por el Instituto Nacional de Derechos

Humanos¹⁰³⁰ (en adelante INDH) por ser coincidentes en su posicionamiento contrario a los acuerdos reparatorios en delitos en contexto de violencia intrafamiliar.

El Ministerio Público siguiendo la Instrucción General que imparte criterios de actuación en delitos cometidos en contexto de violencia intrafamiliar, Oficio FN N° 792-2014, debe abstenerse de promover acuerdos reparatorios en VIF. En segundo lugar, cuando otro interviniente en el proceso promueva los acuerdos reparatorios, el Ministerio Público debe oponerse señalando que este es ilegal por estar expresamente prohibido por el artículo 19 de la Ley de Violencia Intrafamiliar. Y por último si el Juzgado de Garantía, o tribunal correspondiente, aprueba un acuerdo reparatorio como salida alternativa, el/la fiscal debe informar al Fiscal Regional para que este evalúe los cursos de acción a seguir, incluyéndose dentro de las posibilidades de acción del Ministerio Público una resolución contra el texto legal, la apertura de una investigación penal, siendo en todos los casos obligatorio apelar la resolución respectiva.

En la apelación ante la Corte de Temuco el Ministerio Público se valió de argumentos comunes y algunos específicos cuando la víctima de la violencia era mujer vinculada por relación de pareja o ex pareja con el imputado. En los casos en los que la víctima era mujer y el agresor era su cónyuge, conviviente o ex conviviente. El Ministerio Público sostuvo¹⁰³¹:

¹⁰³⁰ El Instituto Nacional de Derechos Humanos es una corporación autónoma de derecho público, en este sentido financiada por fondos públicos, pero que goza de autonomía e independencia de cualquier poder del Estado. El objetivo del INDH es promover y proteger los Derechos Humanos de todas las personas que habitan en Chile, amparándose para ello en la legislación estatal y los Tratados Internacionales suscritos por el país. Para ello cuenta con diversas funciones y competencias, entre ellas: elaboración de informes, denuncia de vulneración de Derechos Humanos, promover marcos normativos para garantizar los Derechos Humanos y puede iniciar acciones legales ante los Tribunales de Justicia. Para más información véase en línea, <https://www.indh.cl/>

¹⁰³¹ La siguiente argumentación está extraída de los siguientes recursos de apelación interpuestos por el Ministerio Público contra resoluciones que aprobaban acuerdos reparatorios.

Para el caso de delitos cometidos en contexto de violencia contra la pareja véase: Recurso de Apelación interpuesto en causa RIT 536-2011, del J. G. de Carahue, en contra de la resolución de fecha 5 de enero de 2012; Recurso de Apelación interpuesto en causa RIT 785-2011, de J. G. de Carahue, en contra de la resolución de fecha de 19 de diciembre de 2011; Recurso de Apelación interpuesto en causa RIT 680-2011 del J. G. de Carahue, en contra de la resolución de fecha 29 de diciembre de 2011; Recurso de Apelación interpuesto en causa RIT 743-2011, del J. G. de Carahue, en contra de la resolución de fecha de 22 de febrero de 2012; Recurso de Apelación interpuesto en causa RIT 392-2015, del J. G. de Curacautín, en contra de la resolución de fecha de 1 de septiembre de 2015.

Para el caso de delitos en contexto de violencia intrafamiliar véase: Recurso de Apelación RIT 461-2011 del J.G. Lautaro, en contra de la resolución de fecha 4 de octubre de 2011 que aprobó el acuerdo reparatorio; Recurso de Apelación interpuesto en causa RIT 671-2011 del J.G. Carahue, en contra de la resolución de fecha 21 de junio de 2012 que aprobó el acuerdo reparatorio; Recurso de Apelación interpuesto en causa RIT 830-2015 del J.G. Nueva Imperial, en contra de la resolución de fecha 5 de octubre de 2015 que aprobó el acuerdo reparatorio; Recurso de apelación interpuesto en causa RIT 543-

1. Que el artículo 19 de la Ley de Violencia Intrafamiliar, así como la Historia de la Ley son claras respecto a la intención del legislador de prohibir este tipo de acuerdos en delitos en contexto de violencia intrafamiliar. La prohibición tiene base empírica en tanto que existe debilidad de los fundamentos de esta clase de soluciones cuando no existe un pie de igualdad entre los intervinientes.

2. Que en la interpretación conjunta del artículo 19 de la Ley 20.066 y el Convenio 169 de la OIT, señala que debe primar la Ley 20.066 por razón de especialidad normativa.

3. Además, los artículos 9 y 10 del Convenio 169 de la OIT señalan que la aplicación de la costumbre indígena en la represión de los delitos, solo procede cuando no es incompatible con el sistema de justicia del Estado, como sucede en el caso del artículo 19 de la Ley 20.066.

4. La aplicación del Convenio 169 de la OIT debe realizarse de acuerdo con el respeto de otros derechos fundamentales y otros compromisos internacionales adquiridos por Chile, en especial respectando lo señalado en la Convención Belém do Pará y el compromiso con la erradicación y sanción de toda forma de violencia contra la mujer.

5. Debe acreditarse mediante informe la evidencia de que tanto víctima como imputado son de etnia mapuche.

6. La costumbre alegada en juicio debe ser explicada y acreditada, no siendo suficiente señalar que el Pueblo Mapuche resuelve los conflictos de violencia doméstica con disculpas públicas sin que prueba alguna se allegara. El Convenio 169 de la OIT no exime del deber de acreditar la costumbre indígena como base de un sistema de resolución de conflictos diverso al estatal. Una cosa es el derecho de los Pueblos Indígenas a que su sistema jurídico sea respetado, y otra distinta es que se reconozca cualquier afirmación como norma de ese derecho. Los elementos que sirven de base a la costumbre son hechos, y, como

2010 del J.G. Carahue en contra de la resolución de fecha 06 de agosto de 2012 que aprobó el acuerdo reparatorio.

tales, deben probarse por quien alega su existencia mediante algún método o pericia.

7. En Chile existe un conflicto de sistemas, y el Estado debe adoptar las medidas legislativas necesarias para armonizar los desencuentros normativos, como han hecho países como Colombia, Ecuador, Perú y Bolivia. Por tanto, corresponde al legislador y no al poder judicial resolver este conflicto.

8. En relación con el delito de amenazas simples además debe tenerse en cuenta que el artículo 241 de Código Procesal Penal hace referencia a la necesidad de que los bienes jurídicos sean dispinbles. La Corte de Apelaciones fundamenta lo siguiente:

“En efecto, tratándose de un delito de expresión, el de amenazas conculca el derecho a la libertad de auto determinación de las personas, y como tal, no resulta mensurable económicamente en los términos del artículo 241, de lo que se sigue que, en relación con esta especie de delitos, los acuerdos reparatorios están proscritos”¹⁰³².

9. En los acuerdos reparatorios donde no constan las disculpas, debe cuestionarse si efectivamente esto es una costumbre mapuche.

La Fiscal MARÍA ANGÉLICA SAN MARTÍN PONCE, en su artículo «Convenio 169 de la OIT y su aplicación en delitos en contexto de violencia intrafamiliar», sostiene que para su aplicación debe acreditarse la calidad de indígena de las personas intervinientes en la causa; por lo tanto, para esta autora no sería suficiente con cumplir con la exigencia del artículo 2 de la Ley 19.235, que establece que dicha condición se acredita por el apellido¹⁰³³. Y que en la aplicación del Convenio 169 de la OIT en relación con la causa penal, debe probarse también la concreta costumbre invocada; en este caso, que se ha celebrado ‘un acuerdo reparatorio en el seno de la comunidad’ por cualquier medio capaz de producir convicción, por ejemplo, mediante un peritaje antropológico elaborado por especialistas en temas indígenas, facilitando el cumplimiento del artículo

¹⁰³² Cfr. Fundamento 7º Recurso de apelación interpuesto en causa RIT 543-2010 del J.G. Carahue en contra de la resolución de fecha 06 de agosto de 2012 que aprobó el acuerdo reparatorio

¹⁰³³ SAN MARTÍN PONCE, María Angélica. «Convenio 169... *op. cit.* p. 171.

36 del CPP, que exige la fundamentación en motivos de hecho o de derecho de las resoluciones.

De las recomendaciones que realiza SAN MARTÍN PONCE sobre cómo debe realizarse la aplicación del Convenio 169 de la OIT, pensamos que no es necesario el primer requisito, demostrar la pertenencia e identidad mapuche tal como las propone la autora. Esta concepción de la cultura se muestra poco flexible y dinámica. En primer lugar, es un requisito que no se exige a alguien occidental, que demuestre su cultura en un procedimiento, por lo que su mera exigencia nos resulta discriminadora. En segundo lugar, esta exigencia puede suponer problemas en aquellos casos de parejas interraciales donde ambas decidan someterse a jurisdicción indígena, y posteriormente esta jurisdicción no se acepte por los tribunales chilenos, al no ser ambas personas de origen mapuche; pensemos por ejemplo en comunidades mapuche que existen en contextos urbanos, especialmente en la Región Metropolitana. En nuestra opinión es suficiente con el peritaje antropológico que demuestre que se ha realizado dicho acuerdo o reparación y que la víctima participó del mismo aceptando de esta forma la jurisdicción indígena.

Por su parte el INDH acoge los mismos planteamientos del Ministerio Público, y articula su oposición a los acuerdos reparatorios por motivos legales, en tanto que estos están prohibidos por la legislación estatal especial, Ley 20.066, consideran que existe una vulneración de los Derechos Humanos de las mujeres consagrados en la CEDAW y la Convención Belém do Pará, y acogen la teoría psicológica de la mujer víctima. En este sentido, sostienen que ser víctima de violencia de pareja no le permite llegar a un acuerdo reparatorio¹⁰³⁴.

7. La fundamentación de la Corte de Apelaciones de Temuco

La argumentación del Ministerio Público tuvo un resultado dispar, siendo acogida por la Corte de Apelaciones de Temuco de forma positiva solo en 7 de las 20 causas estudiadas. La Corte, en relación con las causas relativas a acuerdos reparatorios en

¹⁰³⁴ Instituto Nacional de Derechos Humanos. *Amicus Curiae Violencia Contra la mujer contexto indígena a - Temuco - Rol N° 388-2012*. Junio de 2012. <http://www.indh.cl/wp-content/uploads/2012/06/amicus-violencia-contra-mujer-contexto-indigena-temuco.pdf> (último acceso: 23 de febrero de 23), p. 23

delitos cometidos en contexto de pareja, aceptó 4 acuerdos reparatorios y rechazó 2 para el delito de lesiones menos graves, y aceptó 2 y rechazó 2 para el delito de amenazas. Si bien la tendencia de la C. A. de Temuco en el año 2012 fue mayoritariamente aceptar los acuerdos reparatorios, pues de 10 causas apeladas solo en 2 la corte revocó la resolución del Juzgado de Garantía, esta tendencia, así como los argumentos de la Corte, se fueron transformando.

La fundamentación para aceptar los acuerdos reparatorios se construyó a partir de los siguientes argumentos:

1. Resulta aplicable el acuerdo reparatorio porque las personas son indígenas, su condición de indígenas es indiscutida atendiendo a lo previsto en el artículo 2° de la ley 19.253, al tener apellidos mapuche tanto víctima como imputado.

2. 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 por sobre la Ley 20.066.

3. Eliminar la prohibición del artículo 19 de la Ley 20.066 en aplicación del Convenio 169, permite proteger la familia, que de otra forma se desintegraría de acuerdo a los establecido en el artículo 1° de la Constitución Política de la República¹⁰³⁵.

Para rechazar los acuerdos reparatorios por el delito de lesiones menos graves contra la mujer en contexto de relación de pareja la Corte de Apelaciones sostuvo que debe aplicarse el artículo 19 de la Ley VIF e inaplicar el artículo 241 del CPP, porque desde el punto de vista de la pura equidad, repugna aceptar que el marido pueda causar lesiones a su mujer sin que exista sanción. El acuerdo reparatorio en estos casos carece de seriedad porque la mujer lo acepta con tal de mantener el hogar unido. Y debe aplicarse el límite del artículo 9 del Convenio 169 de la OIT, fijado en la propia normativa interna del Estado, que en el artículo 19 N° 1 y 3 de la Constitución condensa los derechos internacionalmente reconocidos como país, en especial la Convención

¹⁰³⁵ Estos tres argumentos fueron refrendados por la Corte Suprema Rol 10635-2011.

Belém do Pará, que considera la violencia contra la mujer una violación de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales y limita total o parcialmente a la mujer en el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades. Y por último señaló la Corte que el respeto a las costumbres de los Pueblos Indígenas no puede pasar aquel límite que significa el respeto a la mujer cualquiera que sea su etnia¹⁰³⁶.

El Ministro Sr. Alejandro Vera Quilodrán se opuso en diversas causas¹⁰³⁷ a la validación del acuerdo reparatorio por la Corte Suprema de Temuco señalando que: (1) los principios de igualdad de trato y no discriminación están por encima de la multiculturalidad, la participación y la democracia; (2) que existen medidas atentatorias contra la mujer que se justifican culturalmente, esta situación debe tenerse en cuenta por si existen presiones a las mujeres ejercidas desde su propia cultura; (3) el origen de la violencia es por si un elemento de discriminación, y son justamente la situación de género, cultura o lengua las que en ocasiones erradamente avalan ese origen; (4) el derecho a la integridad física debe estar por encima del derecho de autodeterminación de un pueblo; (5) el artículo 9 del Convenio 169 de la OIT establece un límite a la represión de los delitos cometidos por integrantes de comunidades indígenas, que el ordenamiento estatal no lo permita por considerar que se estaría discriminando a la persona o no resguardando su derecho a la integridad física (artículo 19 N° 1 y 3 de la Constitución. (6) Esta interpretación de la aplicación del Convenio 169 de la OIT además está en mayor armonía con la aplicación de la Convención Belém do Pará. (7) Aprobar un acuerdo reparatorio constituye un factor adicional de revictimización. (8) La multiculturalidad y el respeto de las costumbres de los pueblos indígenas debe reconocer como límite la cosificación y degradación de la mujer.

En relación con el delito de amenazas en el seno de la Corte de Temuco se mantuvieron dos posturas al respecto, en ocasiones se respetaron los acuerdos reparatorios, de lo que cabe concluir que se situó el Convenio 169 de la OIT por encima de la Ley 20.066 y por encima del artículo 241 del CPP¹⁰³⁸. Sin embargo, esta postura fue cediendo en favor de una interpretación más conservadora que sostiene que el límite del artículo 241 del CPP es claro, y el delito de amenazas es un delito cuyo bien jurídico

¹⁰³⁶ C. A. Temuco Rol 22-2013, de 3 de mayo de 2013, que recova el acuerdo reparatorio por unanimidad.

¹⁰³⁷ C. A. Temuco, Rol 43-2012 y Rol 288-2012.

¹⁰³⁸ Postura que defiende el Ministro Carlos Gutiérrez Zavala, en el Rol.338-2011.

protegido no está disponible, por lo que no cabe aceptación de acuerdos reparatorios en las causas del delito de amenaza en contexto de violencia intrafamiliar¹⁰³⁹.

De lo expuesto y coincidiendo con ISABEL XIMENA GONZÁLEZ RAMÍREZ consideramos que es necesario reconocer que los acuerdos reparatorios son una práctica que está operando en la sombra, fuera del marco de la ley y sin una normativa que resguarde de manera eficiente los importantes bienes jurídicos en riesgo¹⁰⁴⁰. Nuestra postura es partidaria de regular la mediación y los acuerdos reparatorios en causas de violencia intrafamiliar, ampliando la posibilidad de un acuerdo reparatorio a todas las personas, y ello porque actualmente no existe regulación sobre qué personas pueden en contexto de violencia intrafamiliar acceder a un acuerdo reparatorio. En la región de La Araucanía, esta posibilidad vía Convenio 169 de la OIT solo se permitió para aquellas personas que son de identidad cultural mapuche, como forma de reconocimiento de la jurisdicción mapuche por parte del ordenamiento jurídico estatal, pero sabemos por los datos del Ministerio Público, como ya se ha mencionado, que los acuerdos reparatorios se están celebrando en todo el Estado.

8. Los procesos restaurativos en contexto de violencia machista.

Los «procesos restaurativos», concepto en el que englobamos la mediación, la conciliación y los acuerdos reparatorios, aplicados en causas de violencia machista entre personas que son o han sido pareja cuenta con importantes argumentos en contra y a favor. Los principales argumentos en contra de los procesos restaurativos en violencia machista son los que ya se han desplegado anteriormente, desigualdad de poder entre las partes, la violencia machista como una violencia cíclica. Estos argumentos fueron usados en el ámbito del Derecho Penal también por sectores del feminismo. En oposición a estas posturas se han desarrollado una serie de argumentos a favor de los procesos restaurativos en violencia machista.

En el presente epígrafe nos centraremos en las principales críticas que se han desarrollado por la doctrina a la prohibición de la mediación, conciliación o acuerdos

¹⁰³⁹ Entre otras sentencias de la C. A. Temuco, ver: Rol 995-2012.

¹⁰⁴⁰ Cfr. GONZÁLEZ RAMÍREZ, Isabel Ximena. «Justicia restaurativa en violencia intrafamiliar... *op. cit.*, p. 221.

reparatorios y los argumentos que se han desplegado para justificar su regulación como una herramienta útil en los conflictos de violencia machista y violencia intrafamiliar.

8.1. Críticas al uso exclusivo del Derecho Penal en violencia intrafamiliar

Desde la criminología crítica, corriente que se opone a la demanda de mayor Derecho Penal y más penas en virtud de su poco éxito para resolver los conflictos, —lo que ha generado tensión con el feminismo punitivista—, se han señalado como erróneos los planteamientos usados en la persecución penal de los delitos de violencia contra las mujeres en el contexto de las relaciones de pareja y de la violencia intrafamiliar. Y también han puesto de relieve cómo las penas en este tipo de violencia no presentan resultados disuasorios en términos de reducir la tasa de criminalidad. En Chile MARÍA ANGÉLICA JIMÉNEZ ALLENDES y MARÍA PAULA MEDINA GONZÁLEZ sostienen respecto de la legislación sobre violencia intrafamiliar que está elaborada sobre un prototipo de víctima construido desde la perspectiva de género, que lleva a sostener una imagen de víctima homogénea, incapaz, desvalida, desprotegida, infantilizada, desconociendo su capacidad de autoprotección y autodeterminación¹⁰⁴¹; debemos agregar que este estereotipo occidentalizado de mujer y de víctima se aplica sobre las mujeres indígenas sin tener en cuenta sus particularidades, sus diferentes condiciones de vulnerabilidad y sus estrategias de supervivencia individuales y colectivas. De este modo, sostienen las autoras que la respuesta social y penal, en particular a la violencia diseñada desde la víctima tipo, puede ser contraproducente porque refuerza el estereotipo de las víctimas como mujeres que no tienen control sobre sus necesidades ni autonomía sobre sus decisiones vitales¹⁰⁴², lo que lleva a concluir al legislador que no pueden participar en un proceso de mediación penal.

En relación con el uso de la justicia penal ISABEL XIMENA GONZÁLEZ RAMÍREZ señala que la complejidad que supone la intervención penal produce problemas a nivel de operadores, genera sobrecargas de trabajo, debilita la gestión y hace difícil la fiscalización de las medidas de protección. Además, las respuestas de justicia penal son vistas por las víctimas como soluciones temporales y parciales que no ofrecen una solución real al conflicto, debilitan su posición y las penas no evitan la reincidencia de los agresores. Los delitos que se denuncian son de baja lesividad, en contraste con los

¹⁰⁴¹ Cfr. JIMÉNEZ ALLENDES, María Angélica, y Paula MEDINA GONZÁLEZ. «Nuevas formas de control penal... *op. cit.*, p. 207.

¹⁰⁴² *Ibíd.*, p. 208.

hechos graves que se mediatizan, que son los que menor concurrencia tienen, pero que determinan una respuesta homogénea y estandarizada para el resto de delitos, impidiendo ofrecer respuestas focalizadas y específicas en relación al nivel de violencia y diferentes grados de vulnerabilidad que puede presentar la víctima¹⁰⁴³. A esto debe añadirse el problema probatorio respecto de la intensidad del delito, y la vergüenza que siente la víctima a desvelar los daños sufridos por la violencia.

Todos estos factores señalados generan como consecuencia que los procesos terminen en absolución, con una pena menor o con una suspensión condicional del procedimiento. Estos resultados producen en la víctima una sensación de denegación de la justicia y decepción, que se incrementa cuando el autor no reconoce los hechos y no pide perdón por el daño causado. Concluye JIMÉNEZ ALLENDES después de realizar este diagnóstico, que esta forma de intervención penal favorece la posibilidad de reincidencia del infractor al verse de cierta forma respaldado por la justicia, por la impunidad o con una menor pena sin reconocimiento personal de la gravedad del daño. Por ello propone que la intervención penal debiera “focalizarse en los casos más graves, actuando como complemento de políticas sociales y de prevención en lo más leves”¹⁰⁴⁴ y establecer un proceso colaborativo como la mediación penal, dirigido por un equipo interdisciplinario. Haciendo nuestra la propuesta de JIMÉNEZ ALLENDES junto con la propuesta de VILLEGAS DÍAZ y MELLA-SEGUEL¹⁰⁴⁵, este equipo además de interdisciplinario debe ser intercultural y tener en cuenta las dinámicas de las propias comunidades, de modo que permitiese a las víctimas y a los ofensores reconocerse como tal, siendo duros con el daño y el delito, pero blandos con las personas. Este proceso o tratamiento permite la reparación de la víctima, que debe ser proporcional, y puede ser de tipo material (sumas de dinero, restitución material), moral o simbólico (perdón público y entrega de garantías de no repetición de las conductas ilícitas). El imputado deberá reparar el daño causado y para ello puede valerse de la comunidad (servicios a la comunidad a favor de las víctimas, preservación de la memoria histórica para la no repetición de los hechos). Este modelo debe estar acompañado cuando así sea

¹⁰⁴³ Esta reflexión está presente también en: JIMÉNEZ ALLENDES, María Angélica, y Paula MEDINA GONZÁLEZ. «Nuevas formas de control penal... *op. cit.*, p. 206.

¹⁰⁴⁴ GONZÁLEZ RAMÍREZ, Isabel Ximena. «Justicia restaurativa en violencia intrafamiliar... *op. cit.*, pp. 235-336.

¹⁰⁴⁵ VILLEGAS DÍAZ, Myrna; MELLA-SEGUEL, Eduardo. *Cuando la costumbre... op. cit.* p. 198.

necesario de medidas cautelares y de protección que debe ofrecer el sistema jurisdiccional a la víctima¹⁰⁴⁶.

La respuesta punitiva en Chile como única vía para gestionar la criminalidad que sufren las mujeres en las relaciones de pareja, sostienen María ANGÉLICA JIMENEZ ALLENDES y PAULA MEDINA GONZÁLEZ, ha desbordado las denuncias y detenciones policiales por esta materia, que se producen mayoritariamente por delitos de baja lesividad y que no siempre constituyen la antesala de delitos más graves. Esta situación ha provocado una sobrecarga en el sistema de justicia y en consecuencia se generan ámbitos de desprotección para las víctimas de los delitos más graves, precisamente los que deben ser prioridad para el Derecho Penal¹⁰⁴⁷. En este sentido, es necesario tener presente que las medidas de protección, y especialmente aquellas que impiden la comunicación entre las partes, no se adaptan a la complejidad de la violencia sobre la mujer en el contexto de pareja, pues existen sobre todo en el caso de que la pareja tenga hijas o hijos, razones económicas y lazos emocionales que necesariamente deben ser tenidos en cuenta por el legislador para habilitar espacios seguros para el diálogo, con personal especializado capaces de dificultar que pueda reproducirse el ciclo de la violencia y evitar que las partes puedan incurrir en el delito de desacato (art. 240 CPC)¹⁰⁴⁸, que en muchas ocasiones está propiciado por la víctima. Señala VILLEGAS DÍAZ que las consecuencias penales que genera este delito, son una señal de que es necesario un tratamiento penal diferenciado de la violencia contra la mujer, de la violencia intrafamiliar, y ello porque los vínculos que se dan en la violencia contra la mujer requieren de un tratamiento específico¹⁰⁴⁹.

¹⁰⁴⁶ Cfr. GONZÁLEZ RAMÍREZ, Isabel Ximena. «Justicia restaurativa en violencia intrafamiliar... *op. cit.*, pp. 336-337.

¹⁰⁴⁷ Cfr. JIMÉNEZ ALLENDES, María Angélica, y Paula MEDINA GONZÁLEZ. «Nuevas formas de control penal... *op. cit.*, p. 198.

¹⁰⁴⁸ El delito de desacato, es un delito que a las partes les cuesta entender, y es el ejemplo más claro de cómo el proceso penal supone sacar el conflicto del control de las partes para situarlo dentro de una esfera judicial, en el que ellas ya no pueden decidir. En la doctrina este delito tampoco es pacífico. Existen dos posiciones en relación a cuál es el bien jurídico protegido, una corriente considera que el desacato es una figura cuyo bien jurídico es el respecto y la eficacia de las resoluciones judiciales. Y otra posición señala que se trata de un bien jurídico pluriofensivo, por un lado, en contexto de violencia intrafamiliar está protegiendo los motivos por los cuales se generó una medida o condición de protección, esto es la identidad física o psíquica de la víctima, y en segundo lugar se trataría también de un delito de desobediencia al tribunal. El problema de este delito es que muchas veces se comete por la propia voluntad de la víctima, sobre esta problemática, véase VILLEGAS DÍAZ, Myrna (dir.). «Violencia contra la mujer... *op. cit.*, pp. 96-97.

¹⁰⁴⁹ VILLEGAS DÍAZ, Myrna (dir.). «Violencia contra la mujer... *op. cit.*, p. 97.

Además, el Derecho Penal no reduce el número de casos de violencia, ya que continúa existiendo una gran cifra negra, ni tampoco se ha mostrado útil en los casos más extremos de lesiones gravísimas y femicidios.

La intervención penal solo puede dar cuenta del hecho, procesarlo y castigarlo, pero no tiene capacidad para solucionar el conflicto, prevenirlo ni evitarlo¹⁰⁵⁰. La respuesta penal se ha trasladado del archivo provisional y principio de oportunidad a un aumento de sentencias condenatorias y principalmente como ya se había indicado una suspensión condicional del procedimiento, que se aplica mayoritariamente en el delito de lesiones de violencia intrafamiliar, mientras que los delitos de amenazas y maltrato habitual terminan principalmente por archivo provisional¹⁰⁵¹. Esta forma de finalizar el procedimiento genera en la práctica problemas porque las partes no entienden las restricciones de derechos ni de obligaciones que se imponen en la resolución judicial. Un ejemplo de esta problemática se produce cuando el agresor incumple una prohibición de acercarse —delito de desacato, que tiene mayor pena que lesiones leves y lesiones menos graves—; este incumplimiento, mayoritariamente termina en sentencia condenatoria para el agresor. A esto debemos añadir que la justicia penal como principal instrumento de contención no influye en el control de la violencia, ni en la protección frente a los factores de riesgo de las víctimas, lo que centra de nuevo la atención sobre el cuestionamiento de si la respuesta penal es la idónea en estos casos; defienden las autoras que no se prohíban los acuerdos reparatorios en el ámbito de la violencia intrafamiliar porque estos permitirían una mejor solución de los conflictos más leves que son los mayoritarios¹⁰⁵².

8.2. Críticas a las modalidades de procesos restaurativos aplicadas en contexto de violencia intrafamiliar

Las principales críticas que se realizan a la Justicia Restaurativa y a los procesos de mediación aplicados en el procedimiento penal es que no cumplen con los fines preventivos propios del Derecho al no prevalecer el reconocimiento de la norma por el

¹⁰⁵⁰ Cfr. JIMÉNEZ ALLENDES, María Angélica, y Paula MEDINA GONZÁLEZ. «Nuevas formas de control penal... *op. cit.*, p. 216.

¹⁰⁵¹ *Ibid.*, pp. 230-231.

¹⁰⁵² *Ibid.*, pp. 233 y 243.

actor, y transforman el Derecho en un elemento psicosocial, excediendo las funciones que las teorías retributivas y distributivas le han asignado. Se critica también que los acuerdos reparatorios o restaurativos no garantizan la proporcionalidad y culpabilidad, ni la igualdad formal ante la ley, en este sentido no cumplen con los principios de previsibilidad y certeza jurídica al no existir determinación previa y objetiva de la sanción que se puede imponer. Se indica que no se respeta el debido proceso, ni la presunción de inocencia ni el derecho a la asistencia de asesoría letrada. Se señala como un punto crítico de los procesos de mediación el valor probatorio que pueda tener posteriormente la confesión que puede producirse durante los procesos de mediación o conciliación. Y se establecen dudas sobre la existencia de un compromiso real del autor de los hechos con el acuerdo, o si el verdadero motivo que lleva a aceptar el acuerdo es ahorrarse un procedimiento judicial con resultado de sentencia. Se señala también que este tipo de modelos generan un sistema de control informal, que profundiza la desigualdad de las respuestas jurídicas, lo que favorece a las personas de mayores recursos que podrán acceder más fácilmente a estos medios, ya que las personas con mejores recursos económicos tienen más facilidad para reparar económicamente a la víctima, que es la forma de reparación más solicitada mientras que la gente pobre está en manos de un sistema de justicia más riguroso y punitivo. Esto agrava el desequilibrio de poderes en la sociedad, en términos de clase, género, etnia, edad y recursos promoviendo una justicia abiertamente discriminatoria.

En el ámbito de la violencia intrafamiliar desde el feminismo punitivista como ya se ha señalado, se justifican la prohibición de la mediación o los acuerdos reparatorios sobre la base de que en la violencia machista, y la violencia intrafamiliar, las partes no están en una relación de igualdad, base para la realización de un proceso de mediación o conciliación; este argumento además encuentra su amparo para cierto sector del feminismo en el Derecho Internacional, concretamente en la Convención Interamericana de Derechos Humanos, donde se plantea que la conciliación necesariamente requiere que las partes involucradas se encuentren en igualdad de condiciones¹⁰⁵³. En segundo lugar, la violencia machista es una violación de Derechos Humanos, y, por lo tanto, no debe ser materia de conciliación y debe requerirse una resolución judicial¹⁰⁵⁴. Y, en tercer lugar, la mediación es un sistema privado y es contraproducente su uso en casos

¹⁰⁵³ Instituto Nacional de Derechos Humanos. *Amicus Curiae... op. cit.*

¹⁰⁵⁴ Cfr. LEMAITRE RIPOLL, Julieta. "Justicia Injusta: una crítica feminista... op. cit.", p. 84.

de violencia contra las mujeres, pues puede suponer un retroceso en la toma de consciencia como un problema de carácter social y público¹⁰⁵⁵.

Desde un enfoque feminista decolonial la primera crítica que debemos realizar es que los modelos de conciliación, mediación y acuerdos reparatorios que se han implantado en Chile es que son instituciones importadas de la cultura jurídica anglosajona y que por lo tanto es necesario que para su aplicación se realice de forma idónea una adaptación situada culturalmente en el contexto social y jurídico local. Y esto en Chile desde un punto de vista intercultural no ha sucedido.

Las normas que regulan la mediación y/o la conciliación que se están aplicando en causas de violencia machista, señala LEMAITRE RIPOLL, siguen el «enfoque Harvard» o «enfoque de resolución de conflictos en negociación», que entiende el conflicto como un problema donde las partes tienen una divergencia de intereses que pueden ser conciliados y la persona encargada de mediar debe ser neutral, identificar el problema y los intereses de las partes, y proponer soluciones beneficiosas para ambas. El inconveniente de este enfoque es que niega que existan conflictos personales basados en intensas emociones, y centra su atención en el problema y no en las personas. No tiene en cuenta que en la violencia machista y la violencia intrafamiliar existe multicausalidad y disparidad de poder entre las partes, y que hay urgencia de la víctima por llegar a un acuerdo, al precio que sea para conseguir que cese la violencia, lo cual la posiciona en un lugar vulnerable cuando el proceso de mediación es obligatorio. Este tipo de instancias pueden generar una presión a las víctimas innecesaria; sostiene XULIO FERREIRO BAAMONDE que puede llevar a la víctima a “asumir responsabilidades y a aceptar soluciones de compromiso, lo que podría conducir a cierta decepción y victimización secundaria de aquellas víctimas que se consideren totalmente inocentes, al ver su asunción de responsabilidad como una falta de apoyo del sistema”¹⁰⁵⁶. En estos acuerdos adoptados se pierde de vista si son justos o injustos. Esta situación se vuelve más perversa porque no existen controles que garanticen el cumplimiento de los

¹⁰⁵⁵ Cfr. TAPIA y ILUNDAIN, en GONZÁLEZ RAMÍREZ, Isabel Ximena. «Algunas consideraciones sobre la aplicación de la justicia restaurativa... *op. cit.* 422.

¹⁰⁵⁶ Xulio Ferreiro Baamonde citado en, FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Amaya. *La mediación en Procesos...* *op. cit.*, p. 138.

acuerdos, y el éxito del sistema se mide por la cantidad de acuerdos que se suscriben y no por su calidad¹⁰⁵⁷.

9. La mediación basada en la Justicia Restaurativa aplicada en causas de violencia intrafamiliar

Los argumentos que se sostienen a favor de la mediación provienen principalmente desde la Criminología Crítica y la Justicia Restaurativa junto con otras propuestas que surgen también desde enfoques de género o feministas¹⁰⁵⁸. Desde estas corrientes se critica el recurso al Derecho Penal como forma única de abordar los conflictos de violencia intrafamiliar, y se señalan sus consecuencias negativas. Y se presentan diferentes planteamientos de cómo y cuándo pueden habilitarse procesos de mediación en causas de violencia machista en relaciones de pareja, siendo mayoritaria la doctrina, con la que coincidimos, que señala que debe descartarse una suerte de mediación general, pues existen situaciones sociológicas o patológicas que no son susceptibles de redención y delitos que por su gravedad obligan a actuar bajo el rigor del Derecho Penal¹⁰⁵⁹.

Como defiende ISABEL XIMENA GONZÁLEZ RAMÍREZ, la mediación debe entenderse como un mecanismo que amplía las posibilidades de solución, que requiere que su aplicación sea discrecional y debe ceñirse a las normas legales, psicosociales, éticas y

¹⁰⁵⁷ Cfr. LEMAITRE RIPOLL, Julieta. “Justicia Injusta: una crítica feminista a la conciliación en violencia conyugal”. *Derecho Privado* (Universidad de los Andes. Facultad de Derecho), n° 27, Febrero 2002, pp. 83,86.

¹⁰⁵⁸ Especialmente en el apoyo o no a la introducción de acuerdos reparatorios en causas de violencia en relaciones de pareja, se puede apreciar con claridad los dos enfoques feministas respecto de cómo debe abordarse este tipo de criminalidad. Las tesis feministas que defienden una línea causalita y unidireccional defenderán postulados vinculados al positivismo, y explican la violencia contra la mujer desde la variable determinista de la desigualdad de género. Y los planteamientos desde la criminología crítica y el feminismo vinculado a estas teorías que planteaban menor intervención de la Justicia Penal, lo que abría la puerta a soluciones alternativas al proceso penal como la mediación donde ganara protagonismo la víctima por encima de la sanción al agresor y a ampliar las víctimas de la violencia machista a hombres, lesbianas, homosexuales, personas ancianas, niñas y niños. En este sentido ver JIMÉNEZ ALLENDES, María Angélica, y Paula MEDINA GONZÁLEZ. «Nuevas formas de control penal... *op. cit.*, pp. 203-204.

¹⁰⁵⁹ En este sentido véase: VILAPLANA RUIZ, Javier. «Mediación y violencia... *op.cit.*, p. 4; LEMAITRE RIPOLL, Julieta. «Justicia Injusta: una crítica feminista... *op. cit.*; GONZÁLEZ RAMÍREZ, Isabel Ximena. «Justicia restaurativa en violencia intrafamiliar... *op. cit.*; JIMÉNEZ ALLENDES, María Angélica, y Paula MEDINA GONZÁLEZ. «Nuevas formas de control penal... *op. cit.*, p. 201.

procesales¹⁰⁶⁰. Estos procedimientos son aconsejables únicamente en los casos en los que la violencia ya cesó. En los casos en los que aún está presente podrían ser adecuados solo y cuando el juez/a haya tomado las medidas cautelares oportunas para proteger a la víctima y siempre y cuando el diagnóstico previo que se haga verifique la capacidad de autodeterminación y red de apoyo integral de la mujer para actuar frente a un riesgo¹⁰⁶¹.

La autora JULIETA LEMAITRE RIPOLL, desde una perspectiva feminista, defiende que los Derechos Humanos son inalienables y por tanto no pueden negociarse, pero esto no está en contradicción con buscar soluciones de justicia para casos de violencia machista, donde son aplicables modelos de mediación o conciliación específicos cuando la violencia no es grave. Para ello es necesario tener un sistema fiable que nos permita graduar el nivel de violencia, los factores de riesgo, las formas de protección y la naturaleza y circunstancias del maltrato, para poder ofrecer respuestas diferentes, y tener claridad sobre la naturaleza de la violencia machista que se construye sobre la negación del valor de lo femenino por la tradición patriarcal y sobre el interés del agresor en lograr la sumisión y el interés de la víctima por conseguir que cese la violencia. Esta autora propone el uso de técnicas que permitan a las mujeres conocer sus deseos e intereses legítimos en igualdad; sostiene que sin este reconocimiento no hay negociación posible y propone el enfoque de conciliación circular narrativo y el de transformación del conflicto como modelos útiles para determinados casos de violencia machista¹⁰⁶².

El «modelo circular narrativo» busca el acuerdo entre las partes, pero para conseguirlo se centra en mejorar la relación de pareja. Esta mejoría se logra cuando las partes son capaces de reconocerse la una a la otra como interlocutoras válidas y narran su historia personal en el conflicto. En este enfoque la persona encargada de lograr la conciliación no debe mantener una postura neutral, esto no quiere decir que se implique por una persona u otra, sino que debe posicionarse con el objetivo de lograr una equidad

¹⁰⁶⁰ Cfr. GONZÁLEZ RAMÍREZ, Isabel Ximena. «Justicia restaurativa en violencia intrafamiliar... *op. cit.*, p. 239.

¹⁰⁶¹ Cfr. GONZÁLEZ RAMÍREZ, Isabel Ximena. «Algunas consideraciones sobre la aplicación de la justicia restaurativa... *op. cit.* p. 424.

¹⁰⁶² Cfr. LEMAITRE RIPOLL, Julieta. «Justicia Injusta: una crítica feminista... *op. cit.*, pp. 84, 91,92.

entre ellas, equilibrar las posiciones de poder mediante la autovaloración y el empoderamiento para que estas puedan reconstruir una relación simétrica¹⁰⁶³.

El «modelo de transformación de conflicto» se diferencia del circular narrativo, en que el mediador o mediadora, si bien, debe procurar la autovaloración de las partes, tiene que mantener una postura de cierta neutralidad de forma que la decisión permanece en las partes. La principal ventaja de este enfoque, es que su fin es la autovaloración de las partes y que se reconozca, de forma que, aunque no se logre la conciliación, las partes han avanzado en el desarrollo moral¹⁰⁶⁴.

Otras técnicas de mediación que son recogidas por la doctrina son el «enfoque de la vergüenza reintegradora» o la «pizarra restaurativa» donde el agresor admite el hecho, se avergüenza de él ante la comunidad; esta comunidad en este tipo de violencia suele ser la familia, especialmente la del agresor, que toma consciencia de la violencia que estaba ejerciendo sobre su pareja, como señala GONZÁLEZ RAMÍREZ, las familias repudian los hechos de violencia y acogen al autor como persona y empatizan con el dolor de la víctima¹⁰⁶⁵.

Para que estos modelos puedan desarrollarse y sean efectivos es necesario que se cumplan los siguientes requisitos. En primer lugar, que ambas partes estén interesadas y muestren sus deseos de manera autónoma, ni la conciliación ni la mediación funcionan bajo coacción. Y, en segundo lugar, debe tenerse en cuenta que estos procesos son largos en el tiempo y deben contar con sesiones individualizadas con cada una de las partes donde puedan contar su versión de la historia a la personas o personas a cargo de la mediación o conciliación. La persona a cargo de la conciliación o mediación debe estar asistida por un o una profesional de las ciencias sociales que maneje esta problemática o tenga un entrenamiento especial que le permita manejar la dimensión humana del conflicto. El fin no es resolver el problema de forma inmediata sino recomponer la situación. En este sentido, no son mecanismos que permitan cerrar de forma ágil las causas, un tema relevante desde el punto de vista de la eficacia que se le exige al Ministerio Fiscal o la Administración de Justicia, y que se mide en número de causas cerradas por año que se rinde en estadísticas anuales. En cuarto lugar, la

¹⁰⁶³ *Ibid.*, p. 89

¹⁰⁶⁴ *Idem.*

¹⁰⁶⁵ Cfr. GONZÁLEZ RAMÍREZ, Isabel Ximena. «Algunas consideraciones sobre la aplicación de la justicia restaurativa... *op. cit.*, p. 426.

conciliación o mediación debe regirse por el principio de protección, de forma que si se ha producido violencia y sobre todo si ha sido grave debe o puede interrumpirse el proceso porque se ha lesionado la autonomía y la capacidad de tomar decisiones de la víctima. En quinto lugar, los acuerdos deben contener una disposición donde se especifique qué sucede en caso de incumplimiento y cómo se realizará el seguimiento del cumplimiento¹⁰⁶⁶.

Cuando la violencia es grave los procesos de conciliación o mediación no pueden aplicarse porque existe una situación de mayor pánico en la víctima y descomposición del vínculo familiar, mayor pérdida de autonomía de la víctima y el patrón de conducta violenta del agresor es más difícil de cambiar. En los casos de violencia grave, para poder aplicarse mediación o conciliación es necesario que primero se produzca un proceso terapéutico en el que ambas partes hayan subsanado algunos problemas mediante empoderamiento de la víctima y resocialización de agresor. Estos objetivos no se consiguen con la mera conciliación o mediación en estos casos¹⁰⁶⁷. Y en los casos de violencia muy grave para LEMAITRE RIPOLL la mediación no es posible, aunque exista voluntad de la víctima, porque aquí debe prevalecer el interés público para que se haga justicia por la comisión de delitos y violaciones de Derechos Humanos¹⁰⁶⁸.

Desde la perspectiva del Derecho Penal, señala MARÍA AMAYA FERNÁNDEZ LÓPEZ que la mediación contribuye a reparar el daño, porque permite a las partes ser protagonistas y expresar sus sentimientos, comprender el desvalor de la conducta y el daño causado, lo que permite que propongan libremente la forma más adecuada de reparación. Con ello también se fortalece la confianza en el sistema de Justicia al permitir el uso de una herramienta que se adapta al problema y a los intereses de las partes. Además, señala la autora que la inclusión de procedimientos de conciliación y mediación tiene ventajas generales desde una perspectiva global del funcionamiento de la Administración de Justicia, que podemos clasificar en fines de primer y de segundo orden¹⁰⁶⁹.

Los fines de primer orden que se consiguen con la mediación responden a un valor añadido que se produce durante el proceso de mediación en relación con las partes,

¹⁰⁶⁶ Cfr. LEMAITRE RIPOLL, Julieta. "Justicia Injusta: una crítica feminista... *op. cit.*, pp. 90, 94, 95.

¹⁰⁶⁷ *Ibid.*, p. 91.

¹⁰⁶⁸ LEMAITRE RIPOLL, Julieta. "Justicia Injusta: una crítica feminista... *op. cit.*, p. 95.

¹⁰⁶⁹ FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Amaya. *La mediación en Procesos... op. cit.*, p. 137.

porque estas tienen una alta capacidad de decisión durante el proceso que además se diseña de forma que el mismo produce un efecto reparador en las víctimas. Y en relación a la Administración de Justicia, porque cuando funciona bien, la ciudadanía recupera la confianza en el sistema. En este sentido, la doctrina resalta las siguientes ventajas:

- Los procesos de mediación en Derecho Penal refuerzan el principio de intervención mínima, de *última ratio* del Derecho Penal¹⁰⁷⁰.
- Permiten que se refuerce el aspecto preventivo general del Derecho Penal, en la medida en que en el proceso interviene un tercero que cumple funciones dentro de un procedimiento regulado, lo cual visibiliza la existencia de una norma jurídica quebrantada. Y aunque la reparación no pueda considerarse una pena, sí genera una prevención general positiva, porque logra el efecto preventivo cuando se obtiene una resolución pacífica del conflicto¹⁰⁷¹.
- Desde un aspecto preventivo especial, las medidas que se adoptan favorecen las posibilidades de reeducación y reinserción social, porque la reparación constituye un estímulo para la denuncia de la víctima y porque al ser una reparación acordada con la víctima, el autor se responsabiliza, lo que permite la reparación de la víctima y saldar la deuda con el Estado¹⁰⁷².
- Contribuye de forma efectiva a la reparación del daño en la víctima, porque se permite a las partes expresar sus sentimientos y el restablecimiento de un clima social adecuado, no hay vencedores ni vencidos. Las partes en mediación se convierten en protagonistas, y se supera la concepción del conflicto como una batalla para buscar una solución colaborativa y consensual¹⁰⁷³.
- Permiten acotar la distancia entre el justiciable y la Justicia, disminuyendo el formalismo y la rigidez en los trámites procesales. A esto contribuye especialmente que los términos del acuerdo no los decide una autoridad

¹⁰⁷⁰ *Ibíd.*, p. 139

¹⁰⁷¹ Ver, FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Amaya. *La mediación en Procesos...* *op. cit.*, p. 139; CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl. «La justicia restaurativa... *op. cit.*, p. 131.

¹⁰⁷² CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl. «La justicia restaurativa... *op. cit.*, p. 131; GONZÁLEZ RAMÍREZ, Isabel Ximena. «Justicia restaurativa en violencia intrafamiliar... *op. cit.*, p. 337.

¹⁰⁷³ FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Amaya. *La mediación en Procesos...* *op. cit.*, p. 137.

que desconoce la verdadera situación de las partes y la raíz del conflicto, sino las propias personas interesadas¹⁰⁷⁴.

- Los procesos de mediación se adaptan al conflicto logrando una resolución apropiada a la disputa y logran el reequilibrio de las relaciones sociales¹⁰⁷⁵.

- La mediación contribuye a minimizar el sufrimiento emocional de las personas implicadas al no tener que revivir el drama que significó para ellas el delito a lo largo de un proceso muchas veces largo y doloroso¹⁰⁷⁶.

- Los esfuerzos de las víctimas ya no hay que dividirlos en entender el proceso judicial y cumplir sus plazos, sino que pueden centrarse solo en buscar la solución y su reparación¹⁰⁷⁷.

- Los procesos de mediación contribuyen a reducir la culpabilización que sufre la mujer sobreviviente de violencia por el mal causado a su agresor con la denuncia y ulterior condena, que en muchos casos también repercutía en el ámbito familiar y de las amistades¹⁰⁷⁸.

- Las condiciones que se recogen en los acuerdos de reparación, no suponen graves limitaciones de derechos fundamentales para el autor como las penas privativas de libertad, y esto facilita que pueda cumplir con la reparación de la víctima¹⁰⁷⁹ (por ejemplo, el pago de cuantías económicas, pensión de alimentos, restitución de bienes materiales, porque permite al agresor acceder al mercado de trabajo), y a las víctimas que son dependientes económicamente seguir contando con el sustento económico.

¹⁰⁷⁴ *Ibíd.*, pp. 139 y 141.

¹⁰⁷⁵ *Ibíd.*, p. 139.

¹⁰⁷⁶ OTERO PARGA, M. en FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Amaya. *La mediación en Procesos...* *op. cit.*, p. 139.

¹⁰⁷⁷ *Ibíd.*, p.140.

¹⁰⁷⁸ En este sentido entre otros: VILAPLANA RUIZ, Javier. «Mediación y violencia... *op.cit.*, p. 5. CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl. «La justicia restaurativa... *op. cit.*, p. 131.

¹⁰⁷⁹ CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl. «La justicia restaurativa... *op. cit.*, p. 131.

- Los análisis de resultados de evaluaciones de programas sobre tratamiento mediante mecanismos de Justicia Restaurativa de conflictos de violencia de pareja e intrafamiliar reducen la reincidencia en los delitos violentos¹⁰⁸⁰.
- La mediación puede ayudar a las víctimas a comunicarse de forma segura con el agresor logrando que acepte un tratamiento psicológico para el manejo de la ira, el alcoholismo o la drogadicción¹⁰⁸¹.

Los fines de segundo orden, son fines donde prevalecen los factores de tipo económico, y responden a esa influencia neoliberal en la administración de justicia, más preocupada por la reducción del gasto público y el aligeramiento de la carga de asuntos encomendados a los Juzgados y Tribunales, donde el foco se sitúa en los conceptos de y eficacia y eficiencia. Los casos menos gravosos se solucionan por mediación y los más graves en los tribunales, contribuyendo a la eficiencia. Y la eficacia se logra mediante procesos y tribunales más especializados. Las principales ventajas que se señalan en este sentido son que:

- La mediación produce un abaratamiento de costes porque no hay tantas personas profesionales involucradas en la solución del conflicto, por lo que disminuyen los costos en honorarios y minutas cuando finaliza el proceso. Esto también favorece la descongestión de la propia Administración de Justicia porque se habilita una forma de terminar el proceso economizando a la vez costes y gastos¹⁰⁸². Esta ventaja, consideramos es relativa, puesto que un sistema restaurativo y procesos de mediación bien implementados requieren también de una fuerte inversión pública, pues los mismos deben ser procesos gratuitos¹⁰⁸³, que necesitan de profesionales con especialización, espacios adecuados para la realización de las sesiones, que deben contar con financiación adecuada para no convertirse en una solución precaria de justicia.

¹⁰⁸⁰ La conclusión de este estudio pertenece a la investigación desarrollada por SHERMAN y STRANG en Australia, por lo que no sabemos exactamente cuál es el patrón en Chile del comportamiento del agresor. Este estudio está citado en GONZÁLEZ RAMÍREZ, Isabel Ximena. «Justicia restaurativa en violencia intrafamiliar... *op. cit.* p. 239.

¹⁰⁸¹ Cfr. RIFKIN en GONZÁLEZ RAMÍREZ, Isabel Ximena. «Algunas consideraciones sobre la aplicación de la justicia restaurativa... *op. cit.*, p. 423.

¹⁰⁸² FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Amaya. *La mediación en Procesos...* *op. cit.*, p. 139.

¹⁰⁸³ Cfr. DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia. «¿Qué es la Justicia Restaurativa... *op. cit.*, p. 9.

- Es una solución rápida y anticipada al proceso que contribuye a eliminar la sensación de lentitud de la justicia¹⁰⁸⁴.
- La introducción de procesos más simples y menos formalistas, también contribuye con la reducción de costes económicos y emocionales del proceso, esto favorece a los Tribunales porque alivia su sobrecarga y a las personas porque su energía se focaliza sólo en la búsqueda del acuerdo favorable¹⁰⁸⁵.
- La solución es acordada por las partes y vinculante para las mismas lo que añade un plus de satisfacción que redundará en una solución de mayor utilidad.
- Facilita el cumplimiento voluntario, además como las partes han acordado el contenido este es conocido por las mismas, lo que también contribuye a que sea más fácilmente ejecutable para la parte que tiene que hacerse cargo de sus obligaciones.
- La introducción de procesos de mediación contribuye a reducir el número de desistimientos que se producen como consecuencia de los efectos negativos del procedimiento en las víctimas (intromisión en aspectos íntimos, tramitación judicial prolongada, angustia, insatisfacción en las víctimas, etc.)¹⁰⁸⁶.

Desde la perspectiva procesal, se señala que los procesos de mediación en el ámbito penal pueden introducirse como una fase previa de instrucción o como un procedimiento alternativo de solución al cual puede accederse incluso antes del comienzo del juicio oral como cuestión previa en el seno de la visita¹⁰⁸⁷.

Por todo lo expuesto, consideramos que la prohibición de los acuerdos reparatorios en Chile debería suprimirse, abriendo la legislación a formas alternativas de resolución de conflictos que se inscriban en las teorías de la Justicia Restaurativa con enfoque de género y con enfoque intercultural, que permitan introducir en la legislación cláusulas

¹⁰⁸⁴ FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Amaya. *La mediación en Procesos...* *op. cit.*, p. 139.

¹⁰⁸⁵ *Ibíd.*, pp. 139 y 149.

¹⁰⁸⁶ Cfr. GONZÁLEZ RAMÍREZ, Isabel Ximena. «Algunas consideraciones sobre la aplicación de la justicia restaurativa...» *op. cit.* p.423.

¹⁰⁸⁷ En este sentido VILAPLANA RUIZ, Javier. «Mediación y violencia...» *op.cit.*, p. 5. Y, RAUL CARNEVALI quien sostiene que la Justicia Restaurativa se desarrolla influenciada por los planteamientos centrados en la víctima, en los movimientos de resolución alternativa de conflictos, y en las ideas provenientes del abolicinismo, que llevan a una búsqueda de mejores formas de resolver los conflictos en la sociedad y un mayor protagonismo de la víctima en los conflictos penales, ver CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl. «La justicia restaurativa...» *op. cit.*, p. 123.

específicas de reconocimiento de la justicia de las comunidades indígenas. De lo contrario, continuaremos con una práctica jurídica con enfoque intercultural limitado y que funciona principalmente sobre la base del trabajo de especialistas con años de experiencia en causas con personas mapuche implicadas. De forma, que se necesita un cambio de legislación, porque en la situación actual, las personas implicadas podrán encontrarse con enfoques y tratamientos diferentes en función del o la profesional del servicio que se ocupe de su causa. Al no existir una normativa clara donde queden establecidas la forma en que las causas de violencia intrafamiliar deben ser abordadas, estableciendo un marco de seguridad jurídica tanto para persona agresora y víctima, como para tribunales, Defensoría Penal Pública, Ministerio Fiscal y abogadas y abogados.

10. Conclusiones y propuestas para el Estado, sobre la regulación de los acuerdos reparatorios en contexto de violencia intrafamiliar entre personas de identidad cultural mapuche

Del estudio de la legislación vigente en violencia intrafamiliar y de su aplicación en La Araucanía se han puesto de relieve diferentes problemáticas, algunas que afectan al conjunto de la población y otras que tienen que ver más con el contexto concreto y particular de esta región.

Nuestro objetivo es sostener una propuesta que permita articular un cambio en la aplicación de la norma, en relación a la aplicación de acuerdos reparatorios y en segundo lugar favorecer la base para que este cambio se consagre por el legislador.

Desde el punto de vista teórico se ha puesto de manifiesto como existen posiciones doctrinales tanto en el extranjero como en Chile que sostiene los beneficios de abrir el Derecho Penal a considerar que la violencia intrafamiliar y la violencia contra las mujeres, no se explica solo desde la teoría de la desigualdad de género, sino que se trata de un fenómeno de violencia que responde a diferentes factores, donde uno de ellos es el género. Se han señalado las ventajas de introducir formas alternativas de resolución de conflictos, especialmente la mediación planteada desde los principios de la Justicia Restaurativa.

Desde el análisis legal se ha demostrado como el Convenio 169 de la OIT nos permite reconocer formas de justicia indígenas y articular soluciones en sede judicial que respondan a bienes jurídicos colectivos conjugados con la protección individual y el restablecimiento del equilibrio.

El reconocimiento de la posibilidad de conjugar el ordenamiento jurídico estatal con el reconocimiento de la jurisdicción indígena puede realizarse aun sin tener una Constitución que reconozca a Chile como un estado plurinacional, pues el artículo 5° de la Carta Fundamental permite aplicar el Derecho Internacional, y así lo ha reconocido en reiteradas ocasiones la Corte de Apelaciones de Temuco y también la Corte Suprema.

Del estudio de la aplicación del Convenio 169 de la OIT en causas de violencia intrafamiliar en La Araucanía cabe señalar en primer lugar, que se ha empleado únicamente en dos delitos, lesiones menos graves y amenazas, tanto en conflictos de violencia de pareja, como en conflictos de violencia entre personas de la misma familia. En segundo lugar, debe tener en cuenta que estamos ante un primer nivel de reconocimiento de jurisdicción indígena y, por tanto, es necesario poner en valor la labor que han realizado la Defensoría Penal Pública Mapuche, los Juzgados de Garantía y la Corte de Apelaciones de Temuco, en la introducción de nuevos debates jurídicos y respuestas judiciales. De la experiencia de estas 20 causas analizadas es necesario sacar el mayor aprendizaje posible desde un enfoque jurídico intercultural constructivo que permita a los Juzgados de Garantía y Tribunales del Estado mejorar las respuestas judiciales dentro del respeto a la cosmovisión mapuche y a su sistema de justicia.

Por ello, proponemos los siguientes fundamentos de derecho y protocolo judicial en causas con mujeres mapuche, con el objetivo de resguardar todos los intereses en juego, el derecho a una vida libre de violencia, el derecho a la identidad cultural mapuche, el derecho colectivo como pueblo a que se respete su cultura, y el deber actual del estado de cumplir con los compromisos en derechos internacionales adquiridos (especialmente con el Convenio 169 de la OIT, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y la Convención Belém do Pará).

1. La identidad mapuche se acredita mediante el apellido como señala el artículo 2° de la Ley Indígena o bien, mediante el reconocimiento de que la

persona pertenece a una comunidad indígena y quiere solucionar el problema dentro de las reglas de la comunidad, por ejemplo, para el caso de una pareja conformada por una persona mapuche y una persona no-mapuche.

2. Es necesario acreditar la costumbre en juicio (art. 295 CPP), por ejemplo, valiéndose de peritos antropológicos o la presencia de una persona señalada por la comunidad. Esto permite a las comunidades recuperar sus formas de justicia tradicional, afianzarla en aquellas comunidades en las que no se ha perdido y recuperar los roles tradicionales en la sociedad mapuche. Generando dentro de las comunidades espacios para desarrollar sus propios tribunales. Esto permitirá a las mujeres sentirse más protegidas, porque la violencia se visibiliza, reforzando la educación a las nuevas generaciones en la no violencia contra las mujeres, el equilibrio y el respeto a las mujeres, valores propios de la cosmovisión mapuche.

3. La flexibilidad del ordenamiento jurídico estatal acogiendo soluciones acordadas en el seno de la comunidad permite establecer un diálogo intercultural entre las dos justicias, reconociéndose y valorándose. Este reconocimiento puede contribuir también a generar un mensaje de respeto del Estado a las personas mapuches, contribuyendo a no agrandar la herida histórica entre el Pueblo Mapuche y el Estado chileno.

4. Establecer medidas de control a los acuerdos reparatorios. Este sistema de control no debe interpretarse como una intromisión en la jurisdicción indígena, sino como una herramienta que debe ser vista como, la debida preocupación que debe mostrarse por la protección de la vida y las familias. En este sentido, el mecanismo de control que se habilite puede establecerse en negociación con la comunidad, para poder verificar que efectivamente se ha cesado en la actitud violenta y se ha cumplido el compromiso adquirido en el Juzgado de Garantía. Un ejemplo podría ser, que una autoridad de la comunidad quedase comprometida a apoyar a esa familia en restablecer el equilibrio, tenga la obligación de informar al Juzgado de Garantía, de que el acuerdo reparatorio ha funcionado. Asimilando esta labor con la que hacen por ejemplo los centros de terapia que informan a los Juzgados del seguimiento por parte de los condenados. Otra opción es que se nombre una facilitadora intercultural que

trabaje en cada respectivo tribunal que tenga como una de sus funciones entrevistarse con las víctimas para realizar un seguimiento del acuerdo reparatorio. Estas posibilidades, además permite que la víctima e imputado no tengan que desplazarse hasta las ciudades donde se encuentran los Juzgados de Garantía, en caso de que el acuerdo reparatorio haya sido positivo, lo que permite minimizar los efectos negativos del proceso y reducir la victimización.

5. El reconocimiento de los acuerdos reparatorios debe producirse para cualquier delito que la comunidad estime que es susceptible de solucionarse por esta vía, en este sentido, el artículo 241 CPC cedería en favor de los artículos 8, 9 y 10 del Convenio de la OIT.

X. PROYECTO DE LEY SOBRE EL DERECHO DE LAS MUJERES A UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA

Desde que entró en vigor la Ley 20.066 hasta la actualidad han ingresado más de 70 iniciativas legislativas para su reforma. El Ejecutivo ha tenido presentes estas propuestas para elaborar el Proyecto de Ley sobre el Derecho de las Mujeres a una vida libre de violencia, que se presentó el 24 de noviembre de 2016 por medio de Mensaje Presidencial por la Presidenta de la República Michelle Bachelet (mensaje N° 307-364). En su redacción trabajaron conjuntamente los Ministerios de: Interior y Seguridad Pública; Hacienda; Desarrollo Social; Educación; Justicia y Derechos Humanos; Trabajo y Previsión Social; Mujer y Equidad de Género y Salud. Coordinación que pone de relieve el esfuerzo del Ejecutivo y en especial de Presidencia de la Republica por elaborar una ley lo más integral posible y que contara para su desarrollo y aplicación con el compromiso de los Ministerios.

A continuación, analizaremos los aspectos generales del Proyecto de Ley, para después centrarnos en las modificaciones penales y en concreto la regulación de la prohibición de la mediación, con el objeto de conocer cómo afectaría esta iniciativa legislativa a las mujeres de Pueblos Originarios, víctimas de violencia machista.

El Proyecto de Ley es un texto amplio que se hace cargo de la violencia que sufren las mujeres desde distintos ámbitos, e implementa una nueva definición de violencia

sobre las mujeres (Título I); la prevención de la violencia contra las mujeres (Título II), la protección y atención de las mujeres frente a la violencia (Título III) y el acceso a la Justicia (Título IV). Este Proyecto de Ley en nuestra opinión supone un nuevo e importante avance en Chile en la implementación de los compromisos internacionales, especialmente la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación en contra de la Mujer, de Naciones Unidas y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres de la OEA. El Proyecto de Ley recoge las principales críticas que desde los feminismos se han realizado a estas convenciones internacionales y su implementación en Chile, en este sentido se redacta con un cuidado lenguaje técnico que habla de mujeres en plural y no únicamente de mujer en singular, término que fue criticado por establecer un tipo fijo de mujer occidentalizada y urbana que no se correspondía con la diversidad de mujeres que existen. Este enfoque inclusivo de la diversidad de mujeres se hace expreso en el apartado de ‘Antecedentes’ donde se señala lo siguiente:

“Nuestra legislación necesita tener una mirada más amplia de la violencia contra las mujeres y dejar en evidencia que éste no es un problema entre particulares, sino más bien el reflejo de una estructura social y cultural discriminatoria contra las mujeres. Su condición estructurante determina que las violencias contra ellas las afecta a todas, sin distinguir clase social, capacidad económica, nivel educacional, edad, pertenencia a pueblo originario, orientación sexual, religión u otra condición territorial u social”¹⁰⁸⁸.

Este enfoque pluriverso se refleja también en el artículo primero donde se hace mención entre otros factores, a la raza, etnia, idioma, origen nacional, religión o creencia¹⁰⁸⁹, factores que pueden ser interpretados como una mención específica para las mujeres de los Pueblos Originarios. Si bien la redacción solo usa una única vez el concepto de Pueblos Originarios, y no se ocupa del término cosmovisión, pensamos que con las categorías incluidas en el artículo 1º, las mujeres indígenas están incluidas, otorgándoles visibilidad jurídica, lo que contribuye a corregir una deuda histórica del

¹⁰⁸⁸ Mensaje N° 307-364, Proyecto de Ley sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, p. 3.

¹⁰⁸⁹ Artículo 1º. Proyecto de Ley Sobre el Derecho de las mujeres a una vida libre de violencia. 1. Objeto de la Ley. Esta ley tiene por objeto sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, cualquiera sea su edad, estado civil, raza, etnia, idioma, religión o creencia, ideología u opinión política o de otro tipo, origen nacional o social, filiación, situación socioeconómica, orientación sexual, identidad de género, apariencia, condición de salud, de migrante o de refugiada, situación de discapacidad de cualquier tipo o cualquier otra condición. Para ello, regula mecanismos de protección, acceso a la justicia y atención a quienes sean víctimas de ella, a fin de garantizarles el derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado.

poder Legislativo y Ejecutivo en Chile, que siempre han negado un enfoque intercultural en la redacción de leyes que tienen como objetivo la protección de las mujeres. Lamentablemente, este enfoque pluricultural consideramos no logra permear la redacción del Proyecto de Ley, y ello por tres motivos. El primero, es que no se realizó ninguna consulta indígena para preguntar a las mujeres de Pueblos Originarios respecto de sus dificultades y problemáticas para incluir sus demandas en la norma (consultas que se realizaron en otros temas como salud o cultura), y que es obligatoria en cumplimiento del Convenio 169 de la OIT. Esta falta de consulta no se subsana con la participación del Ministerio de Desarrollo Social, donde se encuentra la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (Conadi).

En segundo lugar, porque el Proyecto de Ley no hace ninguna mención a la existencia de formas de justicia ancestrales para reconocerlas. Y además establece la prohibición de la mediación con más rigor que la Ley 20.066, perdiéndose en nuestra opinión una oportunidad para incorporar un procedimiento que otorgara mayor seguridad jurídica a personas mapuche y operadores jurídicos a la hora de aprobar los acuerdos reparatorios, que en la práctica se están realizando. Y, en tercer lugar, mientras en el Proyecto de Ley se indica expresamente que, para la interpretación y aplicación de la Ley 20.0666 las autoridades tendrán en consideración la Convención sobre los Derechos del Niño, La Convención Interamericana para Prevenir Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y demás instrumentos internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, no se menciona el Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, ni la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que se entiende incluido en la cláusula genérica de demás instrumentos internacionales¹⁰⁹⁰. Consideramos esta inclusión genérica no es suficiente en un Estado plurinacional y es necesario que se mencionen expresamente estos instrumentos internacionales.

El Proyecto de Ley abandona el uso del masculino como genérico neutro y pone en práctica el lenguaje inclusivo hablando por ejemplo de abogado o abogada, juez y jueza, y de ofensor u ofensora, dejando claro también que el sujeto activo en los delitos de violencia en las relaciones de pareja puede ser tanto el hombre como la mujer.

¹⁰⁹⁰ Mensaje N° 307-364, Proyecto de Ley sobre el derecho... *op. cit.*, p. 32.

La definición de lo que debe entenderse por «violencia contra las mujeres» se recoge el artículo 1º, de forma expresa diferentes vivencias dentro de lo que significa ser mujer, en este sentido se menciona la violencia también de parejas del mismo género, y la violencia sobre las personas con identidad de género femenina. El Ejecutivo, ante el contexto de creciente llegada de personas migrantes a Chile, menciona expresamente también como novedad a las mujeres «migrantes», (empleando este concepto y no inmigrantes o irregulares) y refugiadas o de cualquier origen nacional. El Ejecutivo también se hace eco de las demandas de protección de las niñas, para que figuren expresamente protegidas en tanto que mujeres, cualquiera que sea su edad. Y por último menciona también expresamente la protección a las mujeres independientemente de su religión o creencia, ideología u opinión política o de otro tipo, origen social, filiación, situación socioeconómica, apariencia, condición de salud, situación de discapacidad o de cualquier tipo o cualquiera otra condición. De esta forma, el Ejecutivo, elabora un proyecto de ley que recoge las principales sensibilidades dentro de los colectivos de mujeres (migrantes, lésbicas, infancia, LGBTIQ⁺ y diversas capacidades), y lo hace desde el cumplimiento de los estándares internacionales y la comprensión de los diferentes factores que actúan de forma interrelacionada en la perpetuación de la violencia, y como desde las instituciones se deben ofrecer respuestas específicas para cada caso¹⁰⁹¹.

Como consecuencia de la inclusión del concepto de «violencia contra la mujer» y de las relaciones sin convivencia. Se modifican también los hechos que se considerarán constitutivos de violencia intrafamiliar, proponiendo una nueva redacción para el artículo 5º, donde se incluyen más tipos de violencia “será constitutivo de violencia intrafamiliar todo maltrato que afecte la vida, la integridad física o psíquica, la libertad o indemnidad sexual, o la subsistencia o autonomía económica”, zanjando la discusión respecto de la inclusión o no de la violencia sexual. Y se amplía el número de sujetos activos y pasivos, al entrar en la ley las relaciones de pareja sin convivencia, sean del mismo o diferente sexo.

En el artículo 2º define la violencia contra las mujeres indicando que esta:

¹⁰⁹¹ Este planteamiento de la comprensión de la violencia es el que defiende ELISABETH SCHNEIDER en «Mujeres maltratadas y la elaboración de leyes feministas: definición identificación desarrollo de estrategias», en *Justicia, género y violencia*, de Julieta (comp.) DI CORLETO, 23-42. Buenos Aires: Librería y Red Alas, 2010, p. 35.

“Comprende cualquier acción u omisión, sea que tenga lugar en el ámbito público o en el privado, basada en el género y ejercida en el marco de las relaciones de poder históricamente desiguales que emanan de los roles diferenciados asignados a hombres y mujeres, que cause o pueda causar muerte, menoscabo físico, sexual, psicológico, económico o de otra clase a las mujeres, incluyendo la amenaza de realizarlas”.

Se reconoce expresamente la perspectiva de género en la norma asumiendo la terminología de la Convención Belén do Pará, a diferencia de lo que se hacía en las leyes 19.325 y 20.066 donde únicamente se hablaba de desigualdad entre hombres y mujeres sin reconocer expresamente esta perspectiva. Este es el gran cambio conceptual que propone este Proyecto de Ley, y sitúa esta propuesta dentro de los estándares internacionales¹⁰⁹².

En relación a las formas en que la violencia puede materializarse el artículo 3º, establece y define los tipos de violencia que serán sancionadas en el marco de esta ley haciendo referencia expresa a la violencia física, violencia psicológica, violencia sexual, el acoso, la violencia económica, la violencia simbólica¹⁰⁹³, esta definición y referencia expresa es en nuestra opinión un gran avance respecto de la ley actual, y permite de forma más eficaz perseguir las diferentes violencias que sufren las mujeres. Cabe señalar que la inclusión de la violencia simbólica y económica además suponen un avance respecto de las obligaciones que se establecen en la Convención Belém do Pará¹⁰⁹⁴ y que responden a una realidad cambiante sobre la que han mostrado su

¹⁰⁹² En este sentido véase también VILLEGAS DÍAZ, Myrna (dir.) «La violencia contra la mujer... *op. cit.*, p. 122.

¹⁰⁹³ Artículo 3º. *“Formas de violencia. La violencia contra las mujeres comprende: a) **Violencia física**: cualquier agresión dirigida contra el cuerpo de la mujer y que vulnera, perturba o amenaza la integridad física de la mujer o su derecho a la vida. b) **Violencia psicológica**: cualquier acción u omisión que vulnere, perturbe o amenace su integridad psíquica, tales como tratos humillantes o vejatorios, vigilancia, coacción, exigencia de obediencia, explotación, limitación de la libertad ambulatoria de la mujer. c) **Violencia sexual**: toda vulneración, perturbación o amenaza al derecho de las mujeres a la libertad sexual y reproductiva o al derecho de las niñas a la indemnidad sexual. Entre otras manifestaciones, la violencia sexual incluye el **acoso sexual**, que para los efectos de esta ley corresponde a cualquier comportamiento no consentido y con connotación sexual, que se puede manifestar en conductas físicas, verbales o no verbales, que se realicen o no en contextos de subordinación, ya sea en el empleo, la educación, la salud, las actividades deportivas y otros ámbitos, tanto en espacios públicos como privados. d) **Violencia económica**: toda acción u omisión, intencionada y arbitraria, ejercida en el contexto de relaciones afectivas o familiares, que tenga como efecto directo la vulneración de la autonomía económica de la mujer, que se lleve a cabo con afán de ejercer un control sobre ella y que se manifiesta en un menoscabo injusto de sus recursos económicos o patrimoniales o el de sus hijas o hijos. e) **Violencia simbólica**: mensajes, íconos, significados y representaciones que transmiten, reproducen y naturalizan relaciones de subordinación, desigualdad y discriminación de las mujeres en la sociedad”.* El resaltado es de nuestra autoría.

¹⁰⁹⁴ Véase: Comentario al Proyecto de Ley sobre Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia (boletín N° 11077-07) presentado por la Profesora Myrna Villegas Díaz a la Comisión de Constitución,

preocupación los diferentes Comités de Tratados Internacionales de Derechos Humanos que se han ido planteando al Estado chileno para la aprobación de una ley que abarque la protección integral de las mujeres contra todos los tipos de violencia que sufren¹⁰⁹⁵.

En el artículo 4° se indica que todas las formas de violencia antes señaladas pueden ejercerse tanto en el ámbito privado y en el ámbito público. En el ámbito privado se incluye la violencia que pueda sufrirse en contexto de familia, relación íntima o de pareja, aunque no exista convivencia entre la víctima y la persona que agrede. Vemos cómo se evita el empleo del concepto agresor, contemplando la posibilidad de las mujeres como agresoras, por ejemplo, en el marco de las relaciones lésbicas u homosexuales y se incluyen por primera vez las relaciones sin convivencia o pololeo. Y en el ámbito público, se hace referencia a la violencia que puede producirse en un establecimiento educacional, salud, lugar de trabajo, espacios públicos, o bajo la supervisión de Estado por sus empleadas y empleados, donde quiera que esta ocurra incluyéndose los lugares bajo control o custodia estatal.

El Proyecto de Ley contiene también los deberes del Estado y el personal del Estado en los artículos 5, 6 y 7. El artículo 5° establece la obligación de que todo cuerpo normativo esté responda a los estándares internacionales en la materia. El artículo 6° hace especial referencia a las obligaciones de los diferentes Ministerios de promover en sus respectivas competencias las medidas tendentes a la protección de los Derechos Humanos y la incorporación de la perspectiva de género para prevenir la violencia contra las mujeres. Y el artículo 7° se refiere expresamente a la obligación del personal del estado de abstenerse de realizar cualquier acción o práctica de violencia contra las mujeres; el art. 8 establece los deberes de prevención que corresponden a los órganos del Estado; el art. 9 establece las medidas de prevención haciendo referencia a campañas de difusión, programas de formación, capacitación o sensibilización; el art. 10 hace referencia expresa a las medidas que deben adoptarse en el ámbito de la educación; el art. 11 señala las medidas de prevención orientadas a los ámbitos de la comunicación; el art. 12 deberes de protección; el art. 13 establece los deberes de protección en el ámbito de la salud haciéndose cargo de la violencia gineco-obstétrica; el art. 14

Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados, 11 de abril de 2017. Acta de la 255/365° sesión. En línea en <https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=100906&prmTIPO=DOCUMENTOCOMISION> (consultado el 25 de junio de 2018)

¹⁰⁹⁵ Cfr. VILLEGAS DÍAZ, Myrna (dir.) «La violencia contra la mujer... *op. cit.*, pp. 122-123.

establece los deberes de protección en el ámbito de la educación; y por último el artículo 15 establece las medidas de protección frente a la violencia perpetrada por el Estado.

Las modificaciones en materia penal y de familia en el contexto de violencia contra la mujer se recogen entre los artículos 16 a 28; a continuación, analizamos las modificaciones más relevantes que afectan directamente a los derechos de las mujeres mapuche, en contextos de violencia en relación de pareja, centrándonos especialmente por ser objeto de esta investigación, en la regulación de la institución de la mediación que contiene el Proyecto de Ley.

Antes de entrar a analizar la propuesta de mediación, es necesario señalar que se propone una modificación del artículo 390 del CP para actualizar el tipo de femicidio que se redacta para incluir también a aquellas víctimas que mantenían relación de noviazgo sin convivencia y ex parejas. Se amplían también el número de factores que el juez o jueza deben tener en consideración para acordar si existe riesgo inminente para la víctima.

En relación con la mediación, como antes ya se ha avanzado, el Proyecto de Ley, establece más limitaciones a las partes en los procesos de mediación y amplía la prohibición de esta práctica en todos los asuntos donde existan medidas de protección o cautelares vigentes entre las partes. En este sentido propone la sustitución del actual párrafo tercero del artículo 96 de la ley de Tribunales de Familia, por el siguiente texto:

“El sometimiento de las partes a mediación no se aplicará en aquellos casos en que la violencia haya sido ejercida en contra de una persona con quien el ofensor u ofensora tenga hijos o hijas, o haya tenido una relación de pareja con o sin convivencia. En tales casos, el juez o jueza deberá cautelar personalmente que las obligaciones que se establezcan en virtud de la letra a) del inciso primero ofrezcan una satisfacción efectiva a la víctima y sus hijos e hijas, en caso que corresponda, y resguarden su bienestar. Para ello, el juez o jueza deberá citar a una audiencia para efectos de acordar las condiciones de la suspensión de la dictación de la sentencia, para cuya realización la víctima deberá comparecer con su abogado o abogada.”.

Y la sustitución del inciso sexto del artículo 106 por el siguiente:

“Tampoco se someterán a mediación los asuntos, incluidos aquéllos mencionados en el inciso primero, en que una de ellas haya sido condenada por delitos constitutivos de violencia intrafamiliar o tenga anotaciones en el Registro Especial establecido en el artículo 12 de la ley N° 20.066, por agredir a la otra. Asimismo, no se someterán a mediación los asuntos en que exista una medida cautelar o de protección vigente entre las partes”.

Con esta limitación del uso de la mediación, consideramos que el Ejecutivo hizo suyos los planteamientos de una corriente del feminismo que considera que la vía idónea para solucionar los problemas de violencia machista contra la mujer y violencia intrafamiliar es la vía penal, desoyendo lo que la doctrina crítica y en especial desde la criminología realizada en Chile se ha señalado en los últimos años, cerrando la puerta a la ampliación de las salidas alternativas al proceso penal, con el consiguiente impacto que esta prohibición tiene, en especial en el contexto de Pueblos Originarios. Criterio que nada ayuda en nuestra opinión a cumplir con las recomendaciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas, que en 2015 manifestó que la alta incidencia de violencia doméstica en el Estado es consecuencia de las limitaciones que las víctimas tienen de acceso a la justicia¹⁰⁹⁶.

¹⁰⁹⁶ Mensaje N° 307-364, Proyecto de Ley sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, p. 8.

CUARTA PARTE

LA JUSTICIA INDÍGENA. RECONOCIMIENTO DEL SISTEMA SANCIONADOR DEL AZ MAPU, Y SU APLICACIÓN EN CONTEXTO DE VIOLENCIA MACHISTA E INTRAFAMILIAR

I. UNA VISIÓN COMPARADA ENTRE LA FORMA DE RESOLVER CONFLICTOS EN EL SENO DE COMUNIDADES ÍNDIGENAS EN AMÉRICA LATINA

En el presente epígrafe se desarrollan las claves para comprender y comparar las instituciones de justicia de los Pueblos Indígenas de Sur y Centro América, y para ver cómo el Derecho occidental penal va adquiriendo una perspectiva intercultural para abordar determinados hechos delictivos al incluir en la valoración del ilícito penal el contexto cultural. Estas dos realidades, la occidental y la indígena, para BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, son dos “modernidades rivales, una indocéntrica y otra eurocéntrica. Ambas son dinámicas y cada una de ellas tiene reglas propias para adaptarse a lo nuevo, para responder ante las amenazas, en fin, para inventarse”¹⁰⁹⁷. Desde el paradigma occidental, para hablar del mundo indígena lo hacemos desde nuestras categorías, las cuales aplicamos a sistemas de convivencia ajenos a nuestros principios y valores. Esta acción de nombrar con nuestras palabras y codificar bajo nuestras categorías, es en sí un ejercicio que se realiza desde cierta posición hegemónica, dado que se explica adaptando a nuestra comprensión. Este ejercicio resulta, a pesar del componente hegemónico que pueda contener, relevante para analizar el funcionamiento del Sistema Sancionador del *Az Mapu* y entablar un diálogo con las instituciones del Derecho Penal Chileno, con el objetivo de buscar un espacio de interlegalidad donde ambas jurisdicciones se reconozcan y funcionen de forma coordinada.

¹⁰⁹⁷ DE SOUSA SANTOS, Boaventura. «Cuando los excluidos tienen derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad.» En *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, editado por Boaventura De Sousasantos, & Agustín Grijalda Jiménez. La Paz: Ediciones Abyala Yala y Fundación Rosa Luxemburgo, 2012, p. 49.

1. Diferentes propuestas terminológicas para conceptualizar el sistema de resolución de conflictos de los pueblos indígenas

Desde la doctrina se han empleado diferentes conceptos que han tratado de conceptualizar las formas de resolución de conflictos de los Pueblos Indígenas, con el objetivo de que estas fueran reconocidas dentro de los ordenamientos jurídicos estatales. Esta tarea de conceptualizar desde el Derecho occidental un sistema de justicia ajeno a sus valores y principios jurídicos enfrenta dos problemas principales. El primero de ellos es posicionar jerárquicamente la Justicia Indígena, otorgándole el mismo estatus que el Derecho estatal o uno inferior. Y el segundo problema surge en materia jurisdiccional, dado que en las culturas indígenas no se diferencia entre las diversas ramas del ordenamiento¹⁰⁹⁸, sino que los Sistemas Indígenas se construyen desde una visión holística de la sociedad que busca resguardar el equilibrio dentro de la comunidad.

En relación con el estatus que el Derecho Indígena debe poseer y la forma de encaje dentro del ordenamiento jurídico occidental, podemos diferenciar dos grupos de propuestas. En primer lugar, aquellas que apuestan por una equiparación de estatus y una homologación conceptual con el Derecho estatal¹⁰⁹⁹. Y una segunda propuesta que equipara los sistemas indígenas a los mecanismos alternativos de resolución de conflictos.

En relación con el primer grupo las principales propuestas abogan por el uso de conceptos como Derecho Indígena, Sistema Jurídico Indígena, Jurisdicción Indígena, Jurisdicción Propia y, por último, Justicia Indígena, términos que a continuación pasamos a abordar.

El concepto de «Derecho Indígena»¹¹⁰⁰ es uno de los más utilizados dentro de la literatura especializada. Para la investigadora IRIGOYEN FAJARDO lo correcto desde la perspectiva histórica o comparada es hablar de «Derecho Indígena» o «Sistema Jurídico Indígena» para hacer referencia a las costumbres de convivencia de los Pueblos

¹⁰⁹⁸ AVILA ORDÓÑEZ, María Paz. «El Derecho Penal Indígena: entre la diversidad y los Derechos Humanos.» *American University International Law Review* 28, nº 4, 2013, p. 945.

¹⁰⁹⁹ DEOCON, Carlos. «Resolución de conflictos y pueblos indígenas... *op. cit.*, pp. 586-587.

¹¹⁰⁰ En este sentido se pueden revisar entre otros los siguientes trabajos: BA TIUL, Kajkoj. «Los pueblos... *op. cit.*, p. 569; DEOCON, Carlos. «Resolución de conflictos y pueblos indígenas... *op. cit.*, pp. 587; YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. «Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y del derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino.» En *Pueblos Indígenas y Derechos Humanos*, de Mikel BERRAONDO, Bilbao: Instituto de Derechos Humanos. Universidad de Deusto, 2006, p. 537.

Indígenas de Centro América y América del Sur basadas en la colectividad, pero matiza que el concepto de Derecho utilizado, no es el mismo que conceptualiza el monismo jurídico, donde se identifica Derecho con Estado¹¹⁰¹. CARLOS DEOCON apuesta por los conceptos de «Jurisdicción Indígena» o «Jurisdicción Propia», al entender que el mundo indígena no diferencia entre jurisdicción y medios alternativos de resolución de conflictos; de forma que el concepto de jurisdicción permite un enfoque más amplio, situando en el mismo estatus la jurisdicción indígena y la occidental¹¹⁰². La tercera opción que encontramos en la literatura especializada es el concepto de «Justicia Indígena», definida por VILLEGAS y MELLA-SEGUEL como “aquella justicia ancestral que presupone el control de un territorio, autonomía y cosmovisión, y no simplemente métodos alternativos de resolución de conflictos”¹¹⁰³. Este concepto presenta además respecto de los anteriores la ventaja de no homologar al Derecho algo que no es Derecho, dado que como apuntaba IRIGOYEN FAJARDO la adaptación del concepto de Derecho al mundo indígena supone forzar un término que surge desde la cultura occidental. Por ello consideramos que el concepto de Justicia Indígena es el más idóneo para referirse desde un enfoque jurídico a las costumbres indígenas en materia de resolución de conflictos.

El segundo problema que surge al plantear el reconocimiento de la Justicia Indígena es su encaje jurisdiccional, pues como ya se ha indicado, dentro de las cosmovisiones indígenas no se diferencian como en Derecho occidental las jurisdicciones, los procedimientos o las penas. Este problema jurisdiccional desde el Derecho Penal se ha tratado de abordar con la construcción de dos conceptos, «Derecho Penal Indígena» y «Sistema Sancionador Indígena». Ambas propuestas son continuadoras de la tesis de que el Derecho Indígena o la Justicia Indígena deben tener reconocimiento en el ordenamiento jurídico de los Estados.

El concepto de Derecho Penal Indígena es formulado por BORJA JIMÉNEZ para referirse a los métodos y procedimientos que emplean las comunidades indígenas para resolver sus conflictos, incluidos los asuntos penales¹¹⁰⁴. De forma crítica a esta postura

¹¹⁰¹ IRIGOYEN FAJARDO, Raquel. «Hitos... *op. cit.*, p. 537.

¹¹⁰² DEOCON, Carlos. «Resolución de conflictos y pueblos indígenas... *op. cit.*, pp. 586-587.

¹¹⁰³ VILLEGAS DÍAZ, Myrna, MELLA-SEGUEL, Eduardo. *Cuando la costumbre... op. cit.*, p. 28.

¹¹⁰⁴ En la literatura producida por BORJA JIMÉNEZ podemos encontrar diferentes fórmulas para referirse a este Sistema Sancionatorio Indígena, si bien el autor ha acuñado la denominación Derecho Penal Indígena, en su artículo *Derecho indígena, sistema penal y derechos humanos (2009)* emplea también las expresiones: Derecho sancionador indígena (p. 13), sistemas normativos aborígenes (p. 14-15), sistema de

se sitúan MYRNA VILLEGAS y EDUARDO MELLA-SEGUEL, a la cual nos sumamos, quienes apuestan por el concepto de «Sistemas Sancionatorios Indígenas» para definir al conjunto de normas y procedimientos que son conocidos por la comunidad y funcionan de forma coherente, los cuales están a cargo de una autoridad propia, para determinar la inocencia o culpabilidad de una persona y adjudicar una consecuencia a su comportamiento¹¹⁰⁵. Sostienen VILLEGAS y MELLA-SEGUEL que no es correcto identificar los sistemas sancionatorios indígenas con el Derecho Penal, ya que cada sistema responde a cosmovisiones distintas. El principal argumento que presentan es la diferente forma en que ambos sistemas sancionatorios son construidos. Por un lado, el Derecho Penal actual surge en el contexto occidental y desde una visión de individuo, y su objetivo es otorgar garantías a una persona frente al Estado, entendido este como un Estado Nación. Por el contrario, el Derecho Sancionatorio Indígena sitúa en el centro de protección al colectivo, a la comunidad, no a la persona como ser individual¹¹⁰⁶. Otro argumento para preferir el término «Sistema Sancionador Indígena» lo aporta ÁVILA ORDOÑEZ, para quien el sistema indígena, originario o nativo, como también se le denomina, no es uno solo, de ahí su denominación como sistema, pues cada comunidad conserva sus costumbres dependiendo del grado de exposición o asimilación a la cultura occidental; en consonancia con esta argumentación esta última autora emplea el concepto de «Sistema Penal Indígena»¹¹⁰⁷, que usa como sinónimo e indistintamente de Derecho Penal Indígena¹¹⁰⁸.

De las propuestas y argumentos que ofrece la doctrina, son los conceptos de Justicia Indígena, Jurisdicción Indígena y Sistema Sancionatorio Indígena los que consideramos reconocen la existencia de las practicas indígenas de justicia situándolas en el mismo lugar de importancia que el Derecho estatal. Así se respetan dentro de las posibilidades que la lengua española ofrece, las diferentes cosmovisiones de uno y otro mundo, que

infracciones y de sanciones de los pueblos originarios (p. 15), ordenamiento punitivo indígena (p. 30), derecho indígena sancionador (p. 31) que si bien, son otras formas de denominación, entendemos el autor ocupa casi como sinónimos de Derecho Penal Indígena, con el objetivo de no repetir la expresión Derecho Penal Indígena. Véase ampliamente, BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. «Derecho indígena, sistema penal y derechos humanos.» *Nuevo Foro Penal* (Universidad EAFIT), julio-diciembre 2009.

¹¹⁰⁵ VILLEGAS DÍAZ, Myrna, MELLA-SEGUEL, Eduardo. *Cuando la costumbre... op. cit.*, p. 71.

¹¹⁰⁶ *Ibíd.*, p. 72.

¹¹⁰⁷ A pesar de establecer la diferencia de conceptos, en sus trabajos Ávila Ordoñez a veces, emplea como sinónimos sistema penal indígena y Derecho Penal indígena, cfr. AVILA ORDOÑEZ, María Paz. «El Derecho Penal...*op. cit.*, pp. 948-949. Consideramos que esto puede responder a la necesidad de buscar sinónimos de forma que los textos no se repitan continuamente las mismas palabras, pero entendemos que puede generar confusión.

¹¹⁰⁸ AVILA ORDOÑEZ, María Paz. «El Derecho Penal...*op. cit.*, pp. 948-949.

están llamados a entenderse, interactuar y respetarse. Por ello serán los conceptos que se ocuparán en el presente trabajo, utilizando las expresiones Derecho Indígena, o Derecho Penal Indígena, cuando estas pertenezcan a reflexiones o conclusiones de autoras y autores que son partidarios de su uso.

2. Fundamentos o principios generales que rigen la forma de resolver conflictos en el seno de comunidades indígenas de América Latina

En América Latina existen numerosos pueblos indígenas, y cada uno de ellos tiene su cosmovisión, sus principios, su forma de resolver los conflictos y sus sanciones propias para las lesiones de sus valores o bienes jurídicos. Esta pluralidad de cosmovisiones y en palabras de ÁVILA ORDOÑEZ, presenta “criterios comunes en cuanto a sus principios y finalidad”¹¹⁰⁹.

En esta línea y colocando el foco desde la mirada penal, BORJA JIMÉNEZ habla de que existen «fundamentos y principios punitivos comunes»¹¹¹⁰. Sostiene este autor desde un punto de vista crítico respecto de las posturas que plantean la hegemonía cultural occidental, que no existen principios básicos del Derecho Penal que sean universales e imprescindibles en todo ordenamiento jurídico. Esto es muy importante, dado que ya de entrada se abandona una postura de superioridad del modelo de principios del Derecho Penal universal¹¹¹¹. Desde este lugar, afirma que no es posible juzgar el Derecho Penal Indígena “desde el principio de legalidad, de sus garantías y manifestaciones en ámbitos sociales con sistemas de vida de cultura, de comprensión del existir cotidiano y trascendental tan diferentes a la concepción social, política y cultural del mundo occidental”¹¹¹². Lo que sí puede hacerse, concluye el autor, es buscar un mínimo de los fundamentos de legalidad penal, es decir, de seguridad jurídica, de representación democrática e igualdad de todas las personas.

Por su parte VILLEGAS y SEGUEL-MELLA, prefieren abordar el análisis del Derecho Sancionatorio Indígena buscando lo que han denominado «principios generales del Derecho Sancionatorio Indígena». En nuestra opinión, ambas explicaciones ayudan a comprender la génesis del funcionamiento de estos sistemas sancionatorios. Y esto,

¹¹⁰⁹ AVILA ORDÓÑEZ, María Paz. «El Derecho Penal...*op. cit.*, p. 948.

¹¹¹⁰ BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. «Derecho indígena... *op. cit.*, p. 13.

¹¹¹¹ *Ibíd.*, p. 13.

¹¹¹² *Ibíd.*, p. 14.

porque ambas corrientes, en primer lugar, parten de analizar el Derecho Penal Indígena o Derecho Sancionador Indígena en comparación con los principios del Derecho Penal, y en especial con el principio de legalidad en el Derecho occidental continental; y, en segundo lugar, buscan cuáles son los fines de la pena en el mundo indígena.

Dentro de la búsqueda de los fundamentos del Derecho Penal en el Sistema Sancionador Indígena, la apuesta epistemológica del Derecho Penal Indígena sostenida por BORJA JIMÉNEZ, explica el funcionamiento de los sistemas sancionatorios indígenas en comparación con las instituciones occidentales del Derecho Penal y en particular con el principio de legalidad. Esta apuesta comparativa es compartida por la doctrina donde cabe señalar los trabajos de VILLEGAS y MELLA-SEGUEL¹¹¹³ o ÁVILA ORDOÑEZ¹¹¹⁴, quienes lo toman como referencia.

2.1. Principio de legalidad

El principio de legalidad deriva de la división de poderes planteada por Montesquieu; por lo tanto, se trata de un principio que tiene su origen en la filosofía liberal de la Ilustración. Su influencia en el ámbito penal se refleja en la existencia de principios o garantías individuales que la persona tiene frente al Estado, con el objetivo de impedir la arbitrariedad. El creador de este principio fue Feuerbach¹¹¹⁵, quien consagró la expresión *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Esta protección se concretiza en que el Estado solo podrá ejercer su facultad de castigar cuando previamente una ley haya descrito la conducta y determinado la pena (tipicidad)¹¹¹⁶. Indica GARRIDO MONTT¹¹¹⁷ que el principio de legalidad consagra el imperio de la ley frente a la autoridad y las personas, limita el *ius puniendi* de la autoridad, que sólo podrá emplearse cuando una ley así lo contemple, y a las personas nos advierte de cuáles son los comportamientos prohibidos y sus consecuencias. Esta ley positiva, para que sea exigible, debe cumplir una triple exigencia, que se sintetiza en las expresiones latinas: *lex praevia, scripta y stricta*. Esto significa que la ley debe ser previa, debe estar

¹¹¹³ VILLEGAS DÍAZ, Myrna; MELLA-SEGUEL, Eduardo. *Cuando la costumbre... op. cit.*

¹¹¹⁴ AVILA ORDOÑEZ, María Paz. «El Derecho Penal...op. cit.

¹¹¹⁵ GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal Parte General Tomo I*. Santiago : Editorial Jurídica de Chile, 2001, p. 31.

¹¹¹⁶ GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal Parte General Tomo I ...op.cit.*, p. 31; GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal. Parte General Tomo II. Nociones fundamentales de la Teoría del Delito*. Cuarta edición actualizada. Santiago de Chile: Editorial Jurídica Chile, 2007, pág. 14.

¹¹¹⁷ GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal Parte General Tomo I ...op.cit.*, p. 31.

formalmente dictada, siguiendo el procedimiento señalado en una Constitución y aprobada por un parlamento. Y, por último, en el cuerpo de la norma debe incluirse la conducta descrita adecuadamente y la pena¹¹¹⁸.

En relación con los fundamentos del Derecho Penal Indígena o Sistema Sancionatorio Indígena, en comparación al Derecho Penal, es necesario partir de que el centro de protección es la comunidad, de este hecho derivan las principales diferencias en relación con los principios clásicos del Derecho Penal¹¹¹⁹.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que nos encontramos ante un sistema de conocimientos y cultura de transmisión oral, donde todas las personas participan en los mecanismos asamblearios, ejerciendo democracia directa en el seno de estas reuniones. En este sentido, la existencia de estas asambleas es equiparada con el parlamento o cámara de representación política en la cultura occidental¹¹²⁰. En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, las normas que rigen las sociedades indígenas son equiparadas a la costumbre como fuente de producción del Derecho para el caso de los delitos y las penas. Es la costumbre conocida por la comunidad la que permite a las personas integrantes de cada pueblo conocer cuáles son las reglas obligatorias y las sanciones aplicables que existen en caso de incumplimiento¹¹²¹. A este respecto, la Corte Constitucional colombiana ha precisado que la costumbre también acepta cierta variabilidad de conformidad con la dinámica de su cultura¹¹²².

Dentro de este sistema la transmisión oral de los conocimientos, cultura y tradiciones es asimilable a los procedimientos escritos de información social, propios de los sistemas occidentales. Esto determina como indican VILLEGAS y MELLA-SEGUEL que “la internalización de la norma sea *ex ante* a su promulgación y no *ex post* como sucede en el sistema occidental”¹¹²³.

El funcionamiento del Sistema Sancionador Indígena, si bien es diferente dado que no existe algo similar a la carrera judicial, BORJA JIMÉNEZ compara las funciones de la magistratura con las que realiza el Cabildo o Consejo, la figura de la abogada o

¹¹¹⁸ GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal Parte General Tomo I ...op.cit.*, p. 31.

¹¹¹⁹ VILLEGAS DÍAZ, Myrna; MELLA-SEGUEL, Eduardo. *Cuando la costumbre... op. cit.*, p. 72.

¹¹²⁰ BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. «Derecho indígena... op. cit.», p. 14.

¹¹²¹ AVILA ORDÓÑEZ, María Paz. «El Derecho Penal...op. cit. p. 50.

¹¹²² Corte Constitucional Colombiana, 8 ago. 1996, Sentencia T-349/96, Gaceta de la Corte Constitucional (G.C.C)(Colombia), disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/t-349-96.htm> (en adelante C.C. Sentencia- 349/96) en AVILA ORDÓÑEZ, María Paz. «El Derecho Penal...op. cit.», p. 950.

¹¹²³ VILLEGAS DÍAZ, Myrna; MELLA-SEGUEL, Eduardo. *Cuando la costumbre... op. cit.*, p. 72.

abogado sería equiparable a una persona lega que conoce las reglas y normas consuetudinarias, y las labores de fiscalía como acusación, son desempeñadas por la propia acusación de la comunidad, del hechicero o del jefe, por lo que no existe un equivalente similar al rol de fiscalía¹¹²⁴. Estas características llevan a BORJA JIMÉNEZ a afirmar que en el Derecho Penal Indígena el principio de legalidad adquiere una dimensión diferente a la occidental¹¹²⁵, pero ello no impide que podamos encontrar un mínimo de los fundamentos del principio de legalidad penal, en concreto de seguridad jurídica, de representación democrática y derecho a la igualdad, que analizamos a continuación.

La doctrina sostiene que, al estar las comunidades indígenas conformadas por grupos reducidos de personas, esto permite que todas conozcan perfectamente el ámbito de lo prohibido y la consecuencia que está aparejada al incumplimiento de la norma de conducta¹¹²⁶, de esta estructura social se puede derivar la existencia del principio de seguridad jurídica en el Sistema Sancionador Indígena. Los fundamentos democráticos radican en que es la propia comunidad la que impone, enjuiciamiento tras enjuiciamiento, el catálogo de comportamientos humanos que se consideran sancionables¹¹²⁷. Y la igualdad de trato en el Derecho Penal Indígena se produce cuando se siguen los procedimientos consuetudinarios de solución de conflictos y las respectivas reglas que cada pueblo establece para tutelar las bases de la convivencia comunitaria¹¹²⁸.

En los Pueblos Originarios, las personas son lo que son en tanto que integrantes de una determinada comunidad, por ello también los hechos toman una relevancia más allá de lo individual, llegando a entenderse como comportamientos históricos. Dentro de esta lógica la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad no se conciben fuera del origen étnico ni al margen del grupo de procedencia. Es por ello que el principio de culpabilidad en el seno del Derecho Penal Indígena es de difícil apreciación, y ello porque en la cosmovisión indígena “los valores individuales se supeditan en favor de los intereses del grupo”¹¹²⁹. Desde esta comprensión de la

¹¹²⁴ BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. «Derecho indígena... *op. cit.*, p. 14.

¹¹²⁵ *Ibíd.*, p. 15.

¹¹²⁶ En este sentido: BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. «Derecho indígena... *op. cit.*, p. 14; y VILLEGAS DÍAZ, Myrna; MELLA-SEGUEL, Eduardo. *Cuando la costumbre...* *op. cit.*, p. 72.

¹¹²⁷ BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. «Derecho indígena... *op. cit.*, p. 14.

¹¹²⁸ *Ibíd.*, p. 15.

¹¹²⁹ *Ibíd.*, p. 15.

realidad, la exigencia de la responsabilidad por el acto aislado cede en muchas ocasiones en favor de la responsabilidad por la forma de conducción de vida, incluyendo su mera peligrosidad, pues el componente de fuerte integración social no acepta hechos individuales¹¹³⁰. Indican VILLEGAS y MELLA-SEGUEL que, en este punto, es similar a la dificultad que en Derecho Penal occidental existe para explicar la culpabilidad en el seno de las personas jurídicas¹¹³¹.

El principio de personalidad en el Derecho Penal Indígena también adquiere matices propios derivados de una forma colectiva de organización social, de forma que por un hecho individual puede ser responsabilizado el grupo, clan o familia, pues el colectivo es responsable de la educación y de la conducta de cada persona individualmente¹¹³².

Por último, indica BORJA JIMÉNEZ que la presunción de inocencia, el derecho a la defensa y al debido proceso en general se conjugan dentro de una cosmovisión que protege los valores de paz y equilibrio social¹¹³³, por ello también es necesario realizar una lectura intercultural crítica de estos principios. En el ámbito del Derecho Internacional, la Convención Interamericana de Derechos Humanos en su artículo 8.2 establece el derecho de toda persona a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad¹¹³⁴. A este respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que el principio de presunción de inocencia constituye un fundamento de las garantías judiciales¹¹³⁵, que implica que es la persona que acusa, la que tiene que aportar las pruebas de la culpabilidad. Desde una mirada occidental, se puede afirmar que en los Pueblos Indígenas se evidencia un relajamiento del principio de inocencia, dándose en la práctica dos formas diferentes de abordar el juzgamiento, dependiendo del Pueblo Indígena o el caso que se está resolviendo. En algunas

¹¹³⁰ BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. «Derecho indígena... *op. cit.*, p 14; VILLEGAS DÍAZ, Myrna; MELLA-SEGUEL, Eduardo. *Cuando la costumbre... op. cit.*, p. 73.

¹¹³¹ VILLEGAS DÍAZ, Myrna; MELLA-SEGUEL, Eduardo. *Cuando la costumbre... op. cit.*, 73.

¹¹³² BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. «Derecho indígena... *op. cit.*, 15.

¹¹³³ *Ibid.*, p. 15.

¹¹³⁴ Organización de Estados Americanos [OEA], Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 8.2, 22 nov. 1979, O.A.S.T.S. Nro. 36, 1144 U.N.T.S.123, 125 [en adelante Convención Americana]. En AVILA ORDÓÑEZ, María Paz. «El Derecho Penal... *op. cit.*, p. 951.

¹¹³⁵ Suárez Rosero v. Ecuador, Fondo, Sentencia, Corte Int-Am. D.H. (ser. C) No. 35 ¶ 77 (12 de noviembre de 1997); Chaparro Álvarez v. Ecuador, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Corte Int-Am. D.H. (ser. C) No. 170 145 (21 de noviembre de 2007); Cabrera García v. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Corte Int-Am. D.H. (ser. C) No. 35 ¶ 182 (26 de noviembre de 2010). En AVILA ORDÓÑEZ, María Paz. «El Derecho Penal... *op. cit.*, p. 951.

ocasiones se parte de una concepción de culpabilidad, y en otros casos se obliga a la persona que está siendo juzgada a declarar en su contra¹¹³⁶. Sin embargo, si tomamos la perspectiva indígena vemos cómo primero los Tratados Internacionales se aprobaron sin tener en cuenta las voces indígenas. Y en segundo lugar, la presunción de inocencia presenta diferentes matices, y en el Sistema Sancionatorio Indígena como indica ÁVILA ORDOÑEZ, el acervo probatorio se configura por la cohesión de la comunidad, existiendo un estricto escrutinio de los actos de cada integrante de la comunidad, por ello se conoce con gran acierto la conducta de cada persona, lo que en definitiva genera un mayor control social¹¹³⁷.

2.2. Bien jurídico protegido en el Sistema Sancionador Indígena

Las diferencias que apreciamos en los principios rectores del Sistema Sancionador Indígena respecto del Derecho Penal se deben a la que podemos considerar como la gran diferencia que existe entre uno y otro sistema, y que representa en sí un cambio de paradigma. Esta gran diferencia es el concepto de bien jurídico protegido¹¹³⁸.

Para comprender cuáles son los bienes jurídicos protegidos en los Pueblos Indígenas es necesario conocer cuáles son los valores que para estas comunidades son imprescindibles; en este sentido, señala KAJKOK BA TIUL que, para los Pueblos Indígenas, fueron y siguen siendo importantes para su desarrollo, la palabra, la armonía, el equilibrio, la espiritualidad, complementariedad y la dualidad. Y de acuerdo con estos valores se transmiten las normas y principios que funcionaron y funcionan para la cohesión de la familia y la comunidad y para el fortalecimiento de la identidad indígena¹¹³⁹.

La protección de estos valores se refleja en el Sistema Sancionador Indígena, donde la doctrina señala la reciprocidad y el equilibrio entre las fuerzas de la comunidad como los bienes jurídicos protegidos, siendo ambos bienes jurídicos propios realmente de la colectividad y no de la persona en tanto que ser individual. Desde este lugar se

¹¹³⁶ AVILA ORDOÑEZ, María Paz. «El Derecho Penal...*op. cit.*, p. 952.

¹¹³⁷ *Idem.*

¹¹³⁸ VILLEGAS DÍAZ, Myrna; MELLA-SEGUEL, Eduardo. *Cuando la costumbre... op. cit.*, pp. 73-74.

¹¹³⁹ BA TIUL, Kajkoj. «Los pueblos indígenas: derecho a la educación y a la cultura.» En *Pueblos indígenas y derechos humanos*, de Mikel Berraondo (Coord.). Bilbao: Instituto de Derechos Humanos. Universidad de Deusto, 2006, p. 570.

comprende por qué conductas que para el sistema occidental no son delictivas, o tienen poca importancia, en el seno de las comunidades indígenas se consideran sumamente graves, como es el caso de la hechicería, la vagancia y la ociosidad¹¹⁴⁰.

La protección del equilibrio en el seno de la comunidad se realiza a través de lo que desde una mirada occidental podemos traducir como medios alternativos a la resolución de conflictos y más concretamente se asemeja a la mediación realizada en los términos que se plantean desde la justicia restaurativa, donde a través de diferentes técnicas o sanciones se busca que la persona que ha infringido la norma restaure el equilibrio y regrese a la comunidad¹¹⁴¹.

2.3. Fines de la pena en el Derecho Sancionador Indígena

En el Sistema Sancionador Indígena la doctrina indica que la imposición de la pena, entendida esta en un sentido amplio como la consecuencia jurídica derivada del hecho delictivo, esto son sanciones y reparaciones, responde a diversos fines que se derivan de la visión de comunidad y equilibrio que rige las cosmovisiones en los pueblos indígenas de América del Sur.

La pena en el mundo indígena a diferencia del sistema penal occidental tiene como objetivo, en primer lugar, reintegrar la persona a la comunidad, reparar el daño causado, mediando entre las partes afectadas, y reestablecer la paz y la armonía de la comunidad. Esto responde a los principios rectores de los Sistemas Sancionatorios Indígenas que son el de reciprocidad y el de equilibrio de las fuerzas comunitarias y del cosmos. Dentro de esta lógica, la sanción se fundamenta en acoger nuevamente en la comunidad a la persona que ha infringido las reglas¹¹⁴²; es por ello por lo que este sistema, argumenta la doctrina, presenta más similitudes con la justicia restaurativa occidental que con los fines de la pena que justifican la sanción en el Derecho Penal.

¹¹⁴⁰ VILLEGAS DÍAZ, Myrna; MELLA-SEGUEL, Eduardo. *Cuando la costumbre... op. cit.*, p. 74.

¹¹⁴¹ *Ibíd.*, p. 74.

¹¹⁴² *Idem.*

3. El reconocimiento de los sistemas sancionadores indígenas como derechos colectivos en Chile

En la actualidad tanto el ordenamiento jurídico internacional como de forma mínima el estatal reconocen la existencia de sistemas sancionadores indígenas, y cada vez existe más consciencia e intereses por integrar el contexto cultural en el marco de un proceso penal, como forma de resguardo de los derechos individuales de identidad y colectivos. Esta situación genera para algunos sectores doctrinales cierto nivel de preocupación debido a la existencia de diversos Pueblos Originarios, que temen desde una perspectiva preventivo general que el fortalecimiento de las jurisdicciones indígenas implique la pérdida de eficacia del Derecho penal¹¹⁴³. En el caso de Chile, se menciona el artículo 13¹¹⁴⁴ de Ley 16.441, de 18 de mayo de 1984, que Crea el Departamento de Isla de Pascua¹¹⁴⁵, que reduce la pena por violación a las personas que violen a mujeres en la isla, para señalar que el reconocimiento de las tradiciones indígenas atenta especialmente contra mujeres y niños, y que las perspectivas interculturales tienen un enfoque únicamente pro reo por lo que resultan contraproducentes atendiendo a los fines preventivos generales¹¹⁴⁶, y desde el derecho de la víctima a sentir que se haga justicia. Estas observaciones deben tenerse en cuenta, pero no para restringir los sistemas sancionadores indígenas, sino para poner de relieve cómo en el pasado, cuando se ha incluido su reconocimiento, no se ha realizado desde una perspectiva intercultural crítica ni feminista, resguardando los derechos de las mujeres. Pero estas experiencias del pasado, que en algunos casos siguen actualmente todavía vigentes como es el artículo 13 de la Ley 16.441, deben tenerse presentes con el fin de buscar un mayor reconocimiento y autonomía de las comunidades indígenas, en la línea de lo que establece el Derecho Internacional y avanzar así en la construcción de la «interlegalidad» y del reconocimiento del «pluralismo jurídico».

El desarrollo de la interculturalidad crítica y del pluralismo jurídico significa avanzar hacia el reconocimiento de la jurisdicción indígena. Este camino está marcado por grandes complejidades y obliga, como señala LILLO VERA, a un gran esfuerzo de

¹¹⁴³ Cfr. Günther Jakobs, en CARNEVALI RODRIGUEZ, Raúl. «El multiculturalismo... op. cit. p. 22.

¹¹⁴⁴ Art. 13: *En los delitos contemplados en los Títulos VII y IX del Libro Segundo del Código Penal, cometidos por naturales de la Isla y en el territorio de ella, se impondrá la pena inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley para el delito de que sean responsables.*

¹¹⁴⁵ La Ley 14.441, que Crea el Departamento de Isla de Pascua puede consultarse en línea en, <http://bcn.cl/1vy0j>

¹¹⁴⁶ Más ampliamente en CARNEVALI RODRIGUEZ, Raúl. «El multiculturalismo... op. cit.

coordinación entre ambas justicias, la estatal y la indígena. Las experiencias comparadas han establecido en primer lugar, que la jurisdicción indígena tiene rango constitucional, y posteriormente ha desarrollado este derecho, siguiéndose dos modelos o caminos, esto es, aprobando normas que establezcan dicho reconocimiento, o mediante su aplicación jurisprudencial¹¹⁴⁷.

Actualmente en Chile no existe reconocimiento constitucional del pluralismo cultural y mucho menos del pluralismo jurídico. El Tribunal Constitucional se ha pronunciado respecto de la aplicación del artículo 9 N° 1 del Convenio 169 de la OIT, señalando su incompatibilidad con el sistema procesal nacional, que obliga a que todos los conflictos se sometan a la jurisdicción de los tribunales nacionales para ser resueltos por un debido proceso, y con el artículo 73° de la Constitución el cual establece 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 ley¹¹⁴⁸. Para LILLO VERA esta sentencia no cierra la posibilidad constitucional a la existencia de tribunales indígenas, porque las objeciones que plantea el Tribunal Constitucional respecto “del principio de juez natural y la igualdad ante la ley pueden ser rebatidas sosteniendo la preexistencia de aquellos tribunales, la delimitación previa de su competencia y una delegación tácita de facultades por parte de los indígenas de las comunidades en que se ejerce jurisdicción”¹¹⁴⁹. El tiempo dará la razón a esta interpretación del artículo 9 del Convenio 169, mientras tanto, en la actualidad únicamente existe un reconocimiento limitado de la jurisdicción indígena que permite en los tribunales penales plantear la existencia de defensas culturales.

II. EL SISTEMA SANCIONADOR DEL *AZ MAPU*

Antes de abordar el Sistema Sancionador que se recoge en el *Az Mapu*, es necesario tener presente que la cultura mapuche sigue transmitiéndose todavía hoy mayoritariamente de forma oral. La aproximación que se realiza en este epígrafe sobre el *Az Mapu* como normas de convivencia del Pueblo Mapuche, no tiene como objetivo

¹¹⁴⁷ Cfr. LILLO VERA, Rodrigo. «El Convenio 169... *op. cit.*, p. 19.

¹¹⁴⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional, causa Rol N° 309 de fecha 04 de agosto de 2000, reiterada en voto aditivo del integrante Juan Colombo, en sentencia del Tribunal en causa Rol N° 1050-08 de fecha 03 de abril de 2008.

¹¹⁴⁹ LILLO VERA, Rodrigo. «El Convenio 169... *op. cit.*, pp. 19-20. Idea que el autor toma de José Manuel Fernández Ruiz, en su Comentario 4JMF, sección 7.

realizar un trabajo antropológico ni exhaustivo de esta cultura, sino una aproximación únicamente al contenido sancionador de la cosmovisión mapuche, a su sistema de justicia, y a cómo dentro de la institucionalidad interna de su comunidad es posible que las mujeres encuentren reparados sus derechos respetando su cosmovisión.

1. La cosmovisión mapuche o *Az Mapu*

El investigador mapuche JUAN SÁNCHEZ CURIHENTRO¹¹⁵⁰ en el año 2001 realiza una conceptualización del *Az Mapu* —recordar que la Ley 20.066 del año 2004 no incorpora ningún reconocimiento a los Pueblos Originarios—, donde estudia la cosmovisión mapuche y las normas de conducta que rigen dentro de la misma. Tomaremos esta investigación como punto de partida para analizar la estructura interna, conocer cuáles son los bins jurídicos que se protegen, y cuáles son las sanciones que se pueden imponer cuando existe violencia hacia la mujer en contexto de pareja. El objetivo es, una vez analizados estos elementos tener la base suficiente para poder sostener la vigencia y reivindicar el uso actual del Sistema Sancionador Mapuche en Chile para castigar la violencia machista.

De forma general podemos decir que el *Az Mapu* expresa las normas de conducta, pero para comprender el funcionamiento de este sistema sancionador, o Sistema Jurídico Mapuche, como lo denomina SÁNCHEZ CURIHENTRO, es necesario primeramente conocer que en la configuración cósmica del Universo Mapuche se diferencian tres planos: la *Weno Mapu* o Tierra de Arriba, el *Minche Mapu* o Tierra de Abajo, y el *Nag Mapu* o Tierra de aquí, en la que viven las personas y la naturaleza.

El *Weno Mapu* es el espacio celeste, fue descubierto por las gentes del pasado que desarrollaron la astronomía y conocían los movimientos de la tierra, los astros y los planetas. El *Weno Mapu* contienen las constelaciones, su energía permanente y cuatro Esencias Divinas que configuran una sola fuerza positiva: *gen*¹¹⁵¹ *Kuze* (Diosa Vieja), *gen Fucha* (Dios Viejo), *gen Ülcha* (Diosa joven) y *gen Weche* (Dios joven). Su función es ejercer la totalidad del Universo. Estas divinidades y sus poderes crearon la *Ñuke*

¹¹⁵⁰ Investigador proveniente del *lof* Huilio, en la actual comuna de Freire, IX Región de la Araucanía. Hacemos constar el origen del investigador como forma de respecto de identidad de los valores de la cosmovisión mapuche. SÁNCHEZ CURIHENTRO, Juan. «El Az Mapu o sistema jurídico mapuche.» *Revista Crea* (Universidad Católica de Temuco), n° 2, 2001, p. 28.

¹¹⁵¹ JUAN SÁNCHEZ CURIHENTRO señala que *Gen* significa dueño en el sentido de tener potestad sobre algo. Ver SÁNCHEZ CURIHENTRO, Juan. «El Az Mapu... *op. cit.*, p. 32.

Mapu de donde nacen las personas, por ello en la cosmovisión mapuche, las divinidades constituyen la familia divina. En la cosmovisión mapuche se cree que cada persona es una copia del cosmos, por eso cuando alguien se enferma, se considera que ha perdido el equilibrio cósmico, el cual solo puede restablecer la *machi*¹¹⁵². La importancia del cosmos, y dentro de este la luna y el sol, se refleja en el *Kultrung*, instrumento musical que es una réplica del cosmos.

En el *Miche Mapu*, se encuentran las fuerzas negativas productoras del necesario equilibrio en la gran dimensión del cosmos¹¹⁵³.

El *Nag Mapu* es el suelo o la tierra propiamente tal. En ella viven las personas y la naturaleza sobre las que actúan las fuerzas del *WenuMapu* y del *MicheMapu*. Para la cosmovisión mapuche, el suelo se comprende también como una unidad, donde están todos sus bienes y riquezas, aire, suelo, agua y subsuelo. Es en este plano que existen las normas de la vida diferentes de las normas de convivencia denominadas *Az Mapu*, que en *mapudungun* significa, “estar bien, en armonía con el ser interno y con todas las fuerzas que rodean a las personas en su entorno natural y cósmico¹¹⁵⁴. En términos occidentales podemos considerar el *Az Mapu* como la ley mapuche, y en él se contienen las normas de conducta tanto individuales como colectivas, que las personas de la comunidad deben respetar para vivir en armonía cósmica¹¹⁵⁵. MYRNA VILLEGAS y EDUARDO MELLA-SEGUEL, definen el *AzMapu* como un todo, “un sistema meta-jurídico que regula todos los aspectos de la vida mapuche desde una cosmovisión circular y holística que gira en torno al concepto de tierra (*Mapu*), en el que las relaciones con la naturaleza, lo espiritual, lo social, lo económico y lo jurídico se mezclan y se asientan en la *Nag Mapu*”¹¹⁵⁶

Como se ha señalado previamente, las cosmovisiones indígenas tienen una comprensión holística no fragmentada, que entiende la cultura como un elemento dinámico en constante evolución, esta cosmovisión también está presente en el Pueblo Mapuche y su *Az Mapu*. La articulación del mundo mapuche se construye con el elemento *Mapu/Tierra* como eje central. Las personas nacen de la tierra, son brotes de la tierra, viven en la tierra por un tiempo, y finalmente vuelven a la tierra. La existencia

¹¹⁵² Nombre en mapudungun para referirse a la persona que dentro de la comunidad tiene el poder de comunicarse con los *gen*, es también la persona que conoce las hierbas y puede curar las enfermedades.

¹¹⁵³ Cfr. SÁNCHEZ CURIHENTRO, Juan. «El Az Mapu... *op. cit.*, p. 33.

¹¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 29.

¹¹⁵⁵ *Idem.*

¹¹⁵⁶ VILLEGAS DÍAZ, Myrna; MELLA-SEGUEL, Eduardo. *Cuando la costumbre... op. cit.*, p. 97.

humana se concibe como ciclos que se integran al sistema cósmico a través de la rotación permanente de la existencia, esto es de la reencarnación, de forma que en cada ciclo o periodo cada persona debe realizar una determinada misión. Persona, tierra y naturaleza conviven como un único ser, por ello, nadie puede tener la propiedad de la tierra; por el contrario, la tierra es la dueña de las gentes, porque ella es la madre tierra. Por ello, para las personas mapuche, sus acciones responden a la triple dimensión mundo social, naturaleza y mundo de los espíritus que se regulan en el *Az Mapu*. Realizando una analogía con el sistema jurídico occidental, el *Az Mapu* no solo contiene normas penales, sino también contendría todos los otros códigos y reglamentos¹¹⁵⁷, no hay una diferencia entre las conductas que trasgreden el orden civil y las que trasgreden el orden penal, todas ellas suponen una ruptura del equilibrio.

En la cosmovisión mapuche existen cuatro poderes en la naturaleza: tierra, agua, aire y fuego, que se representan, manifiestan y dan lugar a los cuatro elementos de la estructura social: territorio, estructura social u organizacional, pensamiento y sistema económico. Estos elementos comunes en todas las sociedades, se comprenden también de forma holística, no independientes los unos de los otros. Para el pensamiento mapuche, todos estos elementos se interrelacionan y deben avanzar unos a la par de los otros para que se mantenga el equilibrio, de lo contrario se produce un desequilibrio, una crisis en la existencia y en la sobrevivencia¹¹⁵⁸.

La estructura organizacional del Pueblo Mapuche es compleja. En el primer nivel se encuentran los *Lof*, conformados por hasta 9 altares o centros ceremoniales (*nguillatúes*) cuyo líder es el *Logko*, que ostenta este cargo de forma natural, según las creencias sagradas que entrega el *AzMapu*. En un nivel superior están los *Rewe Mapu*, que son agrupaciones patrilineales de un máximo de 9 *lof*, su líder se denomina *ÜlmenLogko*, y se elige entre los nueve mejores *Logkos* de cada *Lof*. El siguiente nivel los conforman los *AyllaRewe* o *Fütalmapu*, que son pequeños estados mapuche conformados por hasta un máximo de nueve *RewenMapu*, la persona que lideraba este territorio era elegida, entre los 36 *logkos* y su denominación es *Ülmen Fütxa Logko*. Todos los territorios

¹¹⁵⁷ SÁNCHEZ CURIHENTRO, Juan. «El Az Mapu... *op. cit.*, pp. 30-31.

¹¹⁵⁸ *Ibíd.*, 31.

mapuches conforman el *Wall Mapu*. El funcionamiento interno de los diferentes niveles de organización jerárquicos es participativo y se rige por principios democráticos¹¹⁵⁹.

2. Las normas de conducta en el *Az Mapu*

La autoridad para crear el *AzMapu* procede de la *Wenu Mapu*, que “enseña que la potestad es primeramente al pueblo, a la comunidad, a los *Aylla Rewe*¹¹⁶⁰ y a los otros Pueblos”¹¹⁶¹ (inclusión de noción de jurisdicción internacional), y se aplica a todo el *Wall Mapu*. En el *AzMapu* se contienen las acciones que se deben observar para favorecer la convivencia (deberes de hacer), pero también aquellas que no deben realizarse (prohibiciones). Estas normas se transmiten de forma oral primero en el seno de las reuniones de *AyllaRewe*, a los diferentes *logkos*, por un *Hueipife*, nombre que recibe la persona que transmite oralmente el *AzMapu* acordado entre los *logkos*; y, en segundo lugar, a cada persona en su *lof* mediante el proceso de socialización especialmente a través de la familia y las personas más ancianas. Las normas son conocidas por la comunidad (publicidad), por ello cuando son transgredidas (dolo o imprudencia) las personas saben que se rompe el equilibrio cósmico en que vive la comunidad conformada por la gente, los espíritus y la tierra. Por ello una vez que el equilibrio está roto se debe emendar el error que llevó al desequilibrio. Si en el Derecho Penal occidental el más importante principio es el de legalidad, para el *AzMapu*, el principio del que emanan los valores fundamentales es el de reciprocidad. Por ello sostiene SÁNCHEZ CURIHENTRO, que la justicia en la cosmovisión mapuche equivale a restablecer el equilibrio cósmico¹¹⁶².

¹¹⁵⁹ Cfr. SÁNCHEZ CURIHENTRO, Juan. «El Az Mapu... *op. cit.*, pp. 34-35; VILLEGAS DÍAZ, Myrna; MELLA-SEGUEL, Eduardo. *Cuando la costumbre... op. cit.*, p. 98.

¹¹⁶⁰ Estructura política del Pueblo Mapuche, similar a la de un Estado, ver en SÁNCHEZ CURIHENTRO, Juan. «El Az Mapu... *op. cit.*, p. 33.

¹¹⁶¹ Cfr. SÁNCHEZ CURIHENTRO, Juan. «El Az Mapu... *op. cit.*, p. 33

¹¹⁶² En este sentido, SÁNCHEZ CURIHENTRO, Juan. «El Az Mapu... *op. cit.*, p. 29, y MARÍA ROSARIO SALAMANCA, realiza una recopilación de las diferentes definiciones realizadas por la doctrina donde se encuentran además de la definición que ocupamos de Sánchez Curihentro, las propuestas de Bengoa, quien sostiene que previa a la llegada de los españoles al interior del Pueblo Mapuche existía un sistema para resolver conflictos, donde se podía diferenciar normas internas y normas que se aplicaban cuando los conflictos se producían con otra comunidad, este autor diferencia en el *AzMapu* un sistema para hacer justicia y otro sistema que permite el establecimiento de alianzas y emprender acciones comunes. Faron, quien define el *AzMapu*, como una ley tradicional basada en un concepto fundamentalmente sobrenatural sancionado por fuerzas sobrenaturales que emanan de los ancestros. La Propuesta de Tomás Guevara, para quien el *AzMapu* es el reconocimiento de las costumbres de los araucanos, conceptualizadas como una serie de reglas que versan sobre la seguridad común, la manera de vengar los hechos prejudiciales o

Respecto del conocimiento de las reglas el *Lonko* Juan Picún Collonao lo describe de la siguiente forma: “las reglas están estipuladas, todos los que somos mapuche de alguna forma nos transmiten el comportamiento, las reglas de cómo movernos en este mundo mapuche y tú sabes que si rompes estas reglas, tú sabes que las rompiste entonces tienes que asumir el costo [...] la gente sabe la consecuencia”¹¹⁶³.

Los *lof* tienen autonomía para tomar sus decisiones a la hora de solucionar los conflictos, por ello cuando se estudia el Sistema Sancionador Mapuche, este varía dependiendo del territorio. Señalan MYRNA VILLEGAS y MELLA-SEGUEL, que si bien cada *lof* puede tener su propia interpretación y práctica del *AzMapu*, se pueden identificar ciertos principios rectores: el *Yam*, que significa respeto a todo lo que nos rodea, y puede ser interpretado como derecho a ser respetado/a, y el *Gen*, que son las entidades superiores o divinidades, dueñas de todas las cosas, incluso de las personas, y su significado en este contexto puede interpretarse como “obligaciones/sanciones para la transgresión del *Yam*, esto es, obligación de respetar los derechos antes señalados y sanciones desde la ética y la moral para todo tipo de transgresión de los *Gen*”¹¹⁶⁴.

La forma de resolver los conflictos interpersonales en el Pueblo Mapuche, sostiene SÁNCHEZ CURIHENTRO, es no-violenta, y los actos de resolución son públicos, lo que permite a las personas conocer las lógicas, los comportamientos prohibidos y permitidos y al *AzMapu* proyectarse en el tiempo. En el proceso de solución la labor de mediación la realiza el/la *Logko* a través de la institución de *meñuntun*.

“*Elongko* desempeñaba las funciones de árbitro cerca de la puerta de su casa, o bajo una enramada continua a ella, sentado en un banco de madera. (...). La gente interesada en el litigio formaba un semicírculo a su alrededor. Los padres se interesaban siempre en que los hijos varones se iniciaran en las particularidades más relevantes y difíciles de las costumbres, pues, en eso se basaba principalmente la educación de la juventud, que después

de obtener una reparación, la celebración de uniones sexuales, las sucesiones, y otros numerosos actos privados. Chihuailaf, entiende el *AzMapu* como la manera que tiene el Pueblo Mapuche, de entender, dar impulso y desarrollar su organización, y abarca el ámbito social, político, territorial, jurídico, religioso y cultural. Ver ampliamente en SALAMANCA HUENCHULLÁN, María del Rosario. *Los Pueblos Indígenas y el acceso a la Justicia*. En línea <http://200.10.23.169/images/publ/salamanca.pdf> (consultado el 29 de marzo de 2018).

¹¹⁶³ Entrevista del *Lonko* Juan Picún Collonao, en VILLEGAS DÍAZ, Myrna; MELLA-SEGUEL, Eduardo. *Cuando la costumbre... op. cit.*, p. 106.

¹¹⁶⁴ VILLEGAS DÍAZ, Myrna; MELLA-SEGUEL, Eduardo. *Cuando la costumbre... op. cit.*, p. 98.

debía actuar en las escenas de la vida cotidiana indígena, en conformidad a los usos establecidos por la tradición”¹¹⁶⁵.

Esta concepción es desmentida por MYRNA VILLEGAS y EDUARDO MELLA-SEGUEL, quienes sostienen que en el *AzMapu*, la necesidad de mantener el equilibrio construye y fundamenta un sistema de resolución de conflictos donde la primera medida que se toma es conversar entre las partes afectadas cualquiera que sea el tipo de trasgresión para buscar un arreglo, o conversar con el fin de prevenir una situación que puede ser conflictiva; en este sentido, estamos hablando de medidas o formas no violentas de abordar los conflictos. Pero, cuando esta primera medida no funciona, la comunidad o las familias pueden reaccionar con formas que pueden llegar a incluir la violencia, consentida o no¹¹⁶⁶.

VILLEGAS y EDUARDO MELLA-SEGUEL sostienen que, en el caso del sistema sancionador mapuche, no debe hablarse de proceso, sino de protocolo. Este protocolo en primer lugar establece que los problemas deben ser prevenidos; si esta instancia fracasa, entonces el conflicto se aborda hablando entre las partes para buscar un entendimiento dentro de la comunidad. Primero va la persona o familia agraviada a conversar con el infractor o su familia cuando se produce una infracción; si no se llega a un entendimiento, entonces se va nuevamente a conversar con una autoridad de *lof*, como el *Logko* o personas ancianas que aconsejan y ayuda en la solución. Con la conversación se busca que la persona que generó el perjuicio o cometió un error lo reconozca y lo enmiende¹¹⁶⁷.

Cuando estos mecanismos fracasan y no se logra restablecer el equilibrio entre las partes, entonces puede acudir a formas de solución/sanción que pueden implicar el uso de la violencia por parte de la víctima y su familia (*malón*, *malowin* y *derecho a maloquear*, con estos nombre se hace referencia a una forma de resolver conflicto, que si bien anteriormente se interpretaba como una forma de venganza, los estudios más reciente señalan que en realidad se trata de una mediación de fuerzas con el objetivo de restablecer el equilibrio. El derecho a maloquear se basa en la reciprocidad y

¹¹⁶⁵ Tomás Guevara, en ROSSEL ECHAGÜE, Pablo. *Crimen y Costumbre en la Sociedad Mapuche Contemporánea. Tesis para optar al grado de antropólogo social*. . Santiago de Chile: Dir. Juan Le-Bert. Universidad de Chile, 2010, p. 25.

¹¹⁶⁶ VILLEGAS DÍAZ, Myrna; MELLA-SEGUEL, Eduardo. *Cuando la costumbre... op. cit.*, p. 98.

¹¹⁶⁷ *Ibíd.*, p. 111.

proporcionalidad de forma que la persona que maloquea ya sea bien con un *malón* o *malowin* lo hace para devolver lo que recibió restableciendo así el equilibrio roto¹¹⁶⁸.

Una forma de realizarse el *malowin* consiste en presentarse en casa de las personas con las que existe el conflicto y no ingresar al domicilio dando a entender que no se trata de una visita amistosa¹¹⁶⁹.

El *malón* consiste en ir temprano con palos ir a la casa de la persona con la que existe un conflicto, en esta visita pueden ir acompañando a las personas agraviada el/*lalongko* de la comunidad, y si la persona víctima se encuentra muy ofuscada en ocasiones se decide que no vaya y asistan otras personas y/o autoridades de la comunidad en su nombre. Una vez se llega al domicilio se llama por las personas para que salgan a hablar. En ocasiones en el *malón* también puede darse violencia, algunas con conocimiento y otras sin el conocimiento de la persona que va a ser *maloqueada*¹¹⁷⁰.

Otra forma de resolución de conflicto/castigo que se aplica es apartar dentro de la comunidad a la persona que trasgrede las normas y a su familia, de forma que la comunidad puede acordar que esta familia no sea recibida en ninguna casa ni ser saludada por un periodo de tiempo. Este castigo se aplicó en 1987 por dos años en el caso del homicidio entre cuñados, donde la comunidad no reconoció la ley *winka*¹¹⁷¹.

Otra sanción que puede acordar la comunidad es la expulsión o acudir a la justicia chilena, estas dos últimas opciones operan como *ultima ratio*¹¹⁷².

Acudir a la justicia chilena es un ejemplo de cómo los Sistemas de Justicia Indígena son porosos y permeables, y también de cómo la comunidad mapuche puede decidir conscientemente su uso, apelando a la interlegalidad. Señalan en su estudio VILLEGAS y MELLA-SEGUEL que acudir a la justicia chilena es percibido por parte de las comunidades mapuches como algo no correcto, en general las personas mapuche no

¹¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 108.

¹¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 106

¹¹⁷⁰ *Ibid.*, 107.

¹¹⁷¹ Cfr. SÁNCHEZ CURIHENTRO, Juan. «El Az Mapu... *op. cit.*, p. 36.

¹¹⁷² En las comunidades que están más desintegradas, donde juegan un rol importante en la dinámica de desestructuración la presencia de la iglesia se acude con más frecuencia a la justicia chilena. Cfr. VILLEGAS DÍAZ, Myrna; MELLA-SEGUEL, Eduardo. *Cuando la costumbre... op. cit.*, pp. 110-111.

confían en las instituciones del Estado chileno, al existir un proceso de criminalización contra las y los mapuche en su proceso de recuperación de tierras¹¹⁷³.

“Yo lo he visto con mis propios nietos y mi nieta, no le puedo decir a ella —esa es una autoridad del gobierno, una autoridad que nos va a cuidar— cuando mi nieta va a decir, se acuerda papi cuando a las cuatro de la mañana me sacaron pa’ fuera de la ventana y me botaron ¿y quieres fueron? Los pacos”¹¹⁷⁴.

En la cultura mapuche, se considera que la privación de libertad no ayuda a que la persona se reinserte en la sociedad, y menos aun cuando esta privación de libertad se produce en una cárcel chilena. En el *Az Mapu*, lo importante cuando alguien comete un error es que esta persona pueda enmendar su comportamiento, no volver a reiterar ese tipo de conductas y limpiar su imagen y el apellido de la familia. Dentro de esta forma de pensamiento, la cárcel y la huella de antecedentes que genera un error se ve como algo despreciable, que no cumple ninguna función y que añade más problemas que soluciones¹¹⁷⁵.

“¿Para qué sirve la cárcel? ¿Para qué? [...] para los mapuche la cárcel no existe, a lo mejor que pague con trabajo, que pague con esfuerzo, no privarlo de la libertad, que la gente lo vea que va cambiando, que la misma gente lo vaya evaluando, eso es mejor que saturar la cárcel de gente que no está haciendo nada y ni siquiera el trabajo dentro [...] la verdadera justicia debería hacerse así, o sea donde participe la comunidad en tomar decisiones, donde diga éste es el culpable de tal asunto ¿Cuál va a ser el castigo? El castigo va a ser reparar los daños. En el caso de la vida va a ser difícil reparar los daños, pero suplir eso con trabajo, que la persona esté ahí visible, no estar dentro de la pared porque no servirá de nada, sirve mucho más afuera que dentro”¹¹⁷⁶.

La desconfianza en el Estado genera que las prácticas resolutivas basadas en el *AzMapu* en las comunidades en conflicto con el Estado o aquellas que viven al margen del Estado cada vez estén más presentes.

¹¹⁷³ Cfr. VILLEGAS DÍAZ, Myrna; MELLA-SEGUEL, Eduardo. *Cuando la costumbre... op. cit.*, p. 101.

¹¹⁷⁴ Entrevista realizada por Mella y Villegas en el Lof Temucucui el 23 de agosto de 2013 a Juan Huenchullan Ñancuqueo. Ver en VILLEGAS DÍAZ, Myrna; MELLA-SEGUEL, Eduardo. *Cuando la costumbre... op. cit.*, p. 101.

¹¹⁷⁵ Cfr. VILLEGAS DÍAZ, Myrna; MELLA-SEGUEL, Eduardo. *Cuando la costumbre... op. cit.*, pp. 111-112.

¹¹⁷⁶ Entrevista al Logko Juan Pichún Collanao, en VILLEGAS DÍAZ, Myrna; MELLA-SEGUEL, Eduardo. *Cuando la costumbre... op. cit.*, pp. 112-113.

En el *AzMapu* se diferencia entre delitos individuales (robo)¹¹⁷⁷, que son aquellos que comete una persona contra otra persona de la misma o diferente comunidad pero que solo afecta a intereses propios, y delitos colectivos (envenenar el agua, estropear la cosecha) que son cometidos por una persona o una comunidad, en contra de otra comunidad, afectándola en sus intereses colectivos. Dentro de esta clasificación que establecen VILLEGAS y MELLA-SEGUEL se diferencia también la existencia de bienes jurídicos individuales y bienes jurídicos colectivos. Cuando se producía un conflicto entre comunidades, la responsabilidad y desprestigio afecta al *Logko* de la comunidad, por no saber guiar la comunidad¹¹⁷⁸.

No tenemos elementos suficientes para situar la violencia sobre las mujeres en contexto familiar, dentro de los delitos individuales o colectivos porque la violencia rompe el equilibrio de la familia, por lo que puede afectar a diferentes personas, y si esta familia está constituida por personas de diferentes *lof*, la violencia consideramos puede llegar a suponer un conflicto colectivo con otra comunidad.

3. El Az Mapu en su función sancionadora en conflictos de violencia contra las mujeres en relaciones de pareja

3.1. El origen colonial de la violencia machista

La violencia sobre las mujeres mapuche en relaciones de pareja está condicionada por factores como el alcoholismo, la marginación socio-económica, despojos históricos y actuales, principalmente relacionado con la pérdida de su territorio y sus formas de vida, que determinan la historia de la vida de esas mujeres, pero también de su pueblo. Esto es importante tenerlo presente, porque las mujeres mapuche no perciben la violencia como una única violencia, sino que dan cuenta que viven en una estructura de

¹¹⁷⁷ El robo cuando se producía dentro de la comunidad era considerado grave, sin embargo, cuando este se producía fuera del mismo contra los españoles o chilenos entonces se interpreta como una especie de recuperación, y el hecho se celebraba. Cfr. VILLEGAS DÍAZ, Myrna; MELLA-SEGUEL, Eduardo. *Cuando la costumbre... op. cit.*, p. 103.

¹¹⁷⁸ Cfr. VILLEGAS DÍAZ, Myrna; MELLA-SEGUEL, Eduardo. *Cuando la costumbre... op. cit.*, p. 102.

violencia, compuesta por la violencia institucional¹¹⁷⁹, la ambiental¹¹⁸⁰, la espiritual¹¹⁸¹, la de género, la política¹¹⁸², el racismo y discriminación étnica¹¹⁸³, que tiene su origen para estas mujeres en la invasión colonial y el sistema capitalista actual.

La violencia sobre las mujeres en las comunidades indígenas mapuche es rechazada en un doble sentido: el primero porque atenta contra la vida de las mujeres, y este hecho rompe el equilibrio de la familia y la comunidad; y en segundo lugar porque esta violencia es ajena a la cosmovisión mapuche. En este punto emergen dos discursos o teorías que analizan la violencia machista en el contexto mapuche. Uno que idealiza la cosmovisión mapuche y sostiene que antes de la colonización no existía la violencia contra la mujer; y otro que señala que no podemos conocer fielmente cuál era el nivel de equilibrio y estatus de las mujeres mapuche antes de la colonia, pero que identifica una raíz colonial en el actual nivel de violencia.

ROSARIO PALMA AYALA y RENATA SANDRINI recogen algunos testimonios que sitúan como único causante de la violencia intrafamiliar la conquista española y el colonialismo chileno.

“Nuestra gente era armónica con la naturaleza, los animales, la biodiversidad. La violencia es una cosa ajena que se fue entrando a la comunidad con la colonización, con la ideología, con la religión, la situación política, el empobrecimiento, con la pérdida de los

¹¹⁷⁹ La violencia institucional tomando la definición de la Vía Campesina, “Comprende desde la dimensión más amplia como falta de acceso a los servicios y a una mayor calidad de los servicios prestados, hasta los abusos cometidos en virtud de las relaciones desiguales de poder entre profesional y usuario. Mujeres en situación de violencia son a veces, “revictimizadas” por Juzgados, no se respeta su autonomía, son forzadas a contar su historia de violencia numerosas veces, son discriminadas por etnia, clase y generacionales” en, PAINEMAL MORALES, Millaray, y Andrea ÁLVAREZ DÍAZ. *Caminando Juntas... op. cit.*, p. 19.

¹¹⁸⁰ La violencia ambiental, se produce contra los Pueblos Originarios cuando estos presentan una especificidad étnica que conlleva a hablar de “racismo ambiental”, lo que refiere a cualquier política, práctica o directiva que afecta o diferencialmente favorece o desfavorece (intencionalmente o no) a individuos, grupos o comunidades basadas en la raza o el color” Bullard en, PAINEMAL MORALES, Millaray, y Andrea ÁLVAREZ DÍAZ. *Caminando Juntas... op. cit.*, p. 19.

¹¹⁸¹ La violencia espiritual “Se refiere a formas de coerción e imposición, individual o colectiva, de un credo dominante socialmente sobre otra creencia espiritual o religiosa. En el caso de los Pueblos Originarios, esta violencia se inicia históricamente con la conquista española, portuguesa, francesa o inglesa y evangelización de los credos de éstos. Se reproduce como violencia simbólica, a través de procesos institucionales y de internalización de la dominación”. PAINEMAL MORALES, Millaray, y Andrea ÁLVAREZ DÍAZ. *Caminando Juntas... op. cit.*, p. 19.

¹¹⁸² Bourgois, define la violencia política como aquella “referida a las formas de agresión física y terror administradas por las autoridades sociales y por aquellos que se le oponen, tales como represión militar, tortura policial y resistencia armada en nombre de una ideología, movimiento o estado político” en, MILLARAY PAINEMAL MORALES y ANDREA ÁLVAREZ DÍAS, en su estudio *Caminando juntas... op. cit.*, p. 17.

¹¹⁸³ Estas son las violencias que señalan MILLARAY PAINEMAL MORALES y ANDREA ÁLVAREZ DÍAS, en su estudio *Caminando juntas... op. cit.*, p. 20.

recursos propios del territorio, con la invasión se fue arraigando la violencia, entrando en nuestro pueblo [...] y el hombre empezó a tomar vino, a embriagarse, se empieza a perder el respeto y lamentablemente [a] las mujeres, le[s] ha llegado la peor parte porque el hombre impositivo, con el alcohol doblemente impositivo, ha ido maltratando, nuestra gente ha ido como acostumbrándose a vivir así [...]»¹¹⁸⁴.

“La violencia e invasión de nuestro cuerpo-territorio, significó el despojo de nuestro ser mapuche, la autoestima y amor a nosotras mismas nos fue arrancada con el aval de la sociedad que hasta hoy calla y justifica (testimonio de Millán)”¹¹⁸⁵.

Ejemplos de esta interrelación entre violencia intrafamiliar y colonización son, en primer lugar, la propiedad privada, que hasta la llegada de los españoles no existía para el Pueblo Mapuche; como consecuencia de esta mentalidad *winka* la noción de propiedad privada y patriarcado afectará a la concepción de la familia y se aplicará también a las mujeres e hijos, de forma que el mapuche empezará a valorar menos a las mujeres, siguiendo el ejemplo del colonizador, y dejará de sancionar como antes lo hacía el pegarle a las mujeres, y comenzará a sancionarse el adulterio de las esposas por considerarse una traición al hombre y al orden familiar¹¹⁸⁶. Dentro de las relaciones que se establecieron entre los hombres mapuche y los españoles las mujeres fueron usadas como regalo, compradas como esclavas, presas de guerra, fueron robadas como botín de incursiones bélicas. En este contexto ambas sociedades, mapuche y española, entendieron el género femenino como un bien que los hombres podían poseer¹¹⁸⁷

En segundo lugar, el consumo de bebidas alcohólicas, factor determinante en la concurrencia de la violencia intrafamiliar, también se interpreta como un elemento

¹¹⁸⁴ Entrevista a María Isabel Curihuentro Llancaleo en Mercado Catriñi citada por PALMA AYALA, Rosario, y RENATA SANDRINI Carreño. «Mujer mapuche... *op. cit.*, p. 157.

¹¹⁸⁵ Testimonio de Millán Recopilado en PAINEMAL MORALES, Millaray, y Andrea ÁLVAREZ DÍAZ. *Caminando Juntas... op. cit.*, p. 31.

¹¹⁸⁶ Si bien parte de las tesis de Tomás Guevara fueron refutadas por investigaciones chilenas y argentinas, su apreciación referente a la propiedad privada y su influencia en relación al valor de las mujeres y la familia, cobra mucho más sentido a la luz de las matizaciones que realiza EDUARDO AGUIRRE OBARRIO, al señalar que estas concepciones que tiene Guevara responde a las influencias del positivismo reinante en la primera mitad del siglo XX, dado que el concepto de propiedad privada no existía para el Pueblo Mapuche antes de la colonización. Cfr. VILLEGAS DÍAZ, Myrna; MELLA-SEGUEL, Eduardo. *Cuando la costumbre... op. cit.*, p. 103.

¹¹⁸⁷ Sonia Montecinos en MATTUS, Charlotte. «Los derechos de las mujeres Mapuche en Chile, pilares invisibles de la resistencia de su pueblo.» Instituto de Estudios Políticos de Grenoble, Universidad Pierre Mendès France, Francia, 2009, p. 18.

colonial de dominación, control y división de las comunidades¹¹⁸⁸, que refuerza la idea de la violencia contra las mujeres como una violencia de origen colonial.

Las mujeres mapuche se han manifestado señalando que la violencia machista no forma parte de su cultura, sino que esta es heredada del sistema patriarcal que llegó con la conquista y la colonización, de forma la cultura ancestral del Pueblo Mapuche no contenía antes de la colonización la agresión a la mujer¹¹⁸⁹. Desde la explicación de origen colonial de la violencia machista, esta se percibe como una más dentro de esa estructura de violencia ajena a su cultura. Las explicaciones desde lo idílico del tiempo de antes, hay que contextualizarlas dentro de una fase de reivindicación y recuperación histórica frente a una presión política, económica y cultural chilena que obligó a las personas mapuches a vivir en las reducciones derivando en un conflicto territorial con Chile que llega hasta la actualidad. Desde esta búsqueda de la narración de una historia épica se defiende que la sociedad pre-invasión española y colonialismo chileno no era machista, y regía la idea mapuche de la complementariedad que se aplica también a los géneros de forma que el género femenino y el género masculino se complementan para lograr el equilibrio¹¹⁹⁰. En nuestra opinión, esta interpretación si bien contribuye a sancionar la conducta machista, también puede generar un efecto no deseado, al responsabilizar de estos comportamientos más al pasado y la socialización que a la propia conducta individual del hombre agresor.

Refutando los planteamientos anteriores otras investigaciones señalan que no puede señalarse exclusivamente a la colonización española ni chilena como causantes del machismo en la cosmovisión mapuche. Como una de las prácticas machistas que existían antes de la llegada de los españoles se señala que el prestigio de los hombres y su poder se medía por el número de mujeres que tenían, así los caciques más poderosos podían tener entre diez y veinte mujeres. Existía por tanto una relación fuerte entre

¹¹⁸⁸ PAINEMAL MORALES, Millaray, y Andrea ÁLVAREZ DÍAZ. *Caminando Juntas... op. cit.*, p. 31.

¹¹⁸⁹ *Ibíd.*, p. 48.

¹¹⁹⁰ El debate sobre la situación de la mujer mapuche pre conquista y precolonización se da en diversos temas de violencia machista, en este sentido puede verse también la investigación relativa al aborto de la mujer mapuche, donde se analizan las diversas concepciones y discursos, a favor y en contra del mismo con base en el discurso ancestral, que guardan estrecha relación con las ideas que las mujeres relatan en relación al origen de la violencia, ver FERNÁNDEZ MÍGUEZ, Sheila, y Luciano Amaro GONZÁLEZ GRONEMANN. «Análisis crítico de la nueva Ley 21.030 de despenalización del aborto en tres causales en Chile, desde la cosmovisión mapuche y la teoría decolonial de género.» *InSURgência: revista de direitos e movimentos sociais* 3, nº 2 (2017), pp. 414-454.

poligamia y hombres importantes (*ülmén*)¹¹⁹¹. Otros estudios han señalado que las mujeres en la sociedad mapuche no siempre eran respetadas, por el contrario, fueron utilizadas como objeto de prestigio, poder, regaladas como esposas, compradas como esclavas, presas de guerra, y secuestradas como botín de guerra tanto en las luchas internas entre diferentes pueblos mapuches e indígenas como en incursiones bélicas de europeos¹¹⁹².

Conocer cuál es el origen del machismo, si este ya existía en la sociedad mapuche pre-conquista o llegó con el mundo *winka*, corresponde a estudios antropológicos, y no es fácil determinar este origen histórico. Nos alineamos con la postura de CHARLOTTE MATTUS asumiendo que las identidades masculina y femenina mapuche son construcciones sociales y por lo tanto fueron influenciadas por los modelos colonialistas, tanto español como chileno¹¹⁹³. Lo determinante es conocer que en la actualidad las mujeres mapuches viven el machismo y la violencia de una manera propia, como una influencia exterior, asumiendo y explicando la violencia que sufren como una violencia colonial, influenciada por la ideología patriarcal y machista occidental y cristiana, ajena a su cultura mapuche donde tradicionalmente no existe la jerarquía entre hombres y mujeres¹¹⁹⁴. Y que en la sociedad actual mapuche existe un consenso para prevenir, sancionar y repudiar los comportamientos de violencia machista; así lo recogen también VILLEGAS y MELLA-SEGUEL, quienes sostienen que se percibe como delictivo el maltrato tanto a las mujeres como a otras personas integrantes de la familia, y esto es debido a la importancia que la familia tiene en la sociedad mapuche¹¹⁹⁵.

“El tema de la familia para nosotros reviste un tema súper importante, central. Mi mami estuvo en un *mafün*, que son los casamientos mapuche [...] cuando se casa un persona mapuche con otro mapuche hay un consejo [...] por supuesto a nadie se le dijo usted va a golpear a su mujer, eso es muy mal visto en la familia, eso de la violencia sí se da, pero no podemos desconocer, pero hay formas, para eso están los adultos, para eso están las

¹¹⁹¹ Cfr. José Manuel Zavala en MATTUS, Charlotte. «Los derechos de las mujeres Mapuche en Chile, pilares invisibles de la resistencia de su pueblo.» Instituto de Estudios Políticos de Grenoble, Universidad Pierre Mendès France, Francia, 2009, p. 18.

¹¹⁹² Sonia Montecino en LEIVA SALAMANCA, Ronny. «Las mujeres en el proceso de reconstrucción de la sociedad mapuche.» *Revista IIDH*, N° 62, 2015, p. 197.

¹¹⁹³ Cfr. MATTUS, Charlotte. «Los derechos de las mujeres... *op. cit.*, p. 19.

¹¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 20.

¹¹⁹⁵ Cfr. VILLEGAS DÍAZ, Myrna; MELLA-SEGUEL, Eduardo. *Cuando la costumbre... op. cit.*, p. 105.

familias, un tío mayor, una tía mayor que va a ir a aconsejar y ésta se da al interior de las comunidades”¹¹⁹⁶.

3.2. La sanción de la violencia machista en el Az Mapu

Las propias comunidades mapuche dentro del *Az Mapu* tienen formas de aconsejar, de prevenir para que las familias cuando se constituyen no ejerzan violencia, pero cuando estos mecanismos preventivos fallan, en el *Az Mapu* se aplican diferentes sistemas de resolución de controversias, que evolucionan y varían en función de la comunidad o el conflicto, individualizando la respuesta al caso concreto. Si bien las respuestas pueden ser diversas, la doctrina identifica rasgos o criterios compartidos en las formas de buscar las respuestas, las sanciones que pueden darse y las formas de ejecutarse.

La solución se busca dentro de la base social de la estructura del territorio mapuche. Es frecuente que en la búsqueda de la solución se acuda en primer lugar a las personas ancianas de la familia o a la familia en su conjunto; si esta posibilidad no existe o no da resultado se acude al igual que en el caso de otras infracciones a las personas con autoridad en el *lof*, normalmente al *longko*.

Las sanciones que la comunidad puede acordar son diferentes, atienden a la gravedad de la situación que se está discutiendo, y se componen siempre de dos elementos, el *lam* o consejo y la sanción.

El *lam*, es una forma de solución auto-compositiva, consiste en conversar con la persona que ejerce violencia y hacerle comprender la gravedad de sus hechos y limpiar la imagen de esa persona de cara a su integración en la familia y la comunidad. Esto para una persona y una familia mapuche es muy importante, porque cuando una persona comete una ofensa, no solo agrede a la víctima, sino que humilla el nombre de la familia, un valor muy importante en las comunidades mapuches¹¹⁹⁷.

¹¹⁹⁶ Testimonio de Claudia Cayul Namuncura, recogida en VILLEGAS DÍAZ, Myrna; MELLA-SEGUEL, Eduardo. *Cuando la costumbre... op. cit.*, p. 105.

¹¹⁹⁷ Entrevista a comunero mapuche del lof Temulemu, realizada el 20 de julio de 2013, en la comuna de Traiguén, Chile, recopilada en PALMA AYALA, Rosario, y RENATA SANDRINI Carreño. «Mujer mapuche... op. cit.», p. 157.

“Nuestros abuelos siempre nos dijeron eso, que tenemos que cuidar mucho el apellido porque es muy mal visto en el pueblo mapuche que, por ejemplo, llegue una patrulla de carabineros donde una familia”¹¹⁹⁸.

“El mapuche cuida mucho el tema de los apellidos de la familia, imagínese el hijo de una persona que es intachable en la comunidad, trabajador, una familia sana, buena, y que el hijo le salió malo, le pega a su mujer [...], eso es horrible porque toda la comunidad como que va a condenarlo y eso es muy mal visto en las comunidades mapuches, muy mal visto”¹¹⁹⁹.

Dentro de esta fase de búsqueda de soluciones también puede acudir a mecanismos de autotutela, en los cuales se guía a la pareja en conflicto para que hablen y se arreglen entre ellos, en estas conversaciones pueden participar otras personas ancianas de la familia o incluso el *longko*. El rol de estas terceras personas en las conversaciones puede ir desde una posición de amistad componedora a un rol más autoritario¹²⁰⁰.

Y la sanción se acuerda por la comunidad o familias para cada caso concreto. La doctrina ha recopilado mediante entrevistas diferentes soluciones que exponemos a continuación.

La sanción por las agresiones realizadas por un hombre puede alcanzar a su familia también, al entenderse que esta es la responsable de la transmisión de la cultura y los valores mapuches de cuidar de la familia y de respetar a las mujeres. En esta lógica, los propios hechos realizados por el agresor son una ofensa al prestigio de la familia, que ya se consideran por la comunidad una forma de sanción a ese apellido, porque le resta prestigio, manchando el nombre de la familia y los ancestros.

Normalmente la primera vez que se realiza una conversación con un agresor trata de buscarse la solución dentro de la comunidad, pero si esto no resulta o si la situación es muy grave la comunidad puede decidir acudir a los tribunales chilenos.

¹¹⁹⁸ Entrevista realizada por Mella y Villegas en el Lof Kurrache, el 23 de agosto de 2013 a Claudia Cayul Namoncura. Ver en VILLEGAS DÍAZ, Myrna; MELLA-SEGUEL, Eduardo. *Cuando la costumbre... op. cit.*, p. 101.

¹¹⁹⁹ Entrevista a comunero mapuche del lof Temulemu, realizada el 20 de julio de 2013, en la comuna de Traiguén, Chile, recopilada en PALMA AYALA, Rosario, y RENATA SANDRINI Carreño. «Mujer mapuche... op. cit.», p. 157.

¹²⁰⁰ Cfr. VILLEGAS DÍAZ, Myrna; MELLA-SEGUEL, Eduardo. *Cuando la costumbre... op. cit.*, p. 105.

La comunidad también puede acordar que la persona tenga que abandonar la comunidad. Esta sanción para alguien mapuche es muy grave, porque el territorio en el que vive forma parte de su identidad.

[...] Le pegó, después supimos, se le perdonó, después volvió a hacerlo, ya después fue mayor, la encerró. Está muy mal ella, bueno, la comunidad conversó, conversaron los más mayores y decidieron que debía denunciarse a tribunales y él tenía que irse de la comunidad, era la única manera de solucionar el problema. La tía podía vivir sola en el resto la podía ayudar: sus parientes, sus sobrinos. Pero él no podía seguir en la comunidad porque podía cometer algo mayor. Y así se hizo. La tía ahora está sola efectivamente, siempre se la va a ver, todos tenemos la responsabilidad, pero él se fue de la comunidad, se expulsó porque así nosotros resolvimos el problema”¹²⁰¹.

Otra sanción que la comunidad puede solicitar es que deje de consumir bebidas alcohólicas.

III. LOS ACUERDOS REPARATORIOS COMO FORMA DE APLICACIÓN DEL *AZ MAPU*, Y SU RECONOCIMIENTO EN UNA JUSTICIA INTERCULTURAL. UNA PROPUESTA PARA AVANZAR EN LA INTERLEGALIDAD

En la actualidad Chile continúa sin implementar reformas legislativas importantes, como un cambio constitucional que reconozca la plurinacionalidad del Estado. En consecuencia, como se ha mencionado, las posibilidades de operar para un reconocimiento de la Justicia Indígena son reducidas y se buscan en los márgenes de las leyes actuales redactadas desde un monismo jurídico casi absoluto.

Los acuerdos reparatorios que se realizan en sede judicial no se corresponden con la esencia de la justicia que se practica en sede comunitaria, donde como se ha indicado el *Az Mapu* permite una diversidad de soluciones que se efectúan en el caso concreto y donde, sobre todo, las familias y la comunidad tiene un rol muy relevante a la hora de determinar cuál debe ser la forma de buscar el equilibrio de nuevo en esa familia.

¹²⁰¹ Clorinda Manucra (Ñuke), entrevista recogida en VILLEGAS DÍAZ, Myrna; MELLA-SEGUEL, Eduardo. *Cuando la costumbre... op. cit.*, p. 112.

Manifestada esta salvedad, con la actual legislación¹²⁰² consideramos que el reconocimiento de los acuerdos reparatorios desde el Estado debe ser una forma más de las utilizadas para abordar la violencia intrafamiliar de las mujeres mapuche. Y ello porque en la línea de lo indicado por MILLARAY PAINEMAL MORALES y ANDREAÁLVAREZ DÍAZ nos permite hacernos cargo de aspectos étnico-culturales en las acciones del Estado, y aportar una mirada histórica en las políticas públicas que “reconozcan los numerosos despojos y violaciones de los derechos colectivos e individuales que han sido vulnerados a través de las relaciones inter-étnicas”¹²⁰³.

El acuerdo reparatorio no solo está garantizando y reconociendo la existencia de un sistema sancionatorio, sino que su reconocimiento como una instancia validada por la justicia del Estado, frena el proceso de desvalorización de la cultura propia, y devuelve el protagonismo a los espacios colectivos y las organizaciones de mujeres, quienes tradicionalmente se encargaban de solucionar los conflictos de violencia. Señalan MILLARAY PAINEMAL MORALES y ANDREAÁLVAREZ, que en la actualidad la institucionalidad indígena está perdiendo la confianza de las mujeres víctimas, que tienden a solicitar apoyo, y a sobrevalorar “de manera casi exclusiva al médico, el psicólogo, o el abogado, como agentes capacitados para ayudarlas. Y todo este proceso descrito redundaría en un des-empoderamiento de las mujeres, de su protagonismo y de su accionar colectivo en la prevención de la violencia hacia la mujer”¹²⁰⁴.

La facilitadora intercultural de la Defensoría Penal Mapuche señala que la institucionalidad chilena para ayudar a las mujeres mapuche en zonas rurales es poco efectiva, porque son personas que viven lejos, en lugares donde es difícil llegar. En este contexto el servicio público que está más presente es la ronda de salud, que se está haciendo cargo de la violencia intrafamiliar, pero su asistencia tiene una frecuencia escasa e irregular, situándose en torno a una visita a la semana, por lo que no cuentan ni con la formación ni con los medios para hacerse cargo de los casos complejos de violencia intrafamiliar. Señala también la facilitadora que para los casos de primeras denuncias deben establecerse controles institucionales que verifiquen que se cumplen los acuerdos, en vez de imponer una sanción privativa de libertad, porque las familias conversan y las señoras “te ruegan para que sus maridos no se vayan presos, por todos

¹²⁰² En concreto aquí nos estamos refiriendo a la Ley Indígena, Ley de Violencia Intrafamiliar, Código Penal, Código de Procedimiento Penal, Convenio 169 de la OIT y Convención Belém do Pará.

¹²⁰³ PAINEMAL MORALES, Millaray, y Andrea ÁLVAREZ DÍAZ. *Caminando Juntas... op. cit.*, p. 26.

¹²⁰⁴ *Ibíd.*, p. 27.

los problemas económicos que implica para la familia y la propia mujer”¹²⁰⁵. Y, por último, critica la facilitadora el carácter adversarial del sistema procesal penal porque genera una separación grande entre el imputado y las víctimas, donde se gana o se pierde; además el Ministerio Público empodera a las víctimas, pero no involucra al marido, lo que en su opinión está mal. El relato de la facilitadora intercultural pone de relieve el problema de una institucionalidad que por una parte no llega a poder brindar el apoyo necesario a las víctimas, especialmente en sectores rurales, y que por otra se manifiesta poco efectiva en el tratamiento de los casos de violencia, porque muchas veces impone a las víctimas una posición de enfrentamiento al imputado, que pueden resultar ajenas a las formas de solución de conflictos propias de las comunidades mapuche, al no involucrar a todas las partes en la forma de solución del problema de la violencia, imponiendo medidas solo desde el punto de vista del ente persecutor estatal por ejemplo, sin entrar a conocer lo que puede necesitar el imputado¹²⁰⁶.

Los acuerdos reparatorios realizados dentro de las comunidades mapuches permiten empoderar a las mujeres, empoderamiento que tiene una dimensión individual, para aquella mujer que se siente respaldada por la comunidad, y una dimensión colectiva, para todas las mujeres que comprueban y participan de las propias formas de justicia ancestrales. El empoderamiento individual, además, permite a la mujer romper con la historia de victimización que se produce dentro de la propia comunidad, cuando se señala a las mujeres como pobrecitas o se las culpabiliza por no poner fin a la violencia. Reduciendo su historia de supervivencia a una etiqueta de víctima.

Por todo ello avanzar cara acuerdos reparatorios que se produzcan en el seno de la comunidad, o por la justicia estatal para el caso de personas mapuches que por estar dispersas por motivos de trabajo u otras circunstancias es urgente, en primer lugar porque en La Araucanía la violencia intrafamiliar es muy elevada, y en segundo lugar, porque es una forma no solo de prevención de la violencia, sino también porque contribuye a que no se pierda una parte fundamental de la cosmovisión de los Pueblos Originarios y permite a las mujeres empoderarse dentro de las comunidades.

¹²⁰⁵ Cfr. con el testimonio recopilado en PAINEMAL MORALES, Millaray, y Andrea ÁLVAREZ DÍAZ. *Caminando Juntas... op. cit.*, p. 26.

¹²⁰⁶ Idem.

The history of the Aboriginal people of Australia since European settlement is that they have been the subject of unprovoked aggression, conquest, pillage, rape, brutalization, attempted genocide and systematic and unsystematic destruction of their culture.

Murphy J.

Commonwealth v Tasmania (1993) 46 ALR 625,737.

La historia de las personas Aborígenes de Australia desde la llegada de los asentamientos europeos ha estado marcada por las agresiones no provocadas, la conquista, los saqueos, violaciones brutales, intento de genocidio y sistemática y no sistemática destrucción de su cultura¹²⁰⁷.

Murphy J.

Commonwealth v Tasmania (1993) 46 ALR 625,737.

¹²⁰⁷ Traducción de elaboración propia.

QUINTA PARTE

AUSTRALIA, UNA EXPERIENCIA COMPARADA: CRIMINOLOGÍA DEL SUR Y *ABORIGINAL COURT*

I. INTRODUCCIÓN

Incluir en la presente investigación un apartado de Derecho comparado, y concretamente con Australia, tiene como objetivo establecer el nexo de colonialidad como un factor determinante que condiciona el devenir legislativo en materia de violencia machista e intrafamiliar de los países que sufrieron procesos de colonización. Y analizar los diferentes modelos de Tribunales indígenas que existen en Australia como una de las posibilidades de formas de justicia estatal que trata de combinar la Justicia Indígena y el Derecho Penal estatal. En el desarrollo de este apartado emplearemos el marco teórico que ofrecen la Teoría del Sur Global y la Criminología del Sur.

El concepto de Sur Global, indican KERRY CARRINGTON y RUSSELL HOGG, incluye tanto a aquellos países que son etiquetados en el «tercer mundo» o «países en vías de desarrollo» como a otros que ocupan los primeros puestos en la economía mundial, como es el caso de Australia o Nueva Zelanda. Lo que une los lugares que conforman el Sur Global, es un pasado colonial y un lugar periférico dentro de la organización mundial del conocimiento científico social; desde esta concepción que incluye también el sur-este, el binarismo norte-sur se vuelve altamente flexible¹²⁰⁸. Junto a MÁXIMO SOZZO, CARRINGTON y HOGG¹²⁰⁹ elaborado la propuesta teórica de Criminología del

¹²⁰⁸ CARRINGTON, Kerry, y Russell HOGG. «Deconstructing Criminology's Origin Stories.» *Asian Criminology*, 2017, p.1

¹²⁰⁹ CARRINGTON, Kerry, Russell HOGG, y Máximo SOZZO. «Southern criminology... *op. cit.*

Sur¹²¹⁰, que presenta muchos puntos de conexión con la teoría latinoamericana decolonial.

Este marco teórico nos permite establecer un segundo objetivo, que es el análisis de las normas en materia de violencia machista y las formas de resolución de conflictos para personas Aborígenes que se han desarrollado en Australia como formas diferentes de resolución de conflictos.

Por lo expuesto, traer el ejemplo australiano enriquece la perspectiva comparada, sobre la situación y posibles soluciones que se pueden adoptar en relación con los Derechos de las personas indígenas envueltas en delitos de violencia intrafamiliar en Chile, como se demostrará en las siguientes páginas.

II. ACLARACIONES TERMINOLÓGICAS

La primera problemática que enfrentamos a la hora de hablar de las personas originarias de Australia vuelve a ser un problema terminológico. En la literatura de forma habitual en Centro América, el Caribe y América del Sur, se suele hablar de indígenas, o Pueblos Originarios, en tanto que en Norte América se habla de Nativos americanos, y en Australia suele usarse el concepto de *Aborigine*, en español Aborígen¹²¹¹. Por ello, aunque en una vista rápida pueda parecer que los conceptos son sinónimos y neutrales, esto no es cierto¹²¹² debido al uso que de ellos se hizo en cada contexto y que deriva en una carga particularmente negativa que cada palabra posee. Continuando con la terminología empleada hasta el momento, y siguiendo al profesor STEPHEN CORNELL, entendemos que todas estas personas o pueblos entran en la categoría de indígenas¹²¹³, pero en cada zona geográfica las distintas comunidades indígenas deciden cómo auto-referenciarse.

¹²¹⁰ Lo que, en el contexto regional de América del Sur, Centro América y el Caribe denomine Criminología Decolonial

¹²¹¹ Fuente especificada no válida.

¹²¹² Sobre la problemática de la terminología en este caso concreto HUGHES, Lotte. *Pueblos Indígenas*. Barcelona: Intermón Oxfan, 2004.

¹²¹³ Ampliamente en CORNELL, Stephen. «Pueblos indígenas, pobreza y autodeterminación en Australia, Nueva Zelanda, Canadá y EE.UU.» En *Pueblos indígenas y pobreza. Enfoques multidisciplinares*, de Alberto D. Cimadamore, Robyn Eversole, & John-Andrew McNeish, 293-323. Buenos Aires: Programa CLACSO-CROP, 2006.

En Australia, las propias personas pertenecientes a culturas precoloniales, han decidido ser nombradas como Pueblos Aborígenes, escribiendo la primera letra de cada palabra en mayúscula en señal de respeto, tratando de otorgar dignidad a la palabra, que en otro momento por el uso despectivo que los británicos hicieron de ella terminó cargada de connotaciones negativas.

En este sentido, consideramos no es lo mismo hablar de Pueblos Indígenas que de Pueblos Aborígenes, ya que, si bien ambos términos hacen referencia a Pueblos y culturas asentadas en territorios antes de las invasiones colonizadoras, aportan información diferente, al incluir uno y otro concepto un componente de localización geográfica. Más concretamente, en Australia se habla de Aborígenes y personas isleñas del Estrecho de Torres, a las que de forma conjunta se designa con las siglas AIET¹²¹⁴ y en América Latina hablamos de Pueblos Originarios o Indígenas. Si bien esta es la apuesta terminológica que defendemos, parte de la literatura especializada australiana emplea el concepto de indígenas también para referirse a las instituciones de justicia de los Pueblos Aborígenes y para nombrar las propias personas pertenecientes a estos pueblos.

Cuando llegan los primeros colonos a Australia, el territorio, indica MARK HARRIS, estaba habitado por más de doscientos Pueblos Aborígenes, cada uno de los cuales tenía su propia lengua, cosmología y leyes¹²¹⁵. Señala OCHOA SOTO que los Pueblos Aborígenes e Isleños del Territorio del Norte, estaban estructurados socialmente sobre la base de la división en roles de género y edad¹²¹⁶.

III. MARCO TEÓRICO. LA CRIMINOLOGÍA DEL SUR

El concepto de *Southern Criminology* o Criminología del Sur, es un término de reciente incorporación dentro los estudios criminológicos. Concretamente el concepto se desarrolla desde el *Crime and Justice Research Centre* en la *Queensland University of*

¹²¹⁴ VIJEYARASA, Ramona. «Enfrentando la historia de Australia: verdad y reconciliación para las Generaciones Robadas.» *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos* 4, nº 7, 2007, p. 129.

¹²¹⁵ HARRIS, Mark. «Los australianos indígenas y las Generaciones Robadas.» Editado por Centro de Investigación y Docencia Económicas. 2005, p.13.

¹²¹⁶ OCHOA SOTO, Igor. «La mujer aborígen australiana. La incomprensión de la tradición como prisión contemporánea.» En *Tradicón y modernidad. Patrimonio en femenino*, de Ministerio de Educación Cultura y Deporte, editado por Alejandro NUEVO GÓMEZ. Secretaria General Técnica. Subdirección General de Documentación y Publicaciones, 2014, p. 108.

Tecnology en Australia. Hasta la actualidad, se han publicado tres artículos que desarrollan este nuevo paradigma metodológico, por KERRY CARRINGTON, RUSSELL HOGG y MÁXIMO SOZZO¹²¹⁷.

Tomando como referencia el artículo *Southern criminology* que en español es traducido como *Criminología del Sur*, escrito por, por la criminóloga australiana KERRY CARRINGTON, el criminólogo australiano RUSSELL HOGG y el también criminólogo argentino MÁXIMO SOZZO¹²¹⁸, donde se explica la criminología del Sur como una propuesta epistemológica que emerge al traer al campo de la criminología la «Teoría del Sur» y el «pensamiento metropolitano» de RAEWYN CONNELL¹²¹⁹, donde se establecen las categorías Norte-Sur y el feminismo interseccional como elementales para el análisis de las sociedades actuales. Desde este lugar epistémico, la *criminología del Sur*, se configura como un proyecto político, un proyecto teórico y a la vez un proyecto empírico. Cuyos tres principales objetivos son: reorientar, modificar y aumentar los puntos de vista de la investigación criminológica; impulsar una reflexión crítica sobre la dinámica colonizadora y hegemónica dentro de la teoría criminológica. Y, por último, rectificar las omisiones y añadir a la investigación nuevas y diversas perspectivas criminológicas, para hacerlas más inclusivas y dignas del mundo en el que vivimos.

Dentro de este marco teórico, la categoría Norte o Norte Global designa el punto de referencia normativo (el destino de desarrollo, a lo que el resto del mundo aspira) ubicado principalmente a los estados de Europa Occidental y Norte América (denominados conjuntamente como países del Atlántico Norte), mientras que la categoría Sur aglutina a América del Sur, Centro América, el Caribe, Asia y Oceanía. Esta distinción Norte-Sur, es más que una distinción geográfica, simboliza una jerarquía global en la producción del conocimiento, donde las periferias y las sociedades de los territorios colonizados son representadas como lo primitivo, lo tribal, o como sociedades pre-modernas. Sin embargo, advierten CARRINGTON, HOGG y SOZZO, es necesario tener presente, que esta construcción binaria, debe ser empleada para visualizar lo que antes era invisible, a los subalternos. En este sentido, la idea de Sur con la que trabajan incluye el hecho de que hay enclaves del Sur dentro del Norte.

¹²¹⁷ Una aproximación a la utilidad de la teoría criminología del Sur para el contexto chileno se ha abordado en el siguiente trabajo previo, FERNÁNDEZ MÍGUEZ, Sheila. «Criminología del Sur.» *Red Seca* (Editorial Red Seca), enero 2018, en línea <http://www.redseca.cl/criminologia-del-sur/>

¹²¹⁸ CARRINGTON, Kerry, Russell HOGG, y Máximo SOZZO. «Southern criminology ... *op. cit.*

¹²¹⁹ CONNELL, Raewyn. *Southern Theory: The Global Dynamics of Knowledge in the Social Science*. Allen & Unwin, 2007.

La criminología del Sur, surge del análisis crítico de las teorías criminológicas del Norte y visibiliza el sesgo hegemónico y sus consecuencias en las sociedades del sur. Se exponen a continuación las críticas y reflexiones más relevantes al objeto de esta investigación.

En primer lugar, la criminología del Sur, ha denunciado la generalización y formas de análisis que implica la importación de las teorías del Norte. Como consecuencia de lo anterior, en segundo lugar, ha puesto de manifiesto que se han importado teorías y soluciones del Norte que han sido aplicadas de forma automática a problemas locales sin existir una reflexión sobre las características de las sociedades del Norte y las del Sur, así como la diferencia de los problemas criminológicos y el origen de los mismos. Profundizando en esta línea, en tercer lugar, ha destacado que las teorías criminológicas del Norte se constituyen desde el paradigma del fenómeno urbano en las sociedades industriales capitalistas, marginalizando o no tomando en cuenta el carácter distintivo de la delincuencia en las zonas rurales o indígenas. Especialmente significativo es que, en los países del Norte, con las primeras teorías criminológicas lo que se trató de controlar era la migración de las personas del campo a la ciudad como fenómeno de la era industrial. Sin embargo, es necesario tener presente, que la situación en los países del Sur era precisamente la contraria, la criminología aquí se centró en neutralizar la resistencia que se producía con las ocupaciones y asentamientos de los colonos blancos el campo de las poblaciones AIET. Dentro de esta lógica, la importación de las teorías del Norte también se manifiesta en la falta de importancia que reciben los delitos que se comenten contra los pueblos AIET y el medio ambiente, asociados a la extracción de recursos, que es donde produce sus mayores daños en los países del Sur.

En cuarto lugar, la criminología del Sur, también ha servido para poner en valor las ideas producidas en la periferia, al demostrar que la importación de las teorías del Norte, no responde a una falta de producción científica local. Sino que se debe, a una infravaloración del trabajo que se realiza en el Sur, al existir un estereotipo sobre la superioridad y modernidad de las teorías el Norte. En quinto lugar, esta importación teórica contribuye a la ocultación de dos fenómenos, el primero, las historias de derramamiento de sangre y limpiezas étnicas que se produjeron durante la época colonial y posteriormente en la construcción de los Estados-Nación. Y el segundo, la existencia de importantes conflictos que vive el Sur Global derivados de la producción de droga.

En quinto lugar, los países de América del Sur, Centro América y el Caribe, junto con Nueva Zelanda, Estados Unidos, Canadá e Israel se configuran como sociedades postcoloniales respecto de la metrópolis, pero sus procesos de independencia se basaron en la cultura e identidad de los colonos occidentales europeos y no en la cultura de sus habitantes indígenas que siguieron sometidos a segregación racial y exclusión.

En sexto lugar, en la actualidad, los pueblos indígenas padecen unos índices de pobreza mayores, sus comunidades están fracturadas, muchos viven en situación de violencia y conflicto, su esperanza de vida es inferior y están sometidos a un alto nivel de criminalización y encarcelamiento.

En séptimo lugar, no se ha puesto el foco en formas alternativas a la justicia occidental, ni en el respecto a las formas ancestrales de resolución de controversias.

Octavo, la violencia, el crimen organizado (tráfico de personas y tráfico de drogas entre otros) están íntimamente relacionados con los modelos de gobernanza, corrupción, la pobreza y la destrucción del medio ambiente, que ya no son solo problemas locales, dado que vivimos en un mundo globalizados.

Noveno, el patriarcado como forma de organización social jerárquica, que estable el rol de dominio de lo masculino sobre lo femenino ha estado desconsiderado por las teorías criminológicas del Norte, perdiendo de vista, que el machismo afecta en los motivos que llevan a delinquir y en las consecuencias que tienen las penas para hombres, mujeres, personas LGBTIQ⁺ o infancia y adolescencia son diferentes. La teoría criminológica del Norte recientemente se centra en el estudio de fenómenos como la violencia sobre las mujeres, el femicidio ni el feminicidio.

Decimo, los estudios criminológicos del Norte tampoco se han preocupado por la creciente islamización de la justicia en determinados países, donde cada vez se realizan más interpretaciones interesadas y machistas del Corán y en concreto de la ley *Sharia*, así como el restablecimiento de los delitos del *Zina* en desuso desde el siglo VII y reintroducida en los años 70, para regular la sexualidad, la promiscuidad y la prostitución que afectaban especialmente a las mujeres y comunidad LGBTIQ⁺ al establecer para estos delitos penas de latigazos y hasta la muerte por lapidación.

En conclusión, como indican CARRINGTON, HOGG y SOZZO, el Sur es algo más que una mera referencia geográfica que divide el mundo es también un indicador de las relaciones de poder que se manifiestan entre centro y periferia. Por ello, en el ámbito de la criminología, es urgente que repensemos la importación de las teorías del Norte de la penalización neoliberal en relación con la práctica del castigo en Chile y América Latina. Y lo hagamos desde las propias ideas que se generan en nuestras sociedades.

En este sentido, se señala que “los estudios de Derecho comparado (más aún si cabe, en el área de Derecho Penal) han de ser tomados con extrema cautela, pues no todas las soluciones adoptadas en un sistema jurídico son directamente trasladables a otro de forma automática. Hay elementos históricos y culturales que explican el modelo adoptado en un país, y que sería absolutamente inviable en otro contexto diferente. Además, un buen estudio de Derecho comparado no puede hacerse únicamente sobre el estudio de la ley escrita sino que hay que conocer cómo se aplica esa ley en la práctica y las razones por las que se aplica de esa manera”¹²²⁰ En resumen, para poder plantear soluciones imaginativas y viables a las situaciones más arriba referidas resulta extremadamente útil conocer cómo se resuelven estas mismas cuestiones en países cuyo ordenamiento jurídico-penal está desarrollado desde esta perspectiva federal. Pero siempre teniendo en cuenta que no todo lo que se hace en otros lugares puede ser trasladado acríticamente a nuestro modelo¹²²¹.

IV. APROXIMACIÓN HISTÓRICA A LA CONQUISTA Y CONSTRUCCIÓN DE AUSTRALIA

1. Primeras expediciones y asentamientos europeos en territorio australiano

La colonización del territorio que hoy conocemos como Australia es un hecho que en términos históricos se puede considerar reciente en comparación a otros territorios colonizados anteriormente. Pensemos que la conquista de América del Sur y Centro América convencionalmente se indica que comienza el 12 de octubre de 1492, fecha en la que como ya se ha indicado en la primera parte, llega Colón a América, financiado

¹²²⁰ ROMERO MALANDA, Sergio. «El sistema de justicia penal en la Unión Europea y Australia: Un estudio de Derecho comparado.» *Revista General de Derecho Penal*, nº 23, Mayo 2015, pp. 5-6

¹²²¹ *Ibíd.*, p. 6

por la reina Isabel I de Castilla —en este momento recordemos todavía no se había conformado España—. O pensemos en la conquista de América del Norte por parte de Inglaterra, la cual se produce en el año 1583, fecha en la que la reina Isabel I de Inglaterra autoriza al pirata Sir Walter Raleigh para fundar una colonia al Norte de Florida. A partir de este momento, el imperio británico comienza a expandirse hasta llegar a sumar trece colonias, las cuales conservará hasta que se produce la Declaración de Independencia de los Estados Unidos, en el año 1776. Como consecuencia de la pérdida de las colonias americanas, Gran Bretaña inicia su búsqueda de nuevos territorios, motivo por el cual llega hasta Australia.

La historiadora española ANA CRESPO SOLANA, indica que fue la corona hispana la primera en financiar expediciones al sur del Pacífico, en búsqueda de la mítica *Terra Australis* o *Quarta Pars Incognita*. En concreto, la autora hace referencia a tres expediciones. La primera fechada entre los años 1521 a 1528, de la cual no existen registros¹²²². Y dos expediciones más financiadas por el rey Felipe II, apodado ‘El Prudente’, quien llegó a tener bajo su dominio el reino de Portugal, Nápoles, Sicilia, Cerdeña, y fue asimismo Rey de Inglaterra e Irlanda, duque de Milán, y soberano de los Países Bajos; pensemos que además en este momento España posee una gran cantidad de tierras en ultramar y cuenta con la experiencia de casi un siglo de conquistas, lo que desde una perspectiva geopolítica la convierte en una potencia mundial. Indica CRESPO SOLANA que los objetivos de España al financiar nuevas expediciones al Pacífico Sur son en primer lugar buscar y en segundo lugar controlar los tráficos de la especiería y el comercio de riquezas que prometía Asia, y colocarse por delante de otras monarquías competidoras, especialmente la holandesa. Con este propósito, financia las expediciones primero de Álvaro de Mendaña, la cual se desarrolla entre los años 1567 y 1595, y la expedición de PEDRO FERNÁNDEZ DE QUIRÓS, entre los años 1605 a 1606¹²²³. Ambas expediciones llegan a Australia, pero no la identifican como una isla.

Dentro de esta lógica competitiva la corona holandesa también envía expediciones a esta zona del Pacífico con afán comercial, pero su éxito será relativo; si bien arriba a la costa australiana en 1644, denominando este territorio Nueva Holanda, tampoco percibe que el territorio es una isla gigantesca. Indica el historiador Juan José Palacios que los

¹²²² CRESPO SOLANA, Ana. «Las rivalidades hispano-neerlandesas en el Pacífico y la conquista de Australia: de Cornelis de Houtman a Abel Janszoon Tasman (1595-1651).» *Anuario de Estudios Americanos*, julio-diciembre 2013, p. 480.

¹²²³ CRESPO SOLANA, Ana. «Las rivalidades... *op. cit.*, p. 480.

holandeses no encontraron valor comercial a las personas indígenas de estas tierras¹²²⁴ ni tampoco riqueza de especies que permitieran competir con el monopolio portugués que estaba asentado principalmente en la India.

La llegada británica al continente australiano se produce durante el reinado de Jorge III de la Casa de Hannover, rey de Gran Bretaña e Irlanda, quien enfrentaba una situación complicada con las colonias de América. Recordemos que en 1776 los Estados Unidos de América se independizan de Gran Bretaña. Es precisamente este último hecho el que obliga a Reino Unido a pensar soluciones para gestionar la superpoblación penal que tiene en Gran Bretaña, dado que ya no puede enviar más personas privadas de libertad a las colonias americanas. Es así como la metrópolis exporta el modelo de colonia penal a Australia en 1788, levantando el primer asentamiento en Nueva Gales del Sur¹²²⁵. Fue el británico James Cook quien entre 1768 y 1771 realizó la cartografía de Australia como isla¹²²⁶, y reclamó tomando como base la ficción que supone el principio de *terra nullius* este territorio para la corona británica en 1770, bautizándola con el nombre de Nueva Gales del Sur¹²²⁷. MARK HARRIS indica que durante la expedición el Capitán Cook documenta la existencia de indígenas en esta tierra, existencia que previamente ya había constatado la expedición holandesa, por lo que, en estricto rigor, esta tierra sí estaba habitada¹²²⁸.

Es importante resaltar que los británicos sabían que la isla estaba poblada; todavía hoy hay biografía crítica que no se hace cargo de esta verdad ocultada históricamente¹²²⁹. La prueba del conocimiento de la existencia de pueblos indígenas

¹²²⁴ PALACIOS L., Juan José. «Australia y el Pacífico Asiático.» *México y la cuenca del pacífico*, abril-junio 1999, p. 5

¹²²⁵ En este sentido véase: PALACIOS L., Juan José. «Australia... *op.cit.*, p. 6 y APPETITI, Emanuela. «Black and white Australia, 1770-1970. A history of dispossession.» *Revista de Indias* LIX, nº 217, 1999, p. 838

¹²²⁶ CRESPO SOLANA, Ana. «Las rivalidades... *op. cit.*, p. 480.

¹²²⁷ PALACIOS L., Juan José. «Australia... *op.cit.*, p. 5.

¹²²⁸ HARRIS, Mark. «Los australianos indígenas y las Generaciones Robadas.» Editado por Centro de Investigación y Docencia Económicas. 2005, p. 15.

¹²²⁹ JOAN SCOTT en su artículo “Experiencias” habla de discursos fundacionista, para referirse a aquellos fundamentos que no son cuestionados ni cuestionables, y por lo tanto que son repetidos como verdades dentro de la ciencia sin ser verificados por las investigaciones que toman esa información como cierta. Tomando la idea de discurso fundacionista de Scott. Cfr. SCOTT, Joan W. «Experiencia.» Editado por Moisés Silva. *La Ventana*, nº 13, 2001. Considero que se ha trasladado a la literatura científica, incluso la crítica la idea de que los conquistadores británicos desconocían la existencia de población en la isla, cuando esto ya ha sido desmontado por la literatura crítica a través de documentos históricos que no era cierto. En este sentido, Liliana DA COSTA y Rosa LÓPEZ DE D’AMICO, no se hacen cargo de esta crítica a la historia colonial de Australia, y repiten en su trabajo *Maltrato en las Poblaciones Indígenas Australianas: Racismo* del año 2005, publicado en *Dialógica: revista multidisciplinaria* (1) “la

como menciona HARRIS, se encuentra también en la innovadora argumentación que emplea Gran Bretaña, alegando que la población indígena nunca había poseído realmente la tierra ni la había transformado por medio de su trabajo¹²³⁰; este hecho introdujo la idea de que los “europeos tienen derecho a colonizar el mundo, de transformar las tierras desperdiciadas para un uso mejor y someter y repoblar la tierra¹²³¹”. Para HARRIS la aplicación de la doctrina de *terra nullius* es el primer ejemplo de la intención de borrar a los Pueblos Aborígenes del paisaje australiano¹²³², y esto se consigue con una asimilación de las personas Aborígenes con la flora y la fauna¹²³³, lo que en el contexto latinoamericano fue definido como bestialización¹²³⁴.

2. Desarrollo de la colonización británica de Australia

La conquista del territorio australiano va avanzando en paralelo a la necesidad de establecer asentamientos de población privada de libertad, práctica habitual de la política colonial británica¹²³⁵. Como se ha indicado, la primera colonia penal estuvo a cargo del Capitán Arthur Phillip, que según indica EMANUELA APPETITI llegó en enero de 1788 a Botany Bay con su tripulación de convictos, pero debido a la apertura de esta bahía, se trasladó unos pocos kilómetros al norte, a Port Jackson, donde hoy se encuentra Sídney¹²³⁶. Esta primera colonia penal no fue suficiente, dado que las necesidades de la metrópolis eran crecientes en demanda de espacio para ubicar la

colonización británica se inició con la creencia de que el continente estaba inhabitado y la posesión de las tierras se llevó a cabo con la doctrina de *Terra Nullius*”, expresión latina que significa que la tierra no pertenecía a nadie, cfr. DA COSTA, Liliana y Rosa LÓPEZ DE D’AMICO. «Maltrato en las poblaciones indígenas australianas: racismo.» *Dialócia: revista multidisciplinaria*, nº 1, 2005, p. 90.

¹²³⁰ HARRIS, Mark. «Los australianos indígenas... *op. cit.*, p. 15.

¹²³¹ Esta idea es original de Reynolds, a quien cita literalmente HARRIS, Mark. «Los australianos indígenas... *op. cit.*, p. 14.

¹²³² HARRIS, Mark. «Los australianos indígenas... *op. cit.*, p. 14.

¹²³³ Goodall en, CARRINGTON, Kerry, y Russell HOGG. «Decostructing Criminology’s... *op.cit.*, p. 11.

¹²³⁴ Véase el epígrafe: Guerra de conquista, deshumanización y bestialización en la página 65.

¹²³⁵ La práctica de enviar personas condenadas en tribunales británicos, a colonias, fue habitual, llevándose a cabo esta práctica por parte de Gran Bretaña además de en Estados Unidos, en las Bermudas (1824-1863), Gibraltar (1842-1875), Malvinas (1826-1831), Guyana Británica, India Británica y sus estrechos (Singapur, Malaca Penang (1797-1867), Islas Andamán (1858-1910). Esta práctica de también fue empleada por Francia, quien envió personas condenadas a la Guayaba francesa, se estima que unas 80.000 personas entre los años 1852 y 1938, a el Pacífico Sur, unas 22.000 personas entre los años 1864 y 1897. España, también envió personas condenadas a Cuba, México, Filipinas y Marruecos. Rusia, además de enviar a personas condenadas a Siberia, también entre los años 1850 y 1917 envió a personas condenadas a la isla Sakhalin en el Pacífico CARRINGTON, Kerry, y Russell HOGG. «Decostructing Criminology’s... *op.cit.* p. 8.

¹²³⁶ En este sentido PALACIOS L., Juan José. «Australia... *op.cit.*, p. 5 y APPETITI, Emanuela. «Black... *op. cit.*, p. 388.

delincuencia que se quería sacar de la isla, lo que empujó la expansión de las colonias penales o colonias penitenciarias. Arthur Phillip instalaría una segunda colonia de alta seguridad en la isla de Diemen's Land¹²³⁷, en aquel momento perteneciente al territorio de Nueva Gales del Sur, del cual se separa en 1825, y hoy conocemos con el nombre de Isla de Tasmania¹²³⁸. El envío de personas criminales condenadas en tribunales británicos y sus familias se desarrolló entre los años 1788 y 1868; esto implica que estuvo vigente durante 80 años, durante los cuales se enviaron 160.000 personas a las colonias australianas. Esta práctica, indican CARRINGTON y HOGG, no solo respondía a una gestión de la masificación británica, sino que también se corresponde con un momento donde las medidas penales más antiguas, como la pena de muerte o los castigos corporales caían en descrédito; por ello, sostienen que este hecho debería ser de especial interés para la criminología, que sin embargo hasta la fecha no se ha ocupado comparativamente con el mismo entusiasmo que el de otros temas¹²³⁹, lo que CARRINGTON y HOGG vinculan con una dependencia de la criminología australiana del «pensamiento metropolitano»¹²⁴⁰ –lo que en el contexto de la teoría decolonial

¹²³⁷ PALACIOS L, Juan José. «Australia... *op.cit.*, p. 5.

¹²³⁸ La cronología total de la conquista del territorio australiano va avanzando en paralelo a la necesidad de establecer asentamientos de población, así se fundan Australia Occidental (Western Australia), colonial británica desde el año 1829. Y se va fragmentando Nueva Gales del Sur, en 1834, se divide el territorio conocido como Australia Meridional (South Australia); en 1851, se produce la declaración de la colonia de Victoria. Y el sexto estado que se constituye como colonia británica en 1859 es Queensland.

¹²³⁹ CARRINGTON, Kerry, y Russell HOGG. «Deconstructing Criminology's... *op.cit.*, p. 11.

¹²⁴⁰ El concepto de «pensamiento metropolitano» es acuñado por la feminista trans australiana Raewyn Connell, profesora de sociología en la Universidad de Sydney y especialista en teoría del Sur, género, sexualidad, masculinidad y neoliberalismo. Con este concepto Raewyn Connell hace referencia a la importación, que los países del Sur, constituidos como periferia del Norte, de la metrópolis, hacen de las teorías científicas y en concreto de las teorías sociales de Norte. Sostiene la autora que esta importación de las teorías sociales del Norte se hace desde el convencimiento de que son más modernas y ayudaran a un mejor desarrollo de los países del Sur, a imitación del desarrollo que han experimentado las sociedades del Norte. Desde este convencimiento son aplicadas directamente, sin realizarse una reflexión sobre las características de las sociedades del lugar de donde proceden, y lo más importante, sobre cuáles son los problemas y el origen de los mismos en las sociedades del Sur. Esta aplicación casi automática lleva aparejadas diversas consecuencias. En primer lugar, implica un desprecio a la producción científica y la creación de ideas que se generan en las propias sociedades del Sur, para afrontar las propias problemáticas. En segundo lugar, contribuye a la invisibilización de la historia y los problemas que han vivido estas sociedades, como los baños de sangre, fruto de las conquistas, la destrucción de sus relaciones sociales y todo el despojo al que fueron sometidas desde la metrópolis para la creación del mundo actual. Es interesante poner en relación la creación conceptual que realiza Connell en Australia con la elaborada por la teoría decolonial de América. Connell citada en CARRINGTON, Kerry, Russell HOGG, y Máximo SOZZO. «Southern criminology.» *British Journal of Criminology* 1, nº 56, 2016, pp. 1-5. Estableciendo un punto de vista comparativo con la teoría decolonial, este concepto tiene su equivalente al ya mencionado *colonialidad del saber* (*supra. Pág.*), acuñado por Edgar Lander para referirse a las formas de dominio colonial/imperial, donde el eurocentrismo funciona como un locus epistémico desde el cual se erige un modelo de conocimiento que, por un lado, universaliza la experiencia local europea como modelo normativo a seguir y, por otra, designa sus dispositivos de conocimiento como los únicamente válidos.

podemos equiparar a la colonialidad del saber o dispositivos colonizadores del saber por EDGAR LANDER¹²⁴¹— y una agenda eurocéntrica y no oceánica¹²⁴².

En el avance colonial en Australia, al igual que en otros territorios que fueron conquistados por potencias occidentales, la violencia desempeñó un papel clave¹²⁴³. El desposeimiento de los Pueblos Aborígenes de sus tierras fue denominado por los colonos británicos como guerra de conquista¹²⁴⁴. Durante la misma se produjeron asesinatos masivos, una de las técnicas de guerra que se empleó para ello fue la distribución de harina envenenada¹²⁴⁵, segregación forzada, vigilantismo y posteriormente una variedad de formas de acción administrativa discriminatoria y opresiva¹²⁴⁶. Además, a esto hay que sumar el gran impacto que tuvo el choque de civilización, no solo en términos culturales sino también sanitarios. La población Aborigen empezó a contraer enfermedades que se convirtieron en pandemias cobrándose numerosas vidas, o generando enfermedades crónicas como fue la adicción al alcohol¹²⁴⁷. Esta situación contribuyó a afianzar la idea de que las Poblaciones Aborígenes australianas terminarían por extinguirse, lo que reforzaba la idea de la supremacía del hombre blanco.

Una vez que el hombre blanco se hizo con el control de los territorios, se abrieron paso las disputas de poder entre los propios hombres blancos sobre el dominio de Australia, y la relación de dependencia política con la metrópolis cada vez será más cuestionada. Uno de los puntos álgidos en estas disputas de poder de las personas occidentales, se produce en los años ochenta del siglo XIX cuando ganó peso la idea de unir a todas las colonias en una misma federación. Las principales razones que se esgrimían para ello fueron, en primer lugar, lograr una protección eficaz del territorio; en segundo lugar, contener la inmigración procedente de China y de las islas del océano Pacífico; tercero, construir un sistema de transporte (especialmente ferroviario) uniforme, pues cada colonia estaba desarrollándolo con un ancho de vía diferente, lo

¹²⁴¹ En este sentido, Lander, Edgardo. «Ciencias sociales: saberes coloniales y eurocentrismo.» En *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*, editado por Edgardo Lander, 4-23. Buenos Aires: CLASCSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2000.

¹²⁴² CARRINGTON, Kerry, y Russell HOGG. «Decostructing Criminology's... *op.cit.*

¹²⁴³ *Ibid.*, p. 11.

¹²⁴⁴ HARRIS, Mark. «Los australianos indígenas... *op. cit.*, p. 14.

¹²⁴⁵ *Ibid.*, p. 14.

¹²⁴⁶ Cowlshaw, citada en CARRINGTON, Kerry, y Russell HOGG. «Decostructing Criminology's... *op.cit.*, p. 11.

¹²⁴⁷ HARRIS, Mark. «Los australianos indígenas... *op. cit.*, p. 14.

cual dificultaba enormemente el transporte de personas y bienes (y con ello el comercio); cuarto, establecer reglas comunes para conseguir un mercado común, eliminando las aduanas; y quinto, encauzar el sentimiento de orgullo nacional que había empezado a formarse a finales del siglo XIX, pues en esta época el número de nacidos en territorio australiano ya superaba el número de británicos emigrantes (voluntarios o personas condenadas a penas privativas de libertad), de tal forma que los habitantes de las colonias ya empezaban a considerarse a sí mismos algo distinto de los británicos.

El proceso de construcción de la Federación no fue sencillo debido a las rivalidades y luchas de poder internas entre diferentes estados y el temor de las colonias menos pobladas de tener un estatus inferior, por ello se tardó 20 años en llegar a un texto constitucional apoyado por todas las colonias y que fue votado en referéndum y aprobado en cada una de ellas. Una vez se consigue la unidad de las diferentes colonias, el problema se plantea respecto de la metrópolis, al formar cada una de ellas parte del Imperio Británico. En razón de esto, la Federación Australiana fue creada con una norma del parlamento británico, la Commonwealth of Australia Constitution Act de 1900, que entró en vigor el 1 de enero de 1901. A partir de este momento, lo que habían sido colonias británicas independientes unas de otras pasan a convertirse en Estados de una nueva nación australiana, la cual mantiene un modelo político y judicial heredero de la metrópolis.

3. Políticas gubernamentales de aniquilación, desarraigo, asimilación y discriminación de género

La conformación de Australia se hizo sobre la base de una profunda ideología racista que se plasmó en el trato otorgado por su legislación a los Pueblos Aborígenes e Isleños del Estrecho de Torres. El primer objetivo británico fue extinguir a los AIET; sin embargo, dado que con el paso de los años esto no se consiguió, las diferentes administraciones tuvieron que diseñar legislaciones que neutralizaran el riesgo de la existencia de otra cultura diferente a la hegemónica en territorio australiano. En este sentido, es necesario nombrar las estrategias de exclusión racistas que las diferentes administraciones australianas, tanto federales como estatales, implementaron con el objetivo de construir una Australia blanca.

3.1. Generación del sentimiento de desprecio e inferioridad a las personas Aborígenes

La diferente literatura especializada recoge tópicos de discriminación asentados en la supremacía del ‘hombre blanco’ respecto de las personas pertenecientes a los Pueblos Aborígenes e Isleñas del Estrecho de Torres. En este sentido me interesa reproducir a continuación algunos de los discursos fundantes del racismo australiano, por contener estereotipos que también aparecen en el racismo chileno para referirse a la población mapuche¹²⁴⁸. Este discurso se convierte, por tanto, en una especie de arma de guerra psicológica que se usa con el mismo fin, en diferentes latitudes.

LILIANA DA COSTA y ROSA LÓPEZ DE D’AMICO¹²⁴⁹, señalan que las poblaciones Aborígenes e Isleña del Estrecho de Torres han sufrido maltrato verbal y físico. La existencia de maltrato verbal se aprecia en los chistes racistas, la consideración por parte de las personas de origen británico de que el Aborígen e Isleño era incivilizado e inhumano; no estaban considerados como ciudadanos, y se decía de la población AIET que era una buscapleitos, asesina y salvaje, una raza débil que debía obedecer, seguir las reglas y leyes impuestas por las colonias inglesas¹²⁵⁰. Por su parte RAMONA VIJEYARASA indica que las personas AIET etiquetadas como “pura sangre” eran consideradas moribundas, de cultura inferior e incapaz de sobrevivir al contacto con civilizaciones más avanzadas¹²⁵¹.

Este imaginario racista está inserto especialmente en personas con cargos de poder; un caso lamentable es el del director de Asuntos Nativos de Australia Occidental de 1915 a 1940, O. Neville, quien en 1947 publica su libro *Australia’s Coloured Minority* (La minoría de color australiana). En este libro Neville se refiere a la «raza de aborígen media casta» como indolentes, desordenados e inmorales. Y desde el racismo científico justifica su programa de reproducción selectiva, con el que trata de evitar que, por seguridad para Australia, la raza media casta se siga reproduciendo. Apuesta el autor por minimizar los matrimonios entre Aborígenes mestizos, de los que escribía “dos de

¹²⁴⁸ En Chile, es común escuchar respecto de las personas Mapuches que son flojas, borrachas, negras.

¹²⁴⁹ Estas autoras no establecen una diferencia dentro de las poblaciones originarias en Australia, refiriéndose a todas las personas como Aborígenes. Práctica universalizadora que no tiene en cuenta las diferencias entre Aborígenes y personas Isleñas del Estrecho de Torres. La doble referencia a ambos pueblos es de mi autoría.

¹²⁵⁰ DA COSTA, Liliana y Rosa LÓPEZ DE D’AMICO. «Maltrato... *op. cit.*, pp. 91-92.

¹²⁵¹ VIJEYARASA, Ramona. «Enfrentando la historia... *op. cit.*, p. 132.

raza mezclada producirán niños de sangre similar y no de un cuarto de sangre como muchos piensan, y por tanto se requiere la adición de más sangre blanca para alterar la proporción y producir el cuarterón”¹²⁵².

3.2. Creación de reservas

La creación de reservas surge a medida que se conquistaban nuevos territorios por la necesidad de ganar espacio para los colonos. Como consecuencia a los Pueblos Aborígenes e Isleños del Estrecho de Torres se les privó del acceso y del uso de sus tierras ancestrales, elemento esencial a nivel simbólico, pero también económico de la sociedad. Esto aceleró la desaparición de las formas de vida y roles de las poblaciones AIET tradicionales¹²⁵³.

Las reservas, en un primer momento están en manos de misiones religiosas, pero posteriormente se crean también reservas gubernamentales¹²⁵⁴. En las reservas gestionadas por las misiones, indica MARK HARRIS, a las personas AIET se les maltrataba psicológicamente haciéndoles creer que eran personas inferiores, en un proceso de descultura¹²⁵⁵ que se basa en demostrar la supremacía blanca a través de conocimientos sanitarios occidentales para el tratamiento de las enfermedades que la propia población británica introdujo en la isla, y también del ofrecimiento de alimento cuando presentaban signos de desnutrición, una de las causas de muerte habituales¹²⁵⁶. La situación de las reservas en manos gubernamentales es todavía peor; indica HARRIS que el trato que en estos lugares reciben las personas AIET es brutal, utilizando la literatura especializada la categoría de «campos de concentración» para referirse a la realidad vivida por las personas cercadas en estas reservas. Las personas Aborígenes e Isleños del Estrecho de Torres en las reservas del gobierno viven en condiciones

¹²⁵² La cita original de Neville, se puede leer en HARRIS, Mark. «Los australianos indígenas... *op. cit.*, pp. 15-16

¹²⁵³ OCHOA SOTO, Igor. «La mujer aborígen... *op. cit.*, p. 104.

¹²⁵⁴ HARRIS, Mark. «Los australianos indígenas... *op. cit.*, p. 15.

¹²⁵⁵ MARK HARRIS, al igual que DA COSTA y LÓPEZ DE D'AMICO, tampoco establece una diferencia terminológica al hablar de los pueblos precolonización en Australia. La doble referencia a ambos pueblos es de mi autoría. HARRIS, Mark. «Los australianos indígenas... *op. cit.*, p. 15.

¹²⁵⁶ *Ibíd.*, p. 14.

opresivas, sus chozas están por debajo del estándar, se racionaba la cantidad de alimento y el capataz blanco sometía a estas personas a frecuentes castigos¹²⁵⁷.

3.3. Generaciones robadas. Política de reducción, desarraigo y asimilación

Las políticas de reducción, desarraigo y asimilación se planificaron, aplicaron y posteriormente legalizaron y regularizaron tanto desde el Gobierno Federal como desde los Gobiernos Estatales. Esta forma de primero aniquilación y luego asimilación se fue diseñando a medida que se superó la creencia del siglo XIX de que los Pueblos Aborígenes australianos estaban condenados a la extinción¹²⁵⁸. Como indicador de la preocupación de la supervivencia de los Pueblos AIET por parte del hombre blanco, se pueden revisar las actas de la Conferencia de la Comunidad de Naciones y de los Estados para el Bienestar de los nativos de 1937 la cual resolvió: “esta conferencia cree que el destino de los nativos de ascendencia aborígen, pero no de sangre pura, reside en su absorción final por parte del pueblo de la Comunidad de Naciones”¹²⁵⁹. Con este objetivo de asimilar por la cultura hegemónica a las personas pertenecientes a los pueblos originarios, las diversas administraciones australianas elaboraron y aplicaron diversos modelos de políticas de asimilación.

La política de asimilación se desarrolla entre los años 1910 y 1970/1980¹²⁶⁰. Si contextualizamos estas fechas en el plano internacional, es necesario mencionar que tanto Reino Unido como Australia participaron en ambas guerras mundiales activamente. Incluyo esta referencia a ambos países, porque como después se indicará, Australia no se independiza totalmente de Reino Unido hasta 1986. Especial referencia quisiera hacer a la participación en la segunda contienda mundial, donde en la fila de los aliados, lucharon para liberar Europa del fascismo alemán y sus prácticas genocidas contra las personas judías, gitanas, gays, lesbianas y trans. Hay que recordar también

¹²⁵⁷ HARRIS, Mark. «Los australianos indígenas... *op. cit.*, p. 15.

¹²⁵⁸ *Ibíd.*, p. 14.

¹²⁵⁹ Citado por Wilson, R (1997) *Bringng them Home: Repor of the National Inquiry into the Separation of Aboriginal and Torres Strait Islander Children from their Parentes*, HREOC, Sydney, p. 32, en HARRIS, Mark. «Los australianos indígenas... *op. cit.*, p. 16.

¹²⁶⁰ Sobre el marco de delimitación temporal que apuesta por indicar que la política de desarraigo finaliza en 1980 y no en 1970 véase: HARRIS, Mark. «Los australianos indígenas... *op. cit.*, p. 20 y VIJEYARASA, Ramona. «Enfrentando la historia... *op. cit.*, p. 129.

que en 1945 se fundan las Naciones Unidas y en 1948 se firma la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de la que ambos países son firmantes.

Sin embargo, mientras en el plano internacional ambos países condenaron las violaciones de Derechos Humanos del nazismo y el genocidio, la práctica gubernamental respecto de la población Aborigen e Isleña del Estrecho de Torres, fue de violación sistemática de los Derechos Humanos y se consideró además en el año 1997 como genocida en el informe nacional *Bringing them Home. Report of the National Inquiry into the Separation of Aboriginal and Torres Strait Islander Children from Their Families*.

La estrategia de asimilación se inicia en la primera década del siglo pasado, y consiste en la aprobación y aplicación de medidas legislativas, que otorgan los derechos de custodia y protección sobre la población AIET menor de 16 años o de 21 años en todos los Estados de Australia e Islas del Estrecho de Torres, a excepción de Tasmania¹²⁶¹. El objetivo de este marco legal siguiendo a RAMONA VIJEYARASA fue separar a los Pueblos Aborígenes e Isleños del Estrecho de Torres como una minoría diferente dentro de la sociedad australiana. En cumplimiento de esta normativa, oficiales de policía y otros tipos de funcionariado estatal sacaban de sus madres, familias y comunidades a bebés, niños y niñas, que se enviaban a instituciones del gobierno, misiones religiosas o familias blancas, siguiendo una arbitraria categoría de «castas» que dividía a las personas en dos grupos, sangre pura y media casta. Se establecieron destinos diferentes en función del color de la piel de cada persona. Si estas eran vistas como demasiado negras para ser asimiladas por la sociedad blanca, eran enviadas a las reservas de las misiones o a las estancias del gobierno, que fueron comparadas por las condiciones de vida que en ellas se daban con campos de concentración nazis. La niñez suficientemente blanca era considerada media casta, y su destino era la dispersión a lo largo de Australia en los denominados sitios de aprendizaje u hogares blancos, donde eran explotados como sirvientes domésticos o aprendices. Para asegurar el éxito del desarraigo, la legislación impedía el contacto entre las personas integrantes de la familia, con el objetivo de evitar que las madres y padres trataran de recuperar a sus criaturas¹²⁶²¹²⁶³. Esto entregaba el absoluto control de la vida de las

¹²⁶¹ VIJEYARASA, Ramona. «Enfrentando la historia... *op. cit.*, p. 129.

¹²⁶² *Idem*.

¹²⁶³ HARRIS, Mark. «Los australianos indígenas... *op. cit.*, p. 15.

personas al gobierno¹²⁶⁴. Es necesario indicar como señala VIJEYARASA que las personas que fueron etiquetadas como media casta, eran niñas y niños nacidos de madres AIET después de encuentros sexuales, a veces pasajeros, otros de violación ocasionales o permanentes, o incluso dentro del matrimonio, con hombres europeos, chinos o isleños del Pacífico¹²⁶⁵.

Los Pueblos Aborígenes e Isleños del Estrecho de Torres se resistieron al desarraigo familiar. Vivían en el más profundo miedo a la llegada de soldados que les podían quitar a sus hijas e hijos. Como estrategia de resistencia de las familias a esta vulneración de sus Derechos Humanos perpetrada por el Estado, las familias ocultaban a sus hijas e hijos, en especial si tenían la piel más blanca, —porque eran los primeros en ser retirados—, o les ensuciaban la piel para ocultar su verdadero color, con la intención de que el Estado no se los arrebatara¹²⁶⁶.

No se conoce el número exacto de familias que sufrieron desarraigo, por varios motivos. El primero de ellos es que no era obligatorio documentar el desarraigo. En segundo lugar, de los casos que sí fueron documentados, se han perdido, dañado o destruido los registros con el paso de los años¹²⁶⁷. Sin embargo, el Secretario para el Cuidado Infantil de Aborígenes Nacionales e Isleños (SNAICC, por sus siglas en inglés) señaló que “no hay una sola familia aborígen a la que no haya afectado esta política”¹²⁶⁸. HARRIS recupera en su estudio cifras aportadas por diferentes investigaciones, que se ocupan del periodo 1919 a 1970, en las que se habla de que uno de cada tres o uno de cada diez niños y niñas Aborígenes fueron desarraigados a la fuerza de sus familias; otras investigaciones estiman que podrían llegar a ser 50 mil. Esta política asimilacionista, tuvo un impacto desastroso en las familias y en las comunidades de las que fueron desarraigados, hablándose hoy de *stolen generations* que podemos traducir como «generaciones robadas»¹²⁶⁹.

Como respuesta a la presión ejercida por diversos actores desde finales de los años 80, la «política de asimilación» australiana fue investigada por diferentes comisiones gubernamentales. La Real Comisión para la Investigación de las Muertes Aborígenes

¹²⁶⁴ Ibid.

¹²⁶⁵ VIJEYARASA, Ramona. «Enfrentando la historia... *op. cit.*, p. 132.

¹²⁶⁶ HARRIS, Mark. «Los australianos indígenas... *op. cit.*, p. 16.

¹²⁶⁷ Ibid., p. 17.

¹²⁶⁸ Idem.

¹²⁶⁹ Idem.

bajo Custodia (RCIADIC, por sus siglas en inglés), creada en 1987 para investigar las muertes de Aborígenes en prisiones, celdas policíacas y bajo arresto durante el periodo 1980 a 1989, recopiló evidencias durante los años 1989 y 1991 y concluyó que, de las 99 muertes de Aborígenes bajo custodia, 43 habían experimentado desarraigo durante la niñez de sus familias, por medio de intervención del gobierno, de misiones u otras instituciones¹²⁷⁰. Será durante el gobierno federal laboralista del Primer Ministro Paul Keating (1991-1996) cuando se pongan en marcha las medidas de investigación de la política asimilacionista australiana. En 1995, se publica un informe del Secretario del Servicio Legal para los Aborígenes Nacionales e Isleños (NAILL, por sus siglas en inglés), donde se establece una relación directa entre el trauma de una infancia y vida en desarraigo y las probabilidades de vivir en una puerta giratoria entre la policía, hospitales, prisiones y diversas instituciones del Estado¹²⁷¹. Y también en este año la Comisión de Derechos Humanos e Igualdad de Oportunidades cuyo nombre original es *Human Rights and Equal Opportunity Commission* (en adelante HREOC, por sus siglas en inglés) dependiente de la Commonwealth of Australia, esto es, el Gobierno Federal, impulsa una Investigación Nacional sobre las *Stolen Generations*, (Generaciones Robadas), cuyos objetivos son en primer lugar determinar el número de personas que sufrieron desarraigo, preguntando directamente a los AIET cómo habían sido afectados y qué debía hacerse para resarcirlos, y en segundo lugar, evaluar si las políticas de desarraigo o separación pueden ser definidas como genocidio según el Artículo II(e) de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de Naciones Unidas¹²⁷².

El trabajo de esta Investigación Nacional, que puede ser descrito como una «comisión histórica de la verdad»¹²⁷³, se hará público en abril de 1997, siendo ya Primer Ministro el conservador John Howard, quien se mantendrá en el cargo hasta 2007. El informe elaborado se tituló *Bringing them Home. Report of the National Inquiry into the Separation of Aboriginal and Torres Strait Islander Children from Their Families*¹²⁷⁴. En él se recogen las evidencias que demostraban que estas niñas y niños fueron sometidos a: explotación como mano de obra barata, una educación muy

¹²⁷⁰ HARRIS, Mark. «Los australianos indígenas... *op. cit.*, p. 18.

¹²⁷¹ Cita recopilada en HARRIS, Mark. «Los australianos indígenas... *op. cit.*, p. 18.

¹²⁷² VIJEYARASA, Ramona. «Enfrentando la historia... *op. cit.*, pp. 129-128.

¹²⁷³ *Ibid.*, p. 130.

¹²⁷⁴ Véase ampliamente: Human Rights and Equal Opportunity Commission. Commonwealth of Australia. «Bringing them home. Report of the National Inquiry into the Separation of Aboriginal and Torres Strait Islander Children from Their Families. » Australia, 1997.

elemental, abusos físicos y sexuales en especial en el caso de las niñas¹²⁷⁵, disuasión para no buscar a sus familias, y se les enseñó a rechazar su cultura y a los Pueblos Aborígenes e Isleños del Estrecho de Torres. Indica también el Informe que como consecuencia del desarraigo se produce una importante ruptura de la transmisión de la cultura aborígen y una institucionalización de la juventud Aborígen¹²⁷⁶. Las personas que sufrieron desarraigo reproducen conductas autodestructivas y daños autoprovocados, como: depresión, tendencia al suicidio, consumo de alcohol y otras sustancias y falta de autoestima¹²⁷⁷. En el caso de las «madres silenciadas», indica el Informe que presentan también niveles traumáticos extremos. Se ha criticado como deficiencia que el informe no incorporó mecanismos para recopilar el sentimiento de trauma y culpa que sentían las madres y padres al no poder relatar sus historias a sus hijas e hijos, siendo la transmisión oral elemento clave de las culturas AIET¹²⁷⁸. La HREOC, ocupa la expresión “generaciones robadas” para todas esas familias que fueron separadas. Y sostiene que la política de desarraigo y asimilación encaja en la definición de genocidio de la Convención para la Prevención la Sanción del Delito de Genocidio¹²⁷⁹, ratificada por Australia en 1949, cuyo tenor del artículo dos indica lo siguiente:

Se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal: a) Matanzas de miembros del grupo; b) Lesiones graves a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.

¹²⁷⁵ Ramona VIJEYARASA indica que “Casi uno de cada diez niños y algo más de una de cada diez niñas declararon haber padecido abuso sexual en una institución infantil, uno de cada diez niños y tres de cada diez niñas declararon haber padecido abuso sexual en el lugar o lugares de adopción y una de cada diez niñas declaró haber padecido abuso sexual en alguna organización laboral elegida por la Junta de protección” destaca la autora que es necesario no seguir generando más “víctimas silenciadas” y apuesta por la creación de medios que permitan a las víctimas contar su historia de abuso VIJEYARASA, Ramona. «Enfrentando la historia... *op. cit.*, pp. 135-136.

¹²⁷⁶ HARRIS, Mark. «Los australianos indígenas... *op. cit.*, p. 18.

¹²⁷⁷ *Ibíd.*, p. 19.

¹²⁷⁸ VIJEYARASA, Ramona. «Enfrentando la historia... *op. cit.*, pp. 135 y 140.

¹²⁷⁹ Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en resolución 260 A (III), de 9 de diciembre de 1948. Entró en vigor el 12 de enero de 1951, de conformidad con el artículo XIII. Y Australia la ratificó el 12 de julio de 1949, en la Genocide Convention Act 1949, No. 17, 1949, en línea <https://www.legislation.gov.au/Details/C1949A00027> (consultado el 12 de agosto de 2017).

En base a estos antecedentes la HREOC concluyó que las autoridades no habían cumplido con el deber de cuidado e incluyó 54 recomendaciones al gobierno australiano¹²⁸⁰, que podemos agrupar en tres categorías: (1) Reparaciones monetarias para las personas y familias víctimas del desarraigo forzoso, y una categoría especial de reparación monetaria para aquellas personas que además han sido víctimas de abuso físico, sexual y psicológico; (2) La creación de servicios legales, médicos, psicológicos y otro tipo de cuidados para atender a las familias y proporcionar tratamiento especializado para sus traumas, y que esto se haga mediante servicios culturalmente apropiados, dado que la aplicación de perspectivas anglo-australiana refuerza la discriminación a la que ya están sometidas las personas AIET¹²⁸¹; (3) Disculpas públicas de las diferentes agencias (iglesia, policía y parlamentos australianos) que habían participado en el desarraigo.

En la medida en que se ha probado el incumplimiento del deber de cuidado por parte del Estado sobre las personas en edad infantil y juvenil que tenía a su cargo, en un informe, recordemos, dirigido por el Gobierno Federal, donde además se recomiendan medidas reparatorias, cabe plantearnos, ¿qué medidas de reparación se han implementado por el Gobierno Federal para reparar a las víctimas desarraigadas y a sus familias? En este sentido, señalan tanto HARRIS como VIJAYARASA que el Gobierno Federal —en manos de la Coalición Liberal integrada por el *Liberal Party* y el *National Party of Australia*, ambos de ideología conservadora— perdió una oportunidad de reparar a las víctimas al no aplicar las recomendaciones, y se opuso a ofrecer una disculpa pública a pesar de la presión que desde los gobiernos estatales se hizo para ello. Refiriéndonos al periodo 1996 a 2007, el Primer Ministro John Howard negó durante todos sus mandatos el ofrecimiento de disculpas públicas por el temor a que esto pudiera asimilarse a admitir la culpa, lo que favorecería acciones legales de compensación. Considera HARRIS que detrás de esta negativa subyace algo más que un análisis económico¹²⁸². Indica el autor que existen dos discursos enfrentados, que despliegan sus consecuencias a nivel federal y estatal. El ala conservadora justifica que la separación de las niñas y niños de su familia responde a la intención del Estado de velar por su interés¹²⁸³ y que su intención no era exterminar a los Pueblos Originarios,

¹²⁸⁰ HARRIS, Mark. «Los australianos indígenas... *op. cit.*, pp 19-20.

¹²⁸¹ VIJAYARASA, Ramona. «Enfrentando la historia... *op. cit.*, p. 134.

¹²⁸² HARRIS, Mark. «Los australianos indígenas... *op. cit.*, p. 21.

¹²⁸³ Cita de Wilson, en HARRIS, Mark. «Los australianos indígenas... *op. cit.*, p. 20.

sino su preservación¹²⁸⁴. Además, el número de personas desarraigadas es insuficiente para justificar ser llamada una generación¹²⁸⁵. En contraposición, las posturas progresistas consideraban que el objetivo predominante de los desarraigos de las familias AIET era la absorción o asimilación individualizada en una comunidad no Aborigen más amplia, de modo que sus identidades étnicas y valores culturales únicos desaparecieran¹²⁸⁶.

Los gobiernos estatales de Australia Occidental, Australia del Sur, Victoria, Tasmania y Nueva Gales del Sur adoptaron resoluciones apoyando el ofrecimiento de una disculpa pública a las generaciones robadas por parte del Gobierno Federal¹²⁸⁷. Ante la presión, el Gobierno Federal optó por una postura intermedia, que se hizo pública el 26 de agosto de 1999, cuando el Primer Ministro John Howard propone una Moción de Reconciliación ante el Parlamento, ofreciendo una declaración de pesar, pero no de disculpa, en un intento de reafirmar el compromiso de reconciliación del gobierno australiano¹²⁸⁸. No será hasta febrero de 2008, coincidiendo con la apertura de la 42ª legislatura federal, que se realicen los primeros actos desde el Parlamento Federal por la reconciliación. El 12 de febrero se realiza la ceremonia Aborigen para dar la bienvenida a las personas extranjeras, denominada *Welcome to Country Ceremony*, la cual es llevada a cabo por Matilda House Williams, anciana del clan *Ngamberi Ngunnawals* sobre cuyas tierras en Canberra se erige el parlamento. El segundo gesto se produce al día siguiente, siendo ya Primer Ministro el laboralista Kevin Rudd, quien pronunciará una petición de perdón desde el Parlamento Federal a las generaciones robadas¹²⁸⁹, nueve años después de la publicación del citado informe *Bringing them Home. Report of the National Inquiry into the Separation of Aboriginal and Torres Strait Islander Children from Their Families*. OCHOA SOTO considera que la ceremonia de bienvenida y la petición de perdón por las atrocidades cometidas, pueden considerarse símbolos de reconciliación por medio de los cuales culminan públicamente la integración de la población Aborigen e Isleña del Estrecho de Torres en el Estado australiano contemporáneo, basado en el multiculturalismo, en un gesto por reforzar la idea de no

¹²⁸⁴ HARRIS, Mark. «Los australianos indígenas... *op. cit.*, p. 21.

¹²⁸⁵ Cita de John Herron, Ministro Federal para los Asuntos Aborígenes en 2000, recopilada en HARRIS, Mark. «Los australianos indígenas... *op. cit.*, p. 21.

¹²⁸⁶ HARRIS, Mark. «Los australianos indígenas... *op. cit.*, p. 21.

¹²⁸⁷ *Ibid.*, p. 21.

¹²⁸⁸ VIJEYARASA, Ramona. «Enfrentando la historia... *op. cit.*, p. 134.

¹²⁸⁹ OCHOA SOTO, Igor. «La mujer aborigen... *op. cit.*, p. 105.

discriminación por razón racial y también de género, promovida por las instituciones¹²⁹⁰.

En Australia no se ha establecido un proceso judicial específico para los casos de familias desarraigadas. Esto significa que cada persona afectada debe ir con su caso particular a litigar. Este sistema coloca la carga de la prueba en la persona que sufrió el daño, y permite al Gobierno Federal australiano que se defienda de las demandas en su contra, probando que la separación fue realizada por el bien de cada persona en concreto¹²⁹¹. La respuesta de los tribunales en un primer momento fue presentada a través de casos concretos ante los tribunales, donde se denunció al Gobierno Federal. En estos casos, el Gobierno Federal se defendió y negó que las políticas de asimilación fueran perjudiciales. El resultado fue que ninguno de estos casos se ha resuelto con éxito hasta el momento para las partes Aborígenes e Isleñas del Estrecho de Torres. El criterio de los Tribunales fue considerar que no existen pruebas significativas para demostrar el desarraigo. Además, entienden que la *Commonwealth* no es el sujeto contra el que hay que dirigir la acción judicial, sino que ésta debe dirigirse contra personas concretas. El problema de ello es que estas personas concretas ya no están con vida, junto al hecho de que el desarraigo se producía bajo un marco legal, aun cuando en la actualidad el mismo se juzgue como inhumano¹²⁹².

3.4. Discriminación de género en el discurso colonial en Australia

Las mujeres Aborígenes e Isleñas del Estrecho de Torres estuvieron sometidas, como indica OCHOA SOTO, a un “factor importante de discriminación y exclusión multidimensional”¹²⁹³: el etnocentrismo británico asentado en la ideología racista, patriarcal y cristiana. Los colonizadores británicos aplicaron el patriarcado también a las culturas AIET, poniendo por ello a la mujer en un segundo plano respecto del hombre, estableciéndose una doble discriminación, racial y de género, que se concretó en la privación del derecho al uso y posesión de las tierras. Esto trajo graves consecuencias económicas, políticas, sociales y religiosas para las mujeres, que terminó por

¹²⁹⁰ OCHOA SOTO, Igor. «La mujer aborígen... *op. cit.*, p. 105.

¹²⁹¹ VIJEYARASA, Ramona. «Enfrentando la historia... *op. cit.*, p. 139.

¹²⁹² HARRIS, Mark. «Los australianos indígenas... *op. cit.*, pp. 22-23.

¹²⁹³ OCHOA SOTO, Igor. «La mujer aborígen... *op. cit.*, p. 108.

desplazarlas del espacio que tradicionalmente habían ocupado. El paternalismo, así como las brutales actitudes coloniales hacia las mujeres AEIT, terminaron por posicionarlas en lo más bajo de la escala social, donde sus expectativas se limitaban al trabajo como servidumbre sumisa en la sociedad blanca¹²⁹⁴. La Comisión de Reforma Legislativa de Australia (*Australian Law Reform Commission* o ALCA por su sigla en inglés), agencia federal independiente dedicada a evacuar informes como insumo para la toma de decisiones informada sobre reformas legales, emitió en 1986 el Reporte N° 31 sobre el Reconocimiento del derecho consuetudinario Aborigen¹²⁹⁵, en el cual además de reconocer la influencia actual de la costumbre indígena en la vida de muchas de las personas AEIT de Australia, afirmó que sin lugar a dudas las mujeres AEIT, víctimas de la mayor parte de la violencia doméstica que ocurre en algunas comunidades indígenas, han sido particularmente vulnerables a los efectos del cambio cultural y la disrupción social¹²⁹⁶.

La cuestión del origen de la violencia machista sufrida por las mujeres AEIT en Australia también ha sido objeto de un intenso debate, habiendo quienes incluyen entre sus factores, además del colonialismo inglés y las políticas del gobierno australiano, la violencia como elemento previo a la influencia colonial e inherente a las culturas AEIT, en especial contra las mujeres¹²⁹⁷. La autora australiana de ascendencia indígena MELISSA LUCASHENKO indica que resulta problemático definir el rol de la mujer en la cultura tradicional AEIT y su susceptibilidad a la violencia dentro de ella¹²⁹⁸. Tanto la diversidad de las culturas AEIT pre colonización, como la influencia de la iglesia y el estado —ambas ávidas en retratar la vida Aborigen como primitiva y degenerada— han llevado a confusiones sobre si la mujer tuvo un rol sumiso o igualitario en la vida espiritual y secular. Una dificultad añadida es que las primeras investigaciones sobre las culturas aborígenes han sido realizadas por antropólogos hombres y blancos, por lo que todas tiene un sesgo de género y raza que ha aportado más confusión al problema¹²⁹⁹. También se ha establecido que, desde el principio, la mayoría de los colonizadores

¹²⁹⁴ BALDRY, Eileen, y Chris CUNNEEN. «Imprisoned Indigenous women and the shadow of colonial patriarchy.» *Australian & New Zealand Journal of Criminology*, 47, N° 2, 2014, p. 285.

¹²⁹⁵ Australian Law Reform Commission. *Report N° 31: Recognition of Aboriginal Customary Laws, 1986*. [En línea: <https://www.alrc.gov.au/publications/report-31>]

¹²⁹⁶ Australian Law Reform Commission. *Report N° 31... op. cit., p.72*.

¹²⁹⁷ Para una opinión en este sentido, Vid. JARRET, Stephanie. *Liberating Aboriginal people from violence*. Connor Court Publishing: Ballan, Australia, 2013.

¹²⁹⁸ LUCASHENKO, Melissa. «Violence Against Indigenous Women: Public and Private Dimensions» *Violence Against Women*, N° 4, 1996, pp. 378 – 390.

¹²⁹⁹ *Ibíd.*, p. 380.

blancos en Australia percibieron e informaron de las relaciones de género en las sociedades AEIT a través de su propio contexto cultural sexista y clasista¹³⁰⁰. Al mantenerse una imagen etnocentrada de la sociedad AEIT como salvaje, muchos australianos suscriben la creencia incondicional de que golpear a la mujer era una característica típica de la cultura aborígen previo a la colonización¹³⁰¹.

Sin embargo, investigaciones comparativas y antropología revisionista conducidas por investigadoras mujeres han sugerido que la sociedad indígena estaba lejos de ser un simple patriarcado. Las mujeres no eran meros bienes de los hombres AEIT, sino que tenían un status derivado de su rol reproductor, de su rol como recolectoras de comida y de sus propios ritos religiosos¹³⁰². Su aporte de alimento podía ser igual o mayor que el de un hombre, tenían el mismo derecho a poseer la tierra y tenían peso propio en el ámbito de las decisiones sociales, la curación y los rituales religiosos¹³⁰³. La división social se producía por roles de género y edad, pero “no existía una idea de superioridad o inferioridad entre las mujeres y los hombres”. Como consecuencia de la influencia del patriarcado en las cosmovisiones aborígenes, hoy las mujeres aborígenes se encuentran en desequilibrio de poder político¹³⁰⁴ y religioso respecto de los hombres¹³⁰⁵. Junto con lo anterior, también ha de considerarse que, hasta el referéndum del año 1967, las personas Aborígenes e Isleñas del Estrecho de Torres no fueron reconocidas formalmente con derechos de ciudadanía. Sus vidas fueron tuteladas por el estado bajo leyes de protección o del bienestar¹³⁰⁶.

Junto al reconocimiento que se hace en los años 80 del Derecho consuetudinario Aborígen es necesario tener en cuenta que también en esta década de los ochenta se produce el auge de los estudios feministas y dentro de ellos el feminismo jurídico. En concreto las investigaciones *Feminist Jurisprudence* tienen cada vez más influencia en

¹³⁰⁰ BALDRY, Eileen, y Chris CUNNEEN. «Imprisoned... *op. cit.*, p. 285; GALE, Fay (Ed.). *Woman's role in Aboriginal society* (2nd ed.). Australian Institute of Aboriginal Studies. Canberra, 1974; BERNDT, Catherine. «Interpretations and facts in Aboriginal Australia», en Dahlberg (Ed.) *Woman the gatherer*. Yale University Press, New Haven, 1981.

Australian Institute of Aboriginal Studies.

¹³⁰¹ LUCASHENKO, Melissa. «Violence Against... *op. cit.*, p. 382.

¹³⁰² *Ibíd.*, p. 380.

¹³⁰³ OCHOA SOTO, Igor. «La mujer aborígen... *op. cit.*, p. 108.

¹³⁰⁴ En el año 2001 Carol Martin se convirtió en la primera mujer aborígen en ser miembro de la Asamblea legislativa de Australia Occidental. Ninguna mujer aborígen ha sido nunca elegido miembro de la Australian House of Representatives, y el primer hombre aborígen, solo lo fue en 2010, cfr. OCHOA SOTO, Igor. «La mujer aborígen... *op. cit.*, p. 109.

¹³⁰⁵ OCHOA SOTO, Igor. «La mujer aborígen... *op. cit.*, p. 108.

¹³⁰⁶ CARRINGTON, Kerry, y Russell HOGG. «Deconstructing Criminology's... *op.cit.* p. 11.

la ley y se introducen dentro de las materias que forman parte del curriculum de los estudios de Derecho, de forma que las y los estudiantes en la universidad ya están reflexionando en este momento sobre la relación entre género y Derecho¹³⁰⁷.

El desarrollo del plan de estudios estuvo financiado por el gobierno, sin embargo, los éxitos han sido limitado, afirmando BOTTOMLEY y BRONITT que no se han producido grandes cambios continuando la concepción jurídica patriarcal oculta en muchos planes de estudios y de leyes¹³⁰⁸.

Señalan BOTTOMLEY y BRONITT que en la actualidad en el ámbito de la jurisprudencia penal se puede observar como si bien se han modificado leyes absolutamente discriminadoras como las que permitían la inmunidad ante una violación en el matrimonio y se han introducido formas de defensa para aquellas mujeres que matan a sus parejas de las que previamente habían sido víctimas de violencia machista, todavía no se ha permeado suficientemente la jurisprudencia de los estudios e investigaciones feministas. Las reformas legales que se han realizado no han cumplido las expectativas sociales, por ejemplo, en el caso de la violación conyugal si bien los obstáculos jurídicos para enjuiciar a la pareja fueron en gran parte eliminados, las actitudes discriminatorias de las policías, fiscales, jurados y jueces durante la investigación, el juicio y la condenan continúan rebajando la gravedad de una violación, por lo que la ley ha tenido un potencial limitado.

Las reformas legales que se han operado en Australia han estado marcadas por el paradigma liberal de la igualdad. Este planteamiento feminista es fuertemente criticado por otras corrientes dentro del feminismo (radical, cultural, negro, lésbico, postmoderno e indígena). Es necesario destacar, al igual que sucedía en el contexto chileno, que las luchas y reivindicaciones feministas han dejado durante décadas fuera de su foco la situación de discriminación en que se encuentran las mujeres Aborígenes, convirtiéndose de esta forma también el feminismo en una fuente de opresión para las mujeres Aborígenes australianas.

¹³⁰⁷ Cfr. BOTTOMLEY, Stephen and Simon BRONITT. *Law in context... op. cit.*, p. 68

¹³⁰⁸ *Ibíd.*

3.5. El racismo en la legislación australiana

En Australia desde la llegada de los europeos comienzan a desarrollarse leyes que hacían referencia a la diferencia de razas¹³⁰⁹ con el objetivo de discriminar a las poblaciones Aborígenes. La categoría de raza por tanto se trataba de una categoría formal legal que se fundamentaba en el llamado *race power* (poder racial), que se recogía en la Constitución australiana, de forma que era legal aprobar leyes especiales para la gente de una determinada raza, esto es gente diferente, haciéndose referencia a esta diferencia en términos negativos como discriminación contra las personas de estos grupos étnicos¹³¹⁰.

En la actualidad esta legislación basada en la raza se ha eliminado en gran parte de los textos legales en el país, sin embargo, la «*law in action*», que podemos traducir como la «práctica jurídica y judicial» siguen siendo un lugar de opresión para muchas minorías étnicas¹³¹¹.

Uno de los problemas a la hora de abordar tanto en términos legales como políticos los temas de derechos de las personas Aborígenes y la pluralidad cultural señalan BOTTOMLEY y BRONITT es que estos dos factores se han considerado por separado¹³¹².

Actualmente el debate respecto de las leyes que reconocen la cultura Aborigen en Australia denominadas «*customary laws*» que podemos traducir al español como «derecho consuetudinario Aborigen» dentro del sistema legal australiano abren la puerta a un debate mayor que hace relación con el derecho a la soberanía y la autodeterminación¹³¹³.

4. Situación actual de las personas Aborígenes e Isleñas del Estrecho de Torres

En la actualidad, en Australia las personas de identidad Aborigen representan el 3% de la población. De este 3% el 75 % vive en ciudades. Indica OCHOA SOTO que la vida en ciudades acelera la integración en una forma de vida dominante y el alejamiento de

¹³⁰⁹ Sobre el concepto de raza puede revisarse el epígrafe 2.1La raza, en la página 37.

¹³¹⁰ Cfr. BOTTOMLEY, Stephen and Simon BRONITT. *Law in context... op. cit.*, p. 117

¹³¹¹ *Ibid.*, p. 117

¹³¹² *Ibid.*, p. 117. Como ejemplo de este abordaje separado señalan los autores a la *Australian Law Reform Commission*, que adoptó esta posición en los años 90.

¹³¹³ *Ibid.*, p. 117-118.

las tradiciones, al producirse una pérdida de contacto con el clan de pertenencia, a lo que hay que sumar décadas de legislaciones racistas respecto de estos pueblos¹³¹⁴. En este sentido indica RAMONA VIJEYARASA que hace falta una Comisión de Verdad y Reconciliación que dé cuenta, tanto de los patrones de abuso del pasado como los del presente¹³¹⁵, y ello porque las desventajas de vida que vivieron las personas que fueron apartadas de sus hogares tienen efectos en el presente. Existe según esta autora¹³¹⁶ una correlación entre el abuso sexual experimentado por miembros de las Generaciones Robadas y el abuso sexual en la actualidad, tan frecuente en muchas de las comunidades¹³¹⁷. Además las estadísticas también ponen de relieve que las personas AIET tienen 45% más de propabilidades de ser víctimas de violencia intrafamiliar¹³¹⁸ que las personas australianas no indígenas. A su vez, las mujeres aborígenes sufren 10 veces más violencia que las no indígenas¹³¹⁹, y el maltrato infantil es ocho veces mayor que en las personas no AIET¹³²⁰. Tienen un 8,1% más de probabilidades de ser posibles víctimas de homicidios y un 16,6% más de cometer un homicidio que la población no indígena. Por último, la tasa de mortalidad es 3,1% más alta y la esperanza de vida diez años menor dentro de la población AIET, que la población no indígena de Australia.

Sostienen CARRINGTON y HOGG que Australia responde al mismo patrón que Nueva Zelanda, Canadá y Estados Unidos. Todos estos países tiene sobrerrepresentación en casi todas las partes del sistema penal de personas AIET, esta situación actual tiene su origen en un pasado donde las personas AIET fueron exclavizadas después de un proceso de colonización¹³²¹. En concreto en Australia, la población AIET representa el 3% de la población total, son el 27% en las prisiones para personas adultas. La tasa de sobrerrepresentación de encarcelación afecta tanto a hombres como mujeres Aborígenes, donde además las mujeres reciben según OCHOA SOTO un trato abusivo por parte de la policía, con mayor número de agresiones sexuales llevadas a cabo por estos últimos

¹³¹⁴ OCHOA SOTO, Igor. «La mujer aborígen... *op. cit.*, p. 105.

¹³¹⁵ VIJEYARASA, Ramona. «Enfrentando la historia... *op. cit.*, p. 130.

¹³¹⁶ *Ibíd.*, pp. 144-145.

¹³¹⁷ VIJEYARASA, Ramona. «Enfrentando la historia... *op. cit.*, p. 130.

¹³¹⁸ En este sentido Carrington y Hogg también refieren que en las comunidades AIET se reflejan niveles extremos de “domestic violence” y “comunitaria”, cfr. CARRINGTON, Kerry, y Russell HOGG. «Decostructing Criminology's... *op.cit.* p. 11.

¹³¹⁹ OCHOA SOTO, Igor. «La mujer aborígen... *op. cit.*, p. 108.

¹³²⁰ CARRINGTON, Kerry, y Russell HOGG. «Decostructing Criminology's... *op.cit.* p. 11.

¹³²¹ *Ibíd.*, p. 11.

sobre las mujeres AIET¹³²². Los datos de sobrerrepresentación juvenil son todavía más alarmante, siendo 24 veces más que adolescentes no AIET en prisión¹³²³.

Esta sobrerrepresentación de personas AIET tanto como víctimas como autoras de delitos, advierten CARRINGTON y HOGG, debe ser analizada junto con otros factores, como son que el 88% de la población no AIET vive en ciudades, mientras que el 46% de la población AIET vive en zonas rurales o remotas. En estas áreas, las estadísticas muestran tendencias más violentas que en las áreas metropolitanas, que se aplican tanto a personas AIET como no AIET. Estas áreas geográficas se caracterizan por ser zonas poco pobladas y economías empobrecidas, donde las personas AIET han ocupado los eslabones más bajos de la mano de obra rural. Los servicios sociales son débiles y no ofrecen soporte suficiente de apoyo, o alternativas a la privación de libertad, por la falta de estructura de la áreas rurales y remotas¹³²⁴.

Esto pone de manifiesto que los efectos de la colonización y el racismo tienen impacto en el presente¹³²⁵, por lo que es necesario tener en cuenta esta parte de la experiencia individual y colectiva en el diseño de políticas públicas, y en concreto en materia de violencia machista.

V. ALCOHOLISMO Y VIOLENCIA MACHISTA E INTRAFAMILIAR. SU ABORDAJE DESDE LOS PROGRAMAS PÚBLICOS

Al igual que en las comunidades mapuches, el alcoholismo es un factor de riesgo determinante en la violencia machista e intrafamiliar. En Australia tanto el Gobierno Federal como los diferentes gobiernos estatales, tienen competencias en materia de violencia intrafamiliar. Dentro de la lógica competencial australiana, al Gobierno

¹³²² OCHOA SOTO, Igor. «La mujer aborigen... *op. cit.*, p. 108.

¹³²³ CARRINGTON, Kerry, y Russell HOGG. «Decostructing Criminology's... *op. cit.*, p.11.

¹³²⁴ Cita de Carrington y Hogg, en CARRINGTON, Kerry, y Russell HOGG. «Decostructing Criminology's... *op. cit.*, p. 12.

¹³²⁵ Véase entre otros: CAREY, Maggie, y Shona RUSSELL. «Pedagogy shaped by culture: Teaching narrative approaches to Australian Aboriginal health workers.» *Journal of Systemic Therapies* 30, nº 3, Septiembre 2011; HARRIS, Mark. «Los australianos indígenas... *op. cit.*; CARRINGTON, Kerry, Russell HOGG, y Máximo SOZZO. «Southern criminology ... *op. cit.*; CARRINGTON, Kerry, y Russell HOGG. «Decostructing Criminology's ... *op. cit.*; VIJEYARASA, Ramona. «Enfrentando la historia... *op. cit.*, Human Rights and Equal Opportunity Commission. Commonwealth of Australia. «Bringing them home... *op. cit.*, entre otros.

Federal le corresponde el manejo de políticas públicas, y a los Gobiernos Estatales, la persecución criminal de la violencia¹³²⁶.

En los últimos años, el Gobierno Federal ha realizado grandes esfuerzos por conocer el impacto real de la violencia machista e intrafamiliar; fruto de esta concienciación se genera un plan de intervención a largo plazo, 12 años, denominado *The National Plan to Reduce Violence against Women and Children 2010-2020*¹³²⁷. Este plan reúne los esfuerzos de todos los gobiernos y la comunidad y proporciona un mecanismo para mejorar el alcance, el enfoque y la eficacia de las acciones de todos los gobiernos para crear comunidades seguras, incluyendo en concreto también a las comunidades Aborígenes e Isleñas del Estrecho de Torres¹³²⁸. Los objetivos específicos son prevenir la violencia, responsabilizar a las personas agresoras (impulsar jurisdicciones individuales), asegurar a las víctimas el apoyo que necesitan para sanar y reconstruir sus vidas, e intervenir en las comunidades generando un cambio en la mentalidad respecto de las actitudes negativas y en la comprensión de la violencia contra la mujer, especialmente en la gente joven, con el fin de lograr un cambio a largo plazo. El plan se dotó con un presupuesto inicial de 200 millones de dólares australianos¹³²⁹, aproximadamente ciento dos mil millones de pesos, y se ejecuta a través de cuatro Planes de Acción trienales.

El Senado australiano el 26 de junio de 2014 encarga un Informe de Prevalencia del Impacto de la violencia doméstica en Australia, al *Senate Finances and Public Administration References Committee*, y establece como fecha de entrega el 27 de

¹³²⁶ Es necesario apuntar que Australia es un Estado Confederal, en términos penales esto significa que existen dos niveles de normativos de legislación penal, emanada de órganos legislativos diferentes. Por un lado, los delitos federales, tipificados por la Federación, y que afectan a toda la federación. Y, por otro lado, las conductas tipificadas que son competencia del Estado, y solo se aplicaría en ese estado concreto, sin perjuicio como indica el Sergio Romeo Malanda, que pueda producirse una competencia compartida y, en consecuencia, un solapamiento entre la legislación federal y estatal, en materia penal. Continuado con lo apuntado por este autor, Australia se engloba en el grupo de Estados Federales asimétricos, ello significa que no todas las entidades que forman la Federación tienen la misma posición. Romero Malanda, Sergio. «El sistema... *op. cit.*, p. 14.

¹³²⁷ Australian Government. Australian Government response to the Senate Finance and Public Administration References Committee Report: Domestic Violence in Australia. Diciembre de 2016, p. 3.

¹³²⁸ Australian Government. *Australian...op. cit.*, p. 14.

¹³²⁹ A esta cantidad en partidas presupuestarias directas hay que sumar 100 millones de dólares en el Paquete de Seguridad de la Mujer (25 de septiembre de 2015), y 100 millones que se incluyeron en el presupuesto de 2016-2017 para implementar el Tercer Plan de Acción del Plan Nacional, que se puso en marcha el 28 de octubre de 2016, que se suman a una partida de 25 millones. A mayores se creó también una Campaña Nacional de 30 millones de dólares destinada a reducir la violencia contra los niños y niñas. En total según las cifras que facilita el Gobierno de Australia, desde el año 2010 al año 2016 se han invertido un total de 355 millones de dólares Australian Government. *Australian...op. cit.*, p. 3-4.

octubre de 2014. Este informe fue elaborado y, debido a la complejidad de la recopilación de antecedentes, entregado con retraso el 20 de agosto de 2015. El informe titulado “La violencia doméstica en Australia”, indica que una de cada tres mujeres australianas ha sufrido violencia física desde la edad de 15 años y casi una de cada cinco mujeres ha experimentado violencia sexual¹³³⁰. En el informe se establecen 25 recomendaciones de amplio alcance, que el Comité considera ayudarán a abordar el problema de la violencia intrafamiliar en Australia¹³³¹.

Recientemente en diciembre de 2016 el Gobierno de Australia ha publicado el informe titulado *Australian Government response to the Senate Finance and Public Administration References Committee Report: Domestic Violence in Australia*¹³³². En este documento el Gobierno contesta respecto de las recomendaciones publicada en el Informe Violencia Doméstica en Australia, indicando qué proyectos se realizaron para cumplir con las mismas y la cantidad presupuestaria dedicada.

En contestación a la recomendación número 9¹³³³, que establecía que “El comité recomienda una revisión de las políticas y servicios dedicados al tratamiento de alcohol y otras drogas en el Territorio del Norte y su impacto en la violencia doméstica, incluyendo la consideración urgente para restablecer el Registro de Bebedores Prohibidos”, el Gobierno de Australia reconoce la contribución del alcohol a la violencia doméstica y familiar¹³³⁴ (estas categorías en el lenguaje jurídico chileno se pueden homologar a la categoría intrafamiliar) en el Territorio del Norte. El consumo de alcohol y sus consecuencias, fue abordado y apoyado económicamente desde diferentes instituciones: la Cámara de Representantes sobre el uso nocivo de alcohol en las comunidades Aborígenes e Isleñas del Estrecho de Torres; la Estrategia de Avance Indígena y el Acuerdo de Asociación Nacional sobre Futuros más Fuertes en el Territorio del Norte; *Remote Alcohol and Other Drug Workers in remote Communities* (Trabajadores de alcohol y otras drogas en comunidades remotas); Unidades de Operaciones de Perros; Servicios de Inteligencia contra el Abuso de Sustancias para

¹³³⁰ AUSTRALIAN GOVERNMENT. *Australian...op. cit.*, p. 3.

¹³³¹ *Ibíd.*, p. 2.

¹³³² *Ibíd.*, p. 2.

¹³³³ La traducción es de propia autoría, puede confrontarse con el texto original “*Recommendation 9* The committee recommends a review of policies and services dedicated to the treatment of alcohol and other drug abuse in the Northern Territory and their impact on domestic violence, including urgent consideration to reinstate the Banned Drinkers Register”, cfr. AUSTRALIAN GOVERNMENT. AUSTRALIAN... op. cit., p. 14.

¹³³⁴ *Idem.*

interrumpir el suministro de drogas en las comunidades del Territorio del Norte; Estrategia de Reducción de la Violencia Doméstica y Familiar del Territorio del Norte (2016-2017): La seguridad es el derecho de todos. En relación con la reapertura del Registro de Bebedores Prohibidos indicó que era una materia competencia del Gobierno del Territorio del Norte. Sin embargo, el Gobierno de Australia, no considero apropiado reabrir el Registro de Bebedores Prohibidos¹³³⁵.

VI. LAS *ABORIGINAL COURT* EN MATERIA PENAL

1. Origen, objetivos, modelos y composición de las *Aborinal Courten* Australia

Conscientes de que el sistema criminal común de Australia había fallado en impartir justicia a la comunidad Aborígen, un gran número de estados australianos comenzaron a experimentar con la incorporación de instituciones de Justicia Indígena a su sistema legal¹³³⁶. Esta iniciativa no es novedosa pues se inspira en Canadá y Estados Unidos donde existen los Tribunales o Cortes Tribales que, si bien se toman como referente, la autoridad y poderes que ostentan los modelos tribales norteamericanos son más amplios que los previstos en los casos australianos¹³³⁷.

En Australia los Tribunales Indígenas o Cortes Aborígenes en materia penal en inglés llamados *Aboriginal courts* o *Indigenous sentencing courts*, nacen en la última década del siglo pasado. Concretamente la primera Corte Aborígen en materia penal es la *Aboriginal Nunga Courts*, creada en el año 1999 en la ciudad de Port Adelaide, en el Estado de Australia del Sur¹³³⁸. Actualmente todos los estados de Australia salvo Tasmania cuentan con estos tribunales especiales, y su implementación ha sido rápida

¹³³⁵ *Ibíd.*, p. 14-15.

¹³³⁶ BOTTOMLEY, Stephen, y Simon BRONITT. *Law in context*. Sydney, The Federation Press, 2012, p. 140.

¹³³⁷ Cfr. HARRIS, Mark. «From Australian Courts to Aboriginal Courts in Australia - Bridging the Gap?» *Current Issues Crim. Just.*, 16, 2004, p. 1.

¹³³⁸ Es necesario tener presente que Australia no ha firmado el Convenio 169 de la OIT y tampoco es la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que fue adoptada como ya se ha indicado anteriormente en Nueva York el 13 de septiembre de 2007, durante la sesión 61 de la Asamblea General de Naciones Unidas, y contó con el voto favorable de 143 países, entre ellos Chile, y cuatro países votaron en contra, Australia, Canadá, Estados Unidos y Nueva Zelanda, curiosamente cuatro de los países más ricos del mundo que tienen entre otras cosas en común un pasado colonial británico.

pues en poco más de diez años se crearon más de 50 Cortes Aborígenes en todo el territorio de Australia¹³³⁹.

El desarrollo e implementación de las Cortes Aborígenes como modelos de justicia que se hagan cargo de la discriminación racial y la pluralidad cultural y jurídica es el resultado del esfuerzo conjunto entre integrantes del poder judicial, administraciones del Estado, policías, fiscalía, población de las comunidades aborígenes, el *Aboriginal Legal Rights Movement*¹³⁴⁰ que se combina con las reivindicaciones de los movimiento que luchan por la Justicia popular que desde las décadas de los años 60 y 70 hicieron un llamado a lograr respuestas más humanas y efectivas con la persona imputada y con la víctima en el proceso penal y otorgar mayor autoridad a las partes y las organizaciones comunitarias.

Las razones que se entregan a nivel oficial para el establecimiento de los tribunales indígenas en materia penal son generalmente tres: (i) estos pueden tener el efecto de reducir la sobrerrepresentación de personas indígenas en prisión; (ii) para los gobiernos de cada Estado australiano, son una forma de cumplir con las recomendaciones hechas por la Real Comisión para la Investigación de las Muertes Aborígenes bajo Custodia, en particular, en cuanto a reducir la encarcelación de indígenas australianos, incrementar la participación de personas indígenas en el sistema de justicia como funcionarios de tribunales o consejeros, e identificar mecanismos para que las personas indígenas pudiesen resolver disputas y lidiar con infractores de ley en formas más culturalmente apropiadas; y (iii) cumplir con las recomendaciones señalados en los *Justice Agreements* hechos entre gobiernos estatales y organizaciones indígenas.

ELENA MARCHETTI y KATHLEEN DALY señalan que estas razones de corte burocrático y gubernamental, pasan por alto los efectos más profundos que pueden tener

¹³³⁹ MARCHETTI, Eliana. «Indigenous Sentencing Court and Partner Violence: Perspectives of Court Practitioners and Elder on Gender Power Imbalances During the Sentencing Hearing. » *The Australian and New Zealand Journal of Criminology* 43, n° 2, 2010, p. 263.

¹³⁴⁰ Esta organización presente en la actualidad lucha por alcanzar una “Justicia sin prejuicios”. Fue creada en los años 60 del siglo pasado por las Ancianas y Ancianos Aborígenes comprometidos con un cambio en el modelo de justicia. En la actualidad esta organización sigue en activo luchando por los derechos culturales, económicos políticos y sociales de los Pueblos Aborígenes y los Isleños del Estrecho de Torres y de las personas marginadas de Australia del Sur. Además, prestan servicios jurídicos a personas Aborígenes que no cuentan con representación letrada. Para más información sobre la organización *Aboriginal Legal Rights Movement* véase su web <https://www.alrm.org.au/who-we-are/brief-history/>. Sobre el surgimiento y desarrollo de las *Aboriginal Courts* véase también TOMANINO, John. «Aboriginal (Nunga) Courts.» *Information Bulletin. Office of Crime Statistics and Research* (Government of South Australia), n° 39, 2004, p. 2.

estas Cortes Aborígenes en lo penal que suponen un cambio en la relación de los tribunales con la comunidad, fortaleciendo la confianza entre la «justicia blanca» y miembros de comunidades Aborígenes. Específicamente, señalan que estos tribunales tienen efectos directos al lograr: (1) fomentar un nivel de comunicación más honesto y abierto entre la persona imputada y el o la jueza; (2) que el proceso se base en mayor medida en el saber indígena, incluyendo formas de control informal tanto dentro como fuera del tribunal; y (3) imponer condenas que sean más apropiadas para la situación de la persona infractora. Y efectos colaterales como el fortalecimiento de las comunidades indígenas a través del restablecimiento de la autoridad de los Ancianos.¹³⁴¹

Debe tenerse en cuenta que el nombre, funcionamiento y regulación de las Cortes Aborígenes varían en cada Estado, y esto responde a dos factores: las comunidades Aborígenes son diferentes y que cada Estado en Australia tiene su propia ley penal y procesal. Actualmente existen los *Nunga Courts* de Australia del Sur que servirán de inspiración a las *MurriCourts* en el Estado de Queensland, y los *Koori* de Nueva Gales del Sur.

Victoria es el único Estado que ha optado por reconocer a las Cortes Aborígenes con un marco legal separado y propio configurándolas como una jurisdicción propia. Por su parte los Estados de Nueva Gales del Sur y Australia del Sur han introducido modificaciones a sus legislaciones procesales para reconocer formalmente los procedimientos de los tribunales indígenas. Y en el resto de los Estados de Australia (Queensland, Australia Occidental, Territorio Capital y los Territorios del Norte) las Cortes Aborígenes operan bajo las normas procesales generales, las cuales establecen la obligación para los tribunales de tener respeto por las consideraciones culturales y comunitarias al juzgar a una persona AEIT¹³⁴². Sin embargo, y a pesar de que estas instituciones ya cuentan con pleno desarrollo legal, el número de personas aborígenes que acceden a estos procedimientos es todavía relativamente bajo en la mayoría de los estados australianos¹³⁴³.

Si bien cada Estado cuenta con su propio sistema de *Aboriginal Courts* podemos señalar determinadas características comunes. En primer lugar, debe tenerse en cuenta como señalan las investigadoras australianas ELENA MARCHETTI y KATHLEEN DALY, en

¹³⁴¹ MARCHETTI, Eliana, y Kathleen DALY. «Indigenous... *op. cit.*, p. 422-423.

¹³⁴² *Ibíd.*, p. 430.

¹³⁴³ *Ibíd.*, p. 419.

su estudio de los tribunales indígenas australianos del año 2007, que, en la legislación de los diferentes Estados, las directrices y otros materiales informativos de las cortes en todas las jurisdicciones establecen que el mayor objetivo de la *Aboriginal Courts* es hacer los procesos judiciales más culturalmente inclusivos y apropiados, y reducir la delincuencia y reincidencia¹³⁴⁴. Y en todos los estados de Australia salvo Queensland, Australia Occidental y Victoria, se establece además como un objetivo de estas cortes aumentar la participación y el apoyo a las víctimas del delito.¹³⁴⁵

En este sentido, una de las primeras características comunes es que los diferentes modelos están diseñados para dar a las personas Aborígenes una mayor voz dentro del sistema de justicia y tratar de evitar su ingreso en prisión con el objetivo de reducir su sobrerrepresentación carcelaria¹³⁴⁶.

Las *Aboriginal Courts* están enfocadas solo en aquellas personas imputadas que tienen riesgo de cumplir penas privativas de libertad si su caso se resuelve en un tribunal ordinario.

Las personas Aborígenes imputadas tienen la posibilidad de solicitar que su caso sea visto en una *Aboriginal Court* en materia penal en vez de los tribunales ordinarios, es decir la decisión respecto de la jurisdicción no es de la víctima sino de la persona acusada. Ahora bien, para que la Corte Aborígen conozca su causa se exige a la persona imputada que admita su responsabilidad por los hechos que se le imputan.

Por ello las audiencias o encuentros no tienen como objetivo esclarecer los hechos sino evaluar si existe la posibilidad de imponer una pena más apropiada y alternativa al encierro¹³⁴⁷.

En las vistas orales o encuentros participan la persona imputada, la víctima, un juez o jueza, una o varias personas ancianas o autoridades y también integrantes de la comunidad Aborígen¹³⁴⁸. La persona imputada del delito es animada a comparecer a la corte junto con una persona de apoyo, normalmente de su la familia, su pareja o una amistad. Esta persona toma asiento junto a la persona imputada durante las audiencias, y

¹³⁴⁴ *Ibid.*, p. 433.

¹³⁴⁵ MARCHETTI, Eliana, y Kathleen DALY. «Indigenous... *op. cit.*, pp. 432 y ss.

¹³⁴⁶ Robyn Lincoln y Paul Wilson en, BOTTOMLEY, Stephen, y Simon BRONITT. *Law in... op. cit.*, p.140.

¹³⁴⁷ MARCHETTI, Eliana. «Indigenous... *op. cit.*, p. 267.

¹³⁴⁸ *Ibid.*, p. 420.

se le invita a hablarle a las personas del tribunal (integrado por jueces y personas ancianas). Se intenta siempre que la persona anciana y persona imputada sean del mismo sexo, e idealmente tener el mismo número de ancianos hombres y mujeres, aunque las personas ancianas disponibles para participar en estos tribunales son en la mayoría de los sitios mujeres¹³⁴⁹.

A diferencia de los tribunales ordinarios donde la interacción se produce entre la representación legal, fiscalía y el juez o jueza, en las *Aboriginal Courts* se aplican formas más efectivas de comunicación con las personas que han infringido la ley estatal procurando en todo momento que comprendan el alcance de sus acciones, desistir de una carrera delictual y reintegrarse a la comunidad¹³⁵⁰; esto en la práctica se traduce en un alto grado de interacción entre la persona imputada, el juez o jueza y la persona o personas ancianas durante la vista, lo que contrasta con los tribunales ordinarios en los que la interacción se da entre el tribunal y el o la representante legal de la persona imputada. Esta forma de enfocar la vista donde se producen diálogos entre las diferentes partes que participan en el proceso tiene como resultado audiencias más largas que en los tribunales ordinarios¹³⁵¹.

Existe además un alto grado de participación e implicación del personal indígena que se desempeñan como funcionarios del tribunal, quienes se encargan de organizar que las personas ancianas concurren a las audiencias, hacer de contacto entre la persona imputada, el o la fiscal y la víctima (en caso de que haya aceptado participar), y monitorear el progreso de la persona juzgada, luego de las audiencias¹³⁵².

El desarrollo del procedimiento se rige por las leyes penales y procesales que el Estado ha establecido a tal efecto, pero estas se aplican de una forma más flexible. Sin embargo, a pesar de que las audiencias están orientadas a una mayor informalidad que

¹³⁴⁹ MARCHETTI, Eliana. «Indigenous... *op. cit.*, p. 267.

¹³⁵⁰ MARCHETTI, Eliana, y Kathleen DALY. «Indigenous Sentencing Courts: Towards a Theoretical and Jurisprudential Model. » *Sydney Law Review* 29, 2007, p. 423.

¹³⁵¹ MARCHETTI, Eliana, y Kathleen DALY. «Indigenous... *op. cit.*, p. 436.

¹³⁵² Cfr. MARCHETTI, Eliana. «Indigenous... *op. cit.*, p. 267 y MARCHETTI, Eliana, y Kathleen DALY. «Indigenous... *op. cit.*, p. 422.

promueva el entendimiento y eleve la comunicación entre los participantes, la atmósfera es de seriedad y respeto¹³⁵³.

Las Cortes Aborígenes no aplican el Derecho Consuetudinario Aborigen o la costumbre indígena, aunque si pueden tenerse en consideración ciertas prácticas culturales de forma previa a la audiencia, como el mostrar el debido respeto por los Ancianos, haber dado disculpas conforme a la costumbre indígena, o la imposición del destierro.

La pena se rige por las leyes penales del sistema de justicia criminal dominante en Australia si bien en su imposición las ancianas y ancianos pueden orientar y el juez o jueza también puede tenerse en cuenta las formas de castigo tradicional como el destierro y la deshora pública¹³⁵⁴ que además funcionan como pena alternativa a la prisión contribuyendo a que estas personas no ingresen en la cárcel y combatir su sobrerrepresentación carcelaria. Dicho esto, las condenas impuestas en estos tribunales no significan una opción más suave para la persona condenada. Generalmente son más dificultosas pues involucran un tratamiento y supervisión cercana¹³⁵⁵. En estos tribunales además la condena es vista como el resultado de la decisión conjunta del juez o jueza y la autoridad indígena que forma parte del tribunal, aunque el primero tenga la última palabra al respecto, situándose en ese contexto la cultura indígena como un elemento de influencia positiva en la persona indígena imputada de un delito¹³⁵⁶.

Otro elemento común es que las audiencias no se realizan en las salas de vistas, sino en una sala especial donde las partes se distribuyen de la siguiente manera, el juez o jueza deja su asiento en el estrado y se sienta junto a las personas intervinientes en el proceso: Ancianos/as, imputado/a, víctimas, y otras personas integrantes de la comunidad aborigen¹³⁵⁷.

Siguiendo estos elementos que podemos considerar como esenciales de las Cortes Aborígenes cada estado ha desarrollado su propio modelo, que podemos clasificarlos en tres grupos, aquellos Estados que siguen el modelo de las *Aboriginal Nunga Courts* de Australia del Sur y aquellos Estados que siguen el *Circle Court Modelo* Tribunal

¹³⁵³ MARCHETTI, Eliana, y Kathleen DALY. «Indigenous... *op. cit.*, p. 436.

¹³⁵⁴ Cfr. Fingleton y Harris en MARCHETTI, Eliana. «Indigenous... *op. cit.*, p. 265.

¹³⁵⁵ Fingleton en MARCHETTI, Eliana. «Indigenous... *op. cit.*, p. 267.

¹³⁵⁶ BALDRY, Eileen, y Chris CUNNEEN. «Imprisoned... *op. cit.*, p. 285.

¹³⁵⁷ MARCHETTI, Eliana, y Kathleen DALY. «Indigenous... *op. cit.*, p. 420.

Circular de En Nueva Gales del Sur y el caso de los Territorios del Norte que han creado un modelo mixto combinando los dos anteriores.

Las diferencias que se aprecian entre uno y otro modelo son las siguientes:

El lugar donde se realiza el encuentro es diferente. En el *Circle court model* funcionan normalmente en un lugar que es culturalmente importante para la comunidad indígena local, mientras que los *Nunga* ocupan parte de las instalaciones de las *Magistrate* o *Local Courts* del sistema de justicia penal común. Las salas donde se celebran las vistas también son diferentes. En el *Circle court model* se utiliza una mesa circular u ovalada alrededor de la cual se sientan el juez o jueza, así como la fiscalía, la representación legal de la persona imputada y la persona imputada junto con otras personas pertenecientes a la comunidad Aborigen que van a intervenir en el encuentro. En las *Koori sentencing circles* de Nueva Gales del Sur se reacondicionan y reorganiza el mobiliario y la posición de los intervinientes para dotarla de mayor horizontalidad. También se decoran con pinturas u otros elementos tradicionales¹³⁵⁸ pertenecientes a los diferentes pueblos AEIT.

El rol y peso de las personas ancianas también varía de un modelo a otro. Las personas ancianas o autoridades aborígenes tienen una mayor presencia en las cortes de *Dubbo* y *Nowra* del estado de Nueva Gales del Sur que en los tribunales indígenas *Nunga* de Australia de Sur, o que en la *Murry Court* de Queensland, lo que se explica porque en estos últimos la mayor parte de la interacción entre las personas ancianas o autoridades aborígenes y la persona imputada se dará en reuniones previas a las audiencias, más que en la audiencia misma. Con todo la persona anciana o autoridad siempre le hablará a la persona imputado durante la audiencia. En los tribunales *Dubbo* y *Nowra* de Nueva Gales del Sur participan hasta cuatro personas ancianas en las audiencias, mientras en los *Nunga* la participación se reduce a uno o dos¹³⁵⁹.

En el *Circle court model* y en el *Koori sentencing circles* las partes tienen un grado mayor de participación y las y los ancianos tienen mayores facultades, así como un peso

¹³⁵⁸ Cfr. BOTTOMLEY, Stephen, y Simon BRONITT. *Law in... op. cit.*, p. 141.

¹³⁵⁹ MARCHETTI, Eliana. «Indigenous... op. cit.», p. 267.

mayor a la hora de determinar la pena impuesta a la persona por el delito cometido que en las *Nunga Courts*¹³⁶⁰.

Mientras la mayoría de las *Aboriginal Courts* son de libre acceso público, en las *Koori* de Nueva Gales del Sur se trata de espacios cerrados a la audiencia, para acceder a las vistas como público se necesita una autorización, esta restricción en el acceso se justifica en que la intimidad favorece el nivel de apertura en el dialogo entre la persona anciana y la persona imputada¹³⁶¹.

Uno de los elementos que dota de mayor fuerza a las *Aboriginal Courts* el involucramiento de los Ancianos o personas respetables y el impacto que ellos pueden tener en la actitud y comportamiento de la persona imputada, que lo lleve a comprender que no solo ha cometido una infracción de la ‘ley blanca’ sino también contra los valores de su comunidad indígena. Los Ancianos que son seleccionados para participar en los tribunales indígenas son miembros respetados de sus comunidades, y cuentan con la aprobación de Grupo Judicial de la comunidad en la que se sitúa el tribunal. Si el o la Anciana tiene un conflicto de interés con el imputado o la víctima no será seleccionado para participar en el tribunal. Esto incluye situaciones donde el imputado puede no reconocer al Anciano, como su Anciano. El problema de la imparcialidad es uno difícil de remover en muchas circunstancias, ya que gran parte de los tribunales indígenas se sitúan en ciudades rurales con comunidades indígenas relativamente pequeñas y cohesionadas¹³⁶². Y en efecto, los tribunales indígenas funcionan mejor en comunidades que están unidas y en donde los Ancianos se interesan en lo que ocurre dentro de su comunidad. En algunas jurisdicciones se ha introducido un código de conducta para los Ancianos, el que les obliga a evitar comportamientos que puedan traer descrédito a su reputación¹³⁶³.

El dialogo con los Ancianos puede ser altamente personalizado —muchas veces, sobre todo en comunidades más pequeñas, los Ancianos pueden conocer de antes y tener una relación existente con las personas imputadas—, haciendo un llamado a las obligaciones con su familia y parientes. El descrédito cultural que es provocado por la participación de los Ancianos o Personas Respetadas en estos tribunales puede

¹³⁶⁰ MARCHETTI, Eliana, y Kathleen DALY. «Indigenous... *op. cit.*», p. 430.

¹³⁶¹ MARCHETTI, Eliana. «Indigenous... *op. cit.*», p. 267.

¹³⁶² *Ibid.*, p. 267.

¹³⁶³ Harris en MARCHETTI, Eliana. «Indigenous... *op. cit.*», p. 267.

interpelar al indígena imputado en mejor medida, y de forma más constructiva y positiva, que un procedimiento ante los tribunales penales ordinarios¹³⁶⁴.

Por ello, el carácter distintivo de la iniciativa de instaurar los tribunales indígenas en materia penal en Australia recae en el rol clave que pueden jugar las propias comunidades indígenas en corregir y modificar los procesos penales existentes hacia una forma culturalmente más adecuada¹³⁶⁵. Esto dice relación en general con un relajamiento de las reglas y con la participación de los Ancianos de la comunidad local, como se ha señalado, teniendo como efecto una tendencia menor a la inasistencia a la corte por parte de los imputados indígenas, reduciendo la cantidad de quebrantamientos judiciales y el desarrollo de mayores niveles de confianza entre las comunidades indígenas y el sistema de justicia¹³⁶⁶.

2. Requisitos procesales en las *Aboriginal Court* en materia penal

Los requisitos comunes en toda Australia para que una persona imputada pueda someterse a una corte indígena en materia penal son: (i) ser indígena; (ii) declararse culpable; (iii) aceptar que el caso sea visto por una *Aboriginal court* en materia penal; (iv) el delito imputado debe ser alguno de los que serían vistos por las *Magistrate* o *Local Courts* de Australia; (v) y juez o jueza tiene la última palabra respecto a la condena de la persona imputada.¹³⁶⁷

En las *Nunga Court* de Port Adelaide, Australia del Sur, cualquier persona imputada que cumpla los requisitos formales y desee ser juzgada en este tribunal puede hacerlo¹³⁶⁸. Por el contrario, en el *Circle Court Model* de Nueva Gales del Sur, las personas imputadas que cumplen los criterios formales pasan a ser evaluadas por el Grupo de Justicia Comunitaria que representa a los Ancianos y Ancianas de cada comunidad. Este organismo evalúa y toma en consideración la disposición de la persona imputada para ser parte activa en el proceso, la opinión de la víctima del delito, y otros

¹³⁶⁴ MARCHETTI, Eliana, y Kathleen DALY. «Indigenous... *op. cit.*, pp. 436-437.

¹³⁶⁵ Cfr. BOTTOMLEY, Stephen, y Simon BRONITT. *Law in... op. cit.*, p.141.

¹³⁶⁶ Robyn Lincoln y Paul Wilson en BOTTOMLEY, Stephen, y Simon BRONITT. *Law in... op. cit.*, p.141.

¹³⁶⁷ MARCHETTI, Eliana, y Kathleen DALY. «Indigenous... *op. cit.*, p. 421.

¹³⁶⁸ *Ibid.*, p. 418.

factores como la vinculación con la comunidad Aborigen local y el apoyo con el que pueda contar¹³⁶⁹.

Estos criterios tienen también un efecto en la cantidad de casos que puede ver cada *Aboriginal Court*. Algunos tribunales ven menos de una décima parte de los casos que se juzgan en otros, pues mientras en algunos tribunales la política es ver la mayor cantidad de casos que cumplan con los requisitos formales, en otros se limitan a casos en que la ‘disposición al cambio’ de la persona imputada es alta y existe un mayor riesgo de encarcelación.¹³⁷⁰ A modo de ejemplo, de acuerdo a los datos de los años 2005-2006, un total de 134 indígenas fueron sentenciados en la *Nunga Court* de Port Adelaide en Australia del Sur, mientras que otros como el tribunal *Nowra* de Nueva Gales del Sur, uno de los tribunales con pocos ingresos, sentenció a 13 personas o menos por año por las limitaciones que impone para entrar a ver los casos.

En cuanto a los tipos de delitos que pueden ser vistos en las *Aboriginal Court* no hay limitaciones, solo algunos de los estados australianos han establecido ciertas exclusiones, generalmente relacionadas con delitos sexuales.

Los delitos de violencia intrafamiliar también pueden ser vistos en todos los tribunales indígenas australianos con excepciones. En los Territorios del Norte, se recomienda que el tribunal actúe con cautela al lidiar con este tipo de casos y en Victoria tienen prohibido conocer de estas causas y se justifica la exclusión al considerarse que en primer lugar que las dinámicas que rodean los delitos de violencia intrafamiliar son demasiado complejas para las *Aboriginal Courty*, en segundo lugar, por tratarse de delitos que pueden tener un efecto negativo sobre la naturaleza colaborativa de estos tribunales¹³⁷¹.

La competencia de las *Aboriginal Court* para conocer de delitos de violencia machista no está exenta de polémica, mientras que el uso de estos tribunales para juzgar a imputados indígenas por delitos de violencia machista o intrafamiliar ha sido apoyado y alentado por varios sectores y ancianos y ancianas relacionados con estos tribunales quienes han manifestado que estos espacios son adecuados para lidiar con este tipo de

¹³⁶⁹ MARCHETTI, Eliana, y Kathleen DALY. «Indigenous... *op. cit.*, p. 418.

¹³⁷⁰ *Ibíd.*, p. 421.

¹³⁷¹ Harris en MARCHETTI, Eliana. «Indigenous... *op. cit.*, p. 264.

delitos¹³⁷². También existen sectores que consideran que las penas o sanciones impuestas en estos tribunales respecto a delitos de violencia intrafamiliar puedan ser vistas como demasiado permisivas¹³⁷³.

La existencia de estos requisitos de procesabilidad puede ser la explicación de por qué el número de personas juzgadas en estos tribunales sigue siendo bastante bajo en la mayoría de Australia en comparación con las personas indígenas imputadas y procesadas en los tribunales penales ordinarios¹³⁷⁴.

3. Idoneidad de los tribunales indígenas en lo penal para resolver sobre delitos de violencia intrafamiliar

Una de las formas más comunes de violencia en las comunidades indígenas es la violencia intrafamiliar, y en particular la violencia machista es la forma más frecuente dentro de ella¹³⁷⁵. En Australia como ya se ha mencionado tanto la jurisdicción común como las *Aboriginal Court* en materia penal tienen competencia para juzgar a una persona AEIT imputada por violencia intrafamiliar. Dado que el foco en las *Aboriginal Court* se pone en las personas imputadas, existe un gran debate relacionado con su idoneidad para conocer de delitos relacionados con la violencia machista y la violencia intrafamiliar y su capacidad de ocuparse de la seguridad y necesidades de la víctima. Algunas voces dentro del feminismo han mostrado su preocupación por lo que sería una respuesta muy blanda frente a la violencia y el peligro de exponer a la víctima a mayores desequilibrios de poder durante las audiencias del procedimiento, mientras que desde el mundo indígena se ha puesto el foco en la necesidad de que la justicia adopte prácticas más relevantes, sensitivas y culturalmente apropiadas¹³⁷⁶.

Las voces feministas que se muestran críticas con las *Aboriginal Court* apuntan principalmente a la desigualdad y desequilibrio de poder cuando los procedimientos judiciales alternativos son utilizados para lidiar con delitos relacionados con violencia intrafamiliar. Señalan que la víctima de esta violencia en el contexto de estos

¹³⁷² MARCHETTI, Eliana. «Indigenous... *op. cit.*, p. 266.

¹³⁷³ MARCHETTI, Eliana, y Kathleen DALY. «Indigenous... *op. cit.*, p. 422

¹³⁷⁴ MARCHETTI, Eliana. «Indigenous... *op. cit.*, p. 265.

¹³⁷⁵ Kelly y Mouzos en MARCHETTI, Eliana. «Indigenous... *op. cit.*, p. 263.

¹³⁷⁶ MARCHETTI, Eliana. «Indigenous... *op. cit.*, p. 263.

procedimientos alternativos comparece a las audiencias que deberían ser restaurativas y empoderadoras, terminan a veces sometidas a mayores abusos y control. El desequilibrio de poder puede ocurrir en la práctica de varias formas durante un proceso judicial: a través del uso de lenguaje o comportamiento intimidatorio por parte del imputado; a través del silenciamiento de la víctima ya sea porque no se le da la oportunidad de hablar con franqueza o porque sus experiencias son tergiversadas; o a través de la trivialización del daño experimentado por la víctima y sus necesidades derivadas¹³⁷⁷.

Por otro lado, la desconfianza en las prácticas judiciales establecidas, cuyo origen se remonta al legado colonial australiano, ha llevado a las comunidades Aborígenes a apoyar prácticas judiciales alternativas para resolver casos de violencia machista que permitan la recuperación de la familia en vez de confiar en el sistema de justicia criminal para solucionar el problema. Este punto es muy importante y debe tenerse suficiente claridad, las mujeres Aborígenes consideran a los maltratadores como personas responsables de sus actos y además la violencia machista está sancionada también en la cultura aborígena. Lo que lleva a las personas Aborígenes a preferir procedimientos de justicia alternativos en los que se reconoce la posición de desventaja de los hombres Aborígenes y la necesidad de que todo programa de intervención para imputados (la violencia machista e intrafamiliar en comunidades aborígenes es perpetrada principalmente por hombres) incorpore métodos de reparar el daño causado por la colonización¹³⁷⁸.

Cualquiera que sea el modelo finalmente adoptado, este debe ser culturalmente relevante, sensitivo y apropiado. Indican LORETTA KELLY y ELENA MARCHETTI, que deben seguirse cinco criterios para asegurar que las prácticas judiciales relacionadas con la violencia machista y/o intrafamiliar sean culturalmente apropiadas: (1) los valores restaurativos deben reflejar valores culturales aborígenes; (2) los procedimientos judiciales deben ser culturalmente relevantes; (3) las prácticas judiciales deben ser culturalmente sensibles; (4) los programas de justicia deben empoderar a la comunidad

¹³⁷⁷ *Ibíd.*, p. 270.

¹³⁷⁸ Harry Blagg en MARCHETTI, Eliana. «Indigenous... *op. cit.*, p. 271.

aborigen; y (5) los programas judiciales deben responder a los resultados esperados por la comunidad¹³⁷⁹.

Ahora, la discusión en relación con el desequilibrio de poder entre la persona imputada por un delito de violencia machista y la víctima en las audiencias de los tribunales aborígenes australianos, normalmente asume que la víctima está presente durante dichas audiencias. Sin embargo, en los tribunales indígenas, en la mayoría de los casos las víctimas no se presentan a las audiencias o no participan en la discusión. Muchas víctimas no acuden a las audiencias del tribunal por el temor de quebrantar una medida de protección que ha sido impuesta en contra de ellas, o por temor de provocar que su pareja quebrante la medida impuesta. En algunos tribunales indígenas la víctima puede hablar con las personas ancianas de forma previa a la audiencia. Además, existe poco apoyo para las víctimas si es que estas se presentan, lo que puede hacer difícil que expresen sus preocupaciones.¹³⁸⁰

Si bien puede criticarse a los tribunales aborígenes en materia penal de Australia por no ofrecer a las víctimas suficiente apoyo durante las audiencias, debe recordarse que estos fueron establecidos como un procedimiento centrado en el infractor más que en la víctima, y que el interés de la víctima ni siquiera fue establecido expresamente como un objeto al crear estos tribunales en todos los estados (Queensland, Victoria y Australia Occidental no lo disponen expresamente). En los estados de Australia del Sur, Territorios del Norte, Nueva Gales del Sur y Territorio Capital se menciona formalmente a la víctima, señalando como uno de los objetivos otorgar apoyo y mayor participación a la víctima en el proceso¹³⁸¹. A pesar de eso, se hace necesario considerar el impacto de estos tribunales indígenas en las víctimas de violencia intrafamiliar que concurren ante el tribunal, ya que tienen competencia para ver este tipo de delitos y las víctimas estarán a veces presentes en la audiencia¹³⁸².

ELIANA MARCHETTI, en su investigación del año 2010 sobre la posición de la víctima de violencia familiar en los tribunales indígenas australianos, señala que a partir de las opiniones recopiladas puede observarse que la visión general en estos tribunales es tratar este tipo de violencia como un problema relacional más que individual, donde

¹³⁷⁹ Loretta Kelly en MARCHETTI, Eliana. «Indigenous... *op. cit.*, p. 270.

¹³⁸⁰ MARCHETTI, Eliana. «Indigenous... *op. cit.*, p. 275.

¹³⁸¹ Dawson y Holder en MARCHETTI, Eliana. «Indigenous... *op. cit.*, p. 276.

¹³⁸² *Ibíd.*, p. 276

enfatan el hecho de que las dos partes de la relación necesitan reconsiderar su rol en la relación. Si bien esta visión no coincide con el feminismo tradicional que identifica la violencia machista como un fenómeno de género y como el ejercicio de poder y control por una parte de la pareja sobre la otra¹³⁸³, esta divergencia de visiones se explica por la importancia de la unidad familiar dentro de la cultura indígena y por el reconocimiento de que tanto la mujer indígena como el hombre tienen una historia común de opresión racial, que requiere “ayudar a las personas aborígenes a sanar, a revivir y reunir a las familias extendidas y comunidades”¹³⁸⁴. Señala la autora que, si bien estos tribunales no están adecuadamente equipados para erradicar la presencia de desequilibrio de poder entre el infractor y la víctima, sí intentan abordar este desequilibrio a través de la humillación del imputado en una forma culturalmente apropiada. La presencia de figuras con una autoridad culturalmente más acorde y el foco en curar heridas causadas por la colonización somete al imputado a un foro que es más significativo, y, por lo tanto, más aleccionador que los tribunales ordinarios. Como consecuencia, señala MARCHETTI, las víctimas tienen una mayor posibilidad de participar en un proceso que les permite compartir sus experiencias. Los tribunales indígenas en lo penal les dan a las víctimas la oportunidad de hablar abiertamente sobre sus problemas, sobre cómo se siente y como ha lidiado con la situación de violencia.

Por último, concluye que la visión común entre los actores del sistema de tribunales indígenas entrevistados para su investigación es que por lo menos estos tribunales ponen todo a descubierto. Esto incluye el daño hecho a la víctima, así como el daño que el imputado pueda haber sufrido durante su niñez. Estas revelaciones y discusiones le permiten al juez o jueza y personas ancianas o autoridades de la comunidad adecuar las penas impuestas a las necesidades del infractor, siempre en la medida de que estén disponibles programas de rehabilitación adecuados en cada comunidad.¹³⁸⁵

¹³⁸³ Hunter en MARCHETTI, Eliana. «Indigenous... *op. cit.*, p. 276.

¹³⁸⁴ *Idem.*

¹³⁸⁵ MARCHETTI, Eliana. «Indigenous... *op. cit.*, p. 278.

VII. CONCLUSIONES. TRIBUNALES INDÍGENAS EN LO PENAL EN AUSTRALIA, UNA EXPERIENCIA COMPARADA PARA REPENSAR LA INTERLEGALIDAD EN CHILE

Resulta de interés analizar si la experiencia de los *Aboriginal Court* en lo penal de los estados que componen Australia puede ser de aplicabilidad o de utilidad para Chile como institución o por lo menos en alguno de sus aspectos.

Lo primero a considerar es que el objeto principal de estos tribunales en Australia es intentar reducir la abrumadora sobrerrepresentación de personas AEIT encarceladas en Australia. Desconocemos si en Chile existe una sobrerrepresentación de personas pertenecientes a Pueblos Originarios dentro de los establecimientos penitenciarios, problema que recordemos llevó a crear una comisión especial por parte del Gobierno australiano para tratar con ese problema y el elevado número de muertes de aborígenes que ocurre en prisión, la ya mencionada Real Comisión para la Investigación de las Muertes Aborígenes bajo Custodia (RCIADIC, por sus siglas en inglés), de 1987.

La urgencia del problema de sobreencarcelamiento que aqueja a la sociedad AEIT australiana es el factor decisivo subyacente a su creación. Que su funcionamiento sea conforme a las leyes penales y procesales australianas al momento de juzgar a las personas AEIT y que el derecho consuetudinario y la costumbre indígena solo sean considerados tangencialmente dentro del marco legal oficial, habla de que nos encontramos sobre todo ante una solución parche por la urgencia que impuso la gravedad del problema en Australia. En ese contexto, las diferentes *Aboriginal Court* no son un espacio de reconocimiento de la vigencia de las propias instituciones y costumbre de la sociedad AEIT, sino una especie de segunda oportunidad para la persona imputada indígena de evitar una condena privativa de libertad —recordemos que debe declararse culpable para poder someterse a la jurisdicción del tribunal indígena— si logra demostrar su disposición al cambio y evitar nuevos hechos delictuales, y es en este último ámbito donde sí entra a jugar un rol la cultura AEIT, principalmente con la opinión, guía y consejo de las personas ancianas y otras autoridades respetables que forman parte del tribunal indígena. Es por esto que, luego de evaluar el estado de la justicia indígena en Australia, los investigadores LINCOLN y WILSON concluyen que es necesario un replanteamiento más radical: el futuro debe involucrar un sistema totalmente separado. Mientras muchos analistas parecen sugerir que la adecuación

cultural es inevitable (especialmente en donde una cultura es una poderosa mayoría), parece ser ineludible que no se dilate el reconocimiento o creación de un sistema de justicia penal Aborigen para avanzar en la reducción de la criminalización de la población Aborigen en Australia y el reconocimiento de la pluralidad cultural. La manera de avanzar, si bien no es sencilla, debe involucrar un replanteamiento radical.

La ALRC recomendó ya a principios de la década del 80 la adopción (aunque no total) del derecho consuetudinario aborigen, recomendación en la que casi no se ha avanzado por suponer un cuestionamiento en la soberanía de los Estados y todavía existir muchos prejuicios al respeto. En la actualidad se avanza en el reconocimiento y existen las diversas *Aboriginal Court* sin embargo es necesario que se el protagonismo a las personas Aborígenes y a sus comunidades a la hora de diseñar el funcionamiento de este sistema de justicia, porque son las propias comunidades las que deben decidir y no el Estado, de lo contrario estamos reproduciendo modelos hegemónicos y paternalistas que tiene un sustrato racista al considerar que el otro no es capaz por si solo o que el sistema blanco es mejor¹³⁸⁶.

Las características de los tribunales indígenas australianos dan cuenta de una institución demasiado *sui generis* como para hacer recomendable una importación de este modelo. Especialmente problemático es el requisito de tener que declararse culpable el imputado para que su caso pueda ser visto por estos tribunales. Así, los tribunales indígenas de Australia se entienden sobre todo como un tribunal de intervención, orientado a la generación de un cambio positivo en la vida del indígena que ha cometido un delito y que arriesga una pena privativa de libertad, para intentar que pueda cumplir una pena distinta al encierro. Consideramos que la solución en Chile debe orientarse a espacios que den cabida al reconocimiento e incorporación de la costumbre indígena en todo el proceso y en todos sus aspectos, y no solo en cuanto a la pena en concreto a imponer, como es el caso de los tribunales indígenas en lo penal de Australia.

Existen sin embargo elementos rescatables de la experiencia de Australia y que sí pueden servir de inspiración son en primer lugar, el objetivo de hacer los procesos judiciales más culturalmente apropiados. Desde la forma en la que se piensa la disposición de un tribunal, el lugar que ocupan los intervinientes, o su decoración, hasta

¹³⁸⁶ Robyn Lincoln y Paul Wilson en BOTTOMLEY, Stephen, y Simon BRONITT. *Law in... op. cit.*, p.142.

la participación de autoridades de la comunidad indígena local. En Chile, la creación de defensa penal especializada como es la Defensoría Penal Mapuche, o la introducción de facilitadores interculturales son ejemplos de instituciones y figuras que permiten incorporar elementos de la cosmovisión indígena y servir de puente cultural entre la persona imputada su defensa y el sistema penal, y que deben ser desarrollados y fortalecidos. Recordemos que, por ejemplo, en el caso de los y las facilitadores culturales en Chile, todavía no cuentan con una regulación clara de las labores, funciones y requisitos que debe cumplir una persona que trabaja ejerciendo estas labores en la administración de justicia.

En segundo lugar, otro de los elementos a resaltar y considerar para el caso chileno es que los tribunales aborígenes en Australia pueden adecuar las penas a una fórmula más culturalmente adecuada priorizando siempre las fórmulas alternativas al encierro. Si bien la motivación principal en la experiencia australiana viene dada por la sobrerrepresentación de la comunidad AEIT en prisión, para las personas indígenas la pena privativa de libertad resulta de especial gravedad, por lo que es valioso introducir medidas que permitan reducir su aplicación. Recordar que el *Az Mapu* para el pueblo mapuche representa un sistema meta-jurídico que regula todos los aspectos de la vida mapuche desde una cosmovisión circular y holística que gira en torno al concepto de tierra (Mapu). Dentro de esta forma de pensamiento, la cárcel y la huella de antecedentes que genera un error se ve como algo despreciable, que no cumple ninguna función y que añade más problemas que soluciones¹³⁸⁷, e impide reparar los daños y restablecer el equilibrio dentro de la comunidad. En ese contexto, parece positivo introducir medidas que impliquen sanciones más adecuadas y una menor imposición de penas privativas de libertad tratándose de comunidades humanas que presentan una raigambre y pertenencia tan fuerte con el territorio. Lo anterior, sin considerar además los efectos que puede tener la pena privativa de libertad en la familia, su economía familiar, normalmente ligada a la agricultura de subsistencia en el caso de las comunidades mapuches rurales, y la comunidad misma.

La experiencia de los tribunales indígenas en materia penal de Australia con los delitos constitutivos de violencia intrafamiliar también resulta de interés para Chile. Lo que se intenta hacer en las *Aboriginal Court* coincide con lo que se intenta en Chile en

¹³⁸⁷ Cfr. VILLEGAS DÍAZ, Myrna; MELLA-SEGUEL, Eduardo. *Cuando la costumbre... op. cit.*, pp. 11-112.

los acuerdos reparatorios en causas por delitos cometidos por personas indígenas en contexto de violencia intrafamiliar, con las limitaciones y particularidades del marco y contexto jurídico-normativo que impone cada lugar. Si bien en el caso australiano el tribunal indígena se enfoca en el momento de la determinación de la pena, y en el caso chileno el foco se pone en buscar una salida alternativa dentro del procedimiento penal que evite ir a juicio, el resultado parece en ambos casos tender a confluir en la idea de encontrar respuestas más culturalmente adecuadas para los Pueblos Indígenas dentro de la institucionalidad judicial de cada país.

Tratar casos de violencia intrafamiliar y en especial de violencia machista contra la pareja de esta forma, implica tener un especial cuidado con la víctima para evitar una revictimización y establecer medidas para evitar las desigualdades de poder entre ambas partes, para que el proceso y el resultado sea también beneficioso para la víctima. Así también, es necesario que las penas o condiciones impuestas al autor de la violencia sean culturalmente adecuadas y no sean vistas como demasiado blandas o permisivas. Como señala ELIANA MARCHETTI, en el caso australiano se intentan abordar estos desequilibrios con la presencia de figuras con una autoridad culturalmente más acorde, como las personas ancianas, la humillación o descrédito público del imputado en una forma culturalmente apropiada, y una mayor posibilidad para las víctimas de participar en un proceso que les permite compartir sus experiencias. Los acuerdos reparatorios en causas de violencia intrafamiliar cometidos por personas indígenas en Chile todavía son vistos como soluciones muy blandas y que toman poco en cuenta a la víctima, por lo que dotarla de mayor relevancia, involucrar a las autoridades de la comunidad indígena local por ejemplo como autoridades que participan en el proceso y son consultadas para determinar las medidas más adecuadas y significativas a imponer, o para verificar el cumplimiento de las condiciones impuestas, podría permitir situar a los acuerdos reparatorios entre personas indígenas como respuestas más adecuadas y culturalmente afines dentro del contexto de la violencia intrafamiliar.

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

La presente tesis de doctorado partió de la siguiente hipótesis de trabajo: existe un sesgo racista y conservador en la redacción de las normas de violencia intrafamiliar y en su aplicación. Desde este lugar de análisis emerge la tensión que se vive entre género/raza-etnia. La interrelación entre estos factores complejiza el análisis jurídico y lo abre a otros saberes epistemológicos que exigieron ir más allá de la variable de género y un enfoque interseccional, poniendo en evidencia la necesidad de partir de la raíz colonial y la perspectiva indígena. Es así como se llega a los estudios feministas decoloniales que fundamentan el marco teórico que se despliega en la Primera Parte de la presente investigación y que permite el desarrollo de las siguientes cuatro partes, donde se analiza el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en específico los derechos de las mujeres y los derechos de los Pueblos Originarios, la derogada Ley 19.325 de Violencia Intrafamiliar y la actual Ley 20.066 de Violencia Intrafamiliar, las respuestas preventivas e sancionadoras que contiene el *Az Mapu* y las reivindicaciones de las mujeres mapuche en su lucha por erradicar la violencia machista y avanzar en su reconocimiento y autonomía como Pueblo Originario. El último capítulo se dedica al estudio de la situación en Australia, con el objetivo de demostrar la existencia de una continuidad entre la teoría del Sur global, la criminología del Sur y la teoría decolonial y su potencialidad para ser aplicada en investigaciones jurídico-penales. En concreto se analizan las *Aboriginal Courts* como jurisdicción especializada de composición mixta, con funcionariado de justicia y autoridades Aborígenes, así como integrantes de la comunidad Aborigen para conocer de todo tipo de delitos incluidos los de violencia machista en contexto violencia intrafamiliar. A continuación, se recogen las principales conclusiones y propuestas estructuradas de acorde a las partes y objetivos de este trabajo.

La Primera Parte, titulada «La decolonialidad, la epistemología feminista e indígena como marcos teóricos para el análisis de la legislación en prevención y sanción de la violencia machista en Chile y en el *Wall Mapu*», tiene como objetivo establecer un marco teórico que permita abordar el análisis legislativo y jurídico-penal con una mirada interseccional desde la perspectiva indígena. Decidir qué teoría emplear, así como el abordaje metodológico no fue una cuestión fácil de resolver, sino todo lo

contrario: se tomaron todas las precauciones que exige una investigación científica responsable éticamente, pues como sostiene MARGARET KOVACH, se trata de un acto político, una toma de partido, que debe realizarse teniendo en cuenta la pregunta y el propósito de la investigación, el contexto indígena en el que se desarrolla y el propio deseo que nos impulsa a realizarla. No se trata únicamente de escoger un marco teórico de análisis, sino que se trata de una teoría, una metodología y una nueva posición del sujeto/objeto dentro de la investigación¹³⁸⁸.

Para este abordaje teórico y metodológico se emplean los estudios decoloniales que establecen la conquista de América como hecho histórico que desencadena el racismo, la modernidad y la globalización al conectar el mundo. Desde estas investigaciones se afirma que la idea de raza tiene su origen en la «limpieza de sangre» que surge en la Península Ibérica cuando se expulsan a las personas gitanas, judías y se conquista Al-Ándalus a los pueblos musulmanes¹³⁸⁹. Pero es en la conquista de América cuando la idea de raza da origen al racismo¹³⁹⁰, fundamentado en la creencia de que los no-europeos tienen una estructura biológica y cultural inferior a la de los europeos. En la justificación de la superioridad de las razas europeas sobre las etnias negras o las indígenas, la ciencia contribuyó enormemente elaborando pseudo estudios científicos que avalaban la superioridad racial de los hombres blancos por encima de las personas nativas de los territorios que se estaban conquistando, que fueron racializadas y clasificadas como bestias, como seres biológica y culturalmente inferiores¹³⁹¹, donde no tenían cabida los discursos sobre la feminidad que solo se aplicaban a las mujeres blancas. Las mujeres racializadas eran tratadas como hembras y valoradas en la medida que podían trabajar y reproducirse como si se tratara de cualquier otra pieza de ganado¹³⁹². Ello permitió y permite que los hombres blancos ocuparan y ocupen actualmente todavía una posición superior en la historia de la humanidad y el dominio actual en el sistema mundo global.

¹³⁸⁸ Cfr. KOVACH, Margaret. «Doing Indigenous Methodologies... *op. cit.*, p. 216

¹³⁸⁹ QUIJANO, Anibal. «"Raza"... *op. cit.* pp. 8-11.

¹³⁹⁰ IVANNA GIGENA, Andrea. «Lecturas postcoloniales... *op. cit.* p., 11.

¹³⁹¹ Sobre el desarrollo de la ciencia como un dispositivo de legitimación racial véase: LALUEZA, Carles. «Dos siglos... *op. cit.*, pp. 7-25., 2001; ALFREDO GUIMARAES, Antonio Sergio. «El mito del anti-racismo... *op. cit.*; LANDER, Edgardo. *La colonialidad del saber...op.cit.*; CASTRO-GÓMEZ, Santiago. «El lado oscuro de la "época clásica"... *op. cit.* pp. 119-152; TAGUIEFF, Pierre André. «El racismo... *op. cit.*, p. 3-14; OCHOA MUÑOZ, Karina. «El debate sobre las y los amerindios... *op. cit.*, pp. 13-22.

¹³⁹² En este sentido: LUGONES, María. «Hacia un feminismo descolonial... *op. cit.*, pp. 107-108 y ESPINOSA-MIÑOSO, Yuderksy. «De por qué es necesario un feminismo descolonial...*op. cit.* p. 153.

El feminismo decolonial profundiza en las consecuencias que en América Latina tuvo el colonialismo español como sistema de dominación basado en la bestialización, y en las consecuencias de la instauración de un sistema de género patriarcal, europeo y cristiano que alteró el rol de la mujer en las sociedades indígenas situándolas cada vez en una posición más subordinada en relación con el hombre indígena colonizado y en consecuencia modificando todas las relaciones de equilibrio y poder comunitarias.

La conquista es el momento histórico que da lugar a la época moderna al conectar globalmente el planeta situando en el centro a Europa y en la periferia a las colonias. La conquista y colonización suponen la negación de pluralidad cultural y la naturalización de las relaciones de dominación y subordinación basadas en el racismo¹³⁹³; a esto se le denomina «patrón de poder colonial»¹³⁹⁴ y supone uno de los principales hitos fundacionales de la historia del capitalismo como fenómeno planetario, global y no únicamente europeo¹³⁹⁵. Este patrón de poder sigue presente en la actualidad y se ha convertido en lo que ANIBAL QUIJANO denomina «patrón de poder mundial», a través de él se explica cómo las estructuras de la dominación colonial: raza, explotación social, Estado-Nación, y eurocentrismo como modelo de conocimiento, perviven a la colonia dando lugar en las sociedades latinoamericanas a la colonialidad¹³⁹⁶, la cual impregna todas las áreas de la vida, desde la «colonialidad del ser», que pone de manifiesto cómo la negación del conocimiento se constituye en una forma de negación de la propia existencia del pensamiento que termina por hacer parte del propio ser; a la «colonialidad del saber» que supone el rechazo o infravaloración de las formas de conocimiento propias frente a los conocimientos de la colonia. Lo que en la actualidad lleva a considerar mejores los recursos científicos, metodológicos y epistemológicos, que se generan en el Norte global, lo que contribuye a la devaluación de la ciencia y saberes locales en aras a las investigaciones que se producen en el extranjero. Las consecuencias fatales de este fenómeno global, son que cada vez más los centros del conocimiento se sitúan en el Norte y principalmente la ciencia se escriba en inglés, lo que supone una

¹³⁹³ Cfr. DE SOUSA SANTOS, Boaventura «Cuando los excluidos tienen derecho... *op. cit.* p. 22

¹³⁹⁴ WALSH, Catherine. «Interculturalidad crítica... *op. cit.* p. 4; PALERMO, Zulema (coord), DE OTO, Alejandro. y BIDASECA, Karina. «Conocimiento de otro modo...*op. cit.*, p. 358; QUIJANO, Aníbal «Colonialidad y modernidad/racionalidad...*op. cit.*; QUIJANO, Aníbal «Colonialidad del poder... *op. cit.*

¹³⁹⁴ Cfr. QUIJANO, Aníbal «Colonialidad del poder, globalización y de

¹³⁹⁵ Sobre el nacimiento de la modernidad en 1492 y la visión de la modernidad desde la decolonialidad véase: PALERMO, Zulema (coord), Alejandro DE OTO y Karina BIDASECA. «Conocimiento de otro modo...*op. cit.*, p. 362; DUSSEL, Enrique. «Europa, modernidad y eurocentrismo... *op. cit.*, p. 27; MIGNOLO, Walter. «La colonialidad a lo largo...*op. cit.*, p. 35.

¹³⁹⁶ QUIJANO, Aníbal «Colonialidad y modernidad/racionalidad...*op. cit.*p. 12

pérdida de conocimiento en los países y saberes de la periferia a sí como una captación del talento humano en investigación por las potencias económicas del Norte global¹³⁹⁷.

Un ejemplo de esta colonialidad del saber o «pensamiento metropolitano» como lo denomina RAEWYN CONNELL¹³⁹⁸ lo representa la teoría de género, que si bien en los países del Norte permite explicar las estructuras patriarcales sobre las que se sostiene la sociedad occidental, determinados feminismos la vistieron de universalidad y hegemonía¹³⁹⁹ y la aplicaron directamente a las mujeres con cosmovisiones indígenas, arrasando con ello sus saberes ancestrales; este hecho se ha conceptualizado como «racismo de género»¹⁴⁰⁰.

Esta colonialidad del saber en el ámbito penal y criminológico tiene como consecuencia que no se estudian los fenómenos locales de criminalidad ni se buscan respuestas situadas; por el contrario, se importan las agendas internacionales de seguridad ciudadana y lucha contra el narcotráfico, se tipifican delitos en función de lo que interesa a los países del Norte, y de la misma forma que se hace en esos países, sin tener en cuenta el impacto de esta tipificación en las culturas locales, por ello es necesario elaborar criminología situada que tenga en cuenta la colonialidad que está presente en América Latina y la pluralidad cultural del continente, una «criminología decolonial» pensada desde la periferia, desde el Sur global que forme parte de este tronco teórico que es la criminología del Sur¹⁴⁰¹.

Las consecuencias de la herida colonial pueden rastrearse hasta la configuración del Estado chileno como un Estado-Nación al estilo de la metrópolis que toma como referentes las formas de hacer política y de legislar del Norte. Ejemplo de esto en Chile es que todavía no reconoce en la Constitución la conformación pluricultural y

¹³⁹⁷ GRUPO DE ESTUDIOS SOBRE COLONIALIDAD. «Estudios decoloniales... *op. cit.*; PALERMO, Zulema (coord), Alejandro DE OTO y Karina BIDASECA. «Conocimiento de otro modo...*op. cit.*, p. 373; CASTRO-GÓMEZ, Santiago. «Descolonizar la Universidad... *op. cit.*, pp. 79-91.

¹³⁹⁸ CONNELL, Raewyn. *Southern Theory: The Global Dynamics of Knowledge in the Social Science*. Allen & Unwin, 2007.

¹³⁹⁹ Sobre la universalización como una forma de hegemonía que invisibiliza y discrimina otras culturas véase: PALERMO, Zulema (coord), Alejandro DE OTO y Karina BIDASECA. «Conocimiento de otro modo...*op. cit.*, p. 356; RUBIO CASTRO, Ana. «El feminismo de la diferencia... *op. cit.*, p. 185-186; ARAIZA DÍAZ, Alejandra. «De la política...*op. cit.*, p. 170; BLAZQUEZ GRAF, Norma. «Epistemología feminista... *op. cit.*, pp. 22 y ss.

¹⁴⁰⁰ ESPINOSA-MIÑOSO, Yuderlys. «Una crítica decolonial... *op. cit.*, p. 10.

¹⁴⁰¹ En este sentido véase: CARRINGTON, Kerry, Russell HOGG, y Máximo SOZZO. «Southern criminology... *op. cit.*; CARRINGTON, Kerry, y Russell HOGG. «Decostructing Criminology's... *op. cit.*, p.

plurinacional del país, lo que genera discriminación racial institucional al construirse y legitimarse a través de instituciones como el Derecho estereotipos negativos que continúan sobre las personas de las etnias que previamente fueron racializadas, esto es, consideradas inferiores, que son las mismas que hoy están en condiciones de vulnerabilidad social, y sus conocimientos, saberes y opiniones son infravalorados o descartados.

Los estudios sobre la colonialidad/decolonialidad y las diversas ramificaciones que de ella se derivan configuran no solo una teoría del conocimiento sino también una nueva metodología, lo que hace que esta propuesta científica sea compleja y amplia. Las diferentes autoras y autores han sabido importar para los estudios decoloniales los aprendizajes de otras áreas, de forma que desde la teoría decolonial se desarrolla epistemología feminista e indígena y también podemos construir desde este modelo de conocimiento «criminología decolonial». Esta forma de realizar ciencia tiene sus teorías homólogas geográficamente situadas en otras latitudes como son la *Indigenous methodologies* en Canadá, o la teoría del pensamiento metropolitano y la criminología del Sur en Australia.

Desde que se inician las conquistas hasta la actualidad la gestión de la pluralidad cultural es un fenómeno que ha tenido que ser regulado. En la época de conquista esta gestión se hizo a través del concepto de raza que servía para legitimar las «guerras de conquista» y posteriormente para clasificar las personas en una jerarquía social donde las más blancas dominaban a las razas indígenas, jerarquía vigente. Hoy esta gestión se logra a través de categorías más sofisticadas que aun tratando de disfrazarse con elementos de diversidad y reconocimiento cultural se ubican en la idea de la integración y mantienen un patrón de poder neoliberal. Me estoy refiriendo en concreto a todas las variantes que se han construido entorno a las propuestas de «multiculturalidad» o «multiculturalidad neoliberal»¹⁴⁰² que surgen en el Norte global para hacerse cargo de la pluralidad cultural, religiosa, etnicidad, migraciones y diversas identidades nacionales o regionales¹⁴⁰³. Este concepto neutraliza los conflictos interétnicos e instala una geopolítica del conocimiento que hace desaparecer las historias locales y autoriza un

¹⁴⁰² DE SOUSA SANTOS, Boaventura «Cuando los excluidos tienen derecho...*op. cit.*, p. 22.

¹⁴⁰³ VERA GAJARDO, Antonieta. «Un acercamiento interseccional al discurso de la tradición en casos de violencia a mujeres Mapuche.» Editado por Universidad de los Andes. *Revista de Estudios Sociales*, n° 64, abril 2018, p. 3

sentido universal de las sociedades multiculturales¹⁴⁰⁴. Manifestación de estas políticas multiculturales neoliberales en Chile es la Ley 19.253, de 5 de octubre de 1993, que Establece Normas sobre protección, fomento y desarrollo de los Indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, ejemplo expreso de ello es su artículo 54 que autoriza determinadas manifestaciones culturales indígenas en materia de justicia, pero nunca en materia de Derecho penal y propiedad de las tierras ancestrales que se encuentran en manos de propietarios no indígenas¹⁴⁰⁵.

El «multiculturalismo neoliberal» evoluciona en lo que CATHERINE WALSH denomina «interculturalidad funcional», que trata de promover el diálogo y la tolerancia sin tocar las causas de asimetría y cultural vigentes¹⁴⁰⁶. Estas dos formas de gestión de la pluralidad forman parte de un proceso de re-acomodación de los proyectos de neoliberalización y las necesidades de mercado que buscaban neutralizar las tensiones que surgían entre los diferentes Pueblos y los intereses de mercado, por ello forman parte de las estrategias de re-colonialidad¹⁴⁰⁷.

Frente a estos modelos que tratan de neutralizar las luchas indígenas y desarrollar políticas asimilacionistas¹⁴⁰⁸, surge la «interculturalidad crítica», como fórmula contra-hegemónica que nace desde los movimientos sociales y se construye afrontando el problema estructural-colonial-capitalista como proyecto político, social-epistémico y ético, que busca suprimir las causas de la asimetría social y cultural vigentes hoy por métodos políticos no violentos. Por ello debe ser entendida como un proceso y proyecto dirigido a la derrumbar las estructuras sociales, políticas y epistémicas de la colonialidad, hasta ahora permanentes¹⁴⁰⁹.

Una manifestación de esta interlegalidad crítica en el ámbito del Derecho es la «interlegalidad», DE SOUSA SANTOS define la interlegalidad como un proceso altamente dinámico, debido a que los diferentes espacios jurídicos no son sincrónicos y por esto

¹⁴⁰⁴ Cfr. PALERMO, Zulma, DEOTO, Alejandro y BIDASECA, Karina. «Conocimiento de otro modo... op. cit. pp. 368-369.

¹⁴⁰⁵ Cfr. COUSO, Jaime. «Multiculturalismo y derecho penal: el caso chileno.» En *Libro homenaje al profesor Herán Hormazábal Malrée*, de Edison Carrasco Jimenez (coord.). Santiago de Chile: Librotecnia, 2015, pp. 184 y ss.

¹⁴⁰⁶ Cfr. WALSH, Catherine. «Interculturalidad crítica y pedagogía de-colonial... op. cit., pp. 7-8.

¹⁴⁰⁷ Cfr. VERA GAJARDO, Antonieta. «Un acercamiento interseccional... op. cit., p. 4.

¹⁴⁰⁸ *Ibíd.*, p. 3.

¹⁴⁰⁹ *Ibíd.*, p. 7 y ss. Las comillas las usa la autora para resaltar cada concepto.

tienen como resultado una mezcla irregular e inestable de códigos jurídicos¹⁴¹⁰. La porosidad de los sistemas jurídicos también es captada y transformada desde los Pueblos Originarios y sus sistemas de justicias, pues estos como señala GRIJALVA JIMÉNEZ no existen de forma aislada y emplean para sus intereses ambos sistemas relacionándolos entre sí¹⁴¹¹. La interlegalidad por lo tanto representa la convivencia e interrelación del pluralismo jurídico de forma horizontal, lo que hace de este concepto un elemento clave para entender la concepción posmoderna del Derecho.

En nuestra hipótesis de partida no solamente hacíamos referencia a un sesgo de raza sino también a un sesgo conservador, por ello se incluyó en esta Primera Parte un epígrafe titulado «Aportes de los estudios feministas e indígenas al Derecho penal en materia de violencia machista» dedicado a visualizar la relación directa que existe entre las teorías feministas, las reivindicaciones de los derechos de las mujeres y su influencia en el Derecho en general y en el Derecho penal en particular con la creación de nuevos tipos penales y mejores tipificaciones de los delitos que afectan especialmente a las mujeres, como la discriminación y la violencia machista.

Las feministas establecieron profundas críticas al Derecho y en concreto al Derecho Penal que se desarrollaron en gran medida gracias a las investigaciones epistemológicas que situaron en el centro la experiencia de la persona que toma decisiones, ya sea en el ámbito legislativo, en la investigación (judicial o académica) o en un proceso judicial. La epistemología feminista desveló cómo las investigaciones construidas sobre la idea de rigurosa objetividad y sujetos universales, en realidad son conocimientos subjetivos condicionados por el lugar de procedencia, el género, la raza y los recursos económicos¹⁴¹². Al analizar desde estas variables el Derecho se comprobó cómo fue construido por y para el hombre blanco, burgués, occidental, heterosexual, propietario, y, por lo tanto, las leyes que por él se aprobaron respondían y resguardaban sus intereses

¹⁴¹⁰ Boaventura de Sousa Santos en NICKEL, Rainer. «Interlegalidad... op. cit., p. 206.

¹⁴¹¹ GRIJALVA JIMÉNEZ, Agustín. «Del presente se inventa el futuro... op. cit., p. 24.

¹⁴¹² Sobre el valor de la experiencia en la epistemología feminista véase: BLAZQUEZ GRAF, Norma. «Epistemología feminista... op. cit., pp. 22 y ss.; HARDING, Sandra. «¿Existe... op. cit., p. 3; ARAIZA DÍAZ, Alejandra. «De la política... op. cit., p. 170; DE ARMAS PEDRAZA, Tania, y Cristian VENEGAS AHUMADA. «Patriarcado y capitalismo académico... op. cit., NICOLÁS LAZO, Gemma. «Algunas reflexiones sobre la investigación jurídica... op. cit., p. 79; CRENSHAW, Kimberle. «Demarginalizing the Intersection... op. cit.; CRENSHAW, Kimberlé. «Raza, reforma y retroceso... op. cit.; BARRÈRE UNZUETA, María de los Ángeles. «La interseccionalidad como desafío... op. cit.; VERA GAJARDO, Antonieta. «Un acercamiento interseccional... op. cit., p. 4.

situándolos por encima de los derechos de las mujeres a quienes se les negaban en muchas ocasiones los mismos derechos, como: derecho al voto, derecho a ser propietaria, derecho a casarse o continuar soltera, no perder su identidad dentro del matrimonio y poder administrar su patrimonio, derecho al aborto, derecho a la vida y a no ser maltratada.

El ordenamiento penal, por lo tanto, se diseñó para favorecer la posición del hombre imputado en los delitos que cometía contra una mujer, de forma que el tratamiento que existe para las mujeres víctimas en el proceso penal es de tal crueldad que las revictimiza. Por ello los feminismos denunciaron al Derecho como una de las estructuras que sostiene la sociedad patriarcal. De esta forma, la principal estructura social que debe garantizar una sociedad justa, es en realidad un mecanismo construido sobre dos ideas: la primera, que los blancos son superiores a cualquier otra raza, y aprobaron leyes que legitimaban su posición de dominio y legalizaban la esclavitud, el genocidio entre otras bárbaries; y la segunda, que los hombres son diferentes y superiores a las mujeres, por ello su espacio es la vida privada y pública, y las mujeres solo pueden participar en la vida privada que es su espacio natural por su rol delicado y maternal, atributos de la femineidad que solo se aplican a las mujeres blancas.

En la construcción de un sistema de justicia penal que se hiciese cargo de los delitos que las mujeres sufren por el mero hecho de ser mujeres, las investigaciones feministas realizaron un trabajo de conceptualización imprescindible para poder tipificar ese problema que antes no tenía nombre, y ahora tiene tantos: violencia doméstica, violencia intrafamiliar, violencia de género, violencia machista, terrorismo machista, violencia contra la(s) mujer(es), femicidio y feminicidio. El estudio de estas categorías conceptuales que muchas veces aparecen mencionadas como sinónimos cuando no lo son es fundamental para conocer qué realidad están nombrando, las ventajas y limitaciones de cada término, y para contextualizarlas en el discurso ideológico y criminológico que el legislador chileno desarrolla en las leyes de violencia intrafamiliar.

En Chile los modelos de regulación de la violencia machista responden a postulados de corte ideológico conservador que sitúa la violencia machista en el ámbito privado protegiendo solo a las mujeres que se ubican dentro del rol tradicional en la sociedad heteropatriarcal sin adoptar una perspectiva de género ni hacerse cargo de la pluralidad cultural. Estas falencias de la legislación chilena no se pueden achacar a una

falta de desarrollo teórico, pues las investigaciones feministas se remontan a varios siglos de trabajo y en el año 2005 existe un grueso cuerpo teórico que une el feminismo y la pluralidad cultural. Cuando el Legislador chileno decide construir un ley que habla de violencia intrafamiliar donde no se diferencia la especificidad de la violencia machista contra las mujeres y todas las víctimas quedan equiparadas, igualándose las mujeres a niñas, niños y personas que necesitan una especial protección, lo que hace es adoptar una postura paternalista y únicamente hacerse cargo de una dimensión reducida de la violencia machista: aquella que se produce en el ámbito familiar, cuando existe convivencia o hijos o hijas en común. Por lo tanto, el legislador es conocedor de las limitaciones de este concepto de violencia intrafamiliar, al reducir la dimensión de la violencia, pues entre otras manifestaciones no contempla la violencia en las relaciones de pareja de pololeo o noviazgo sin convivencia, renunciando el Legislador a conceptualizaciones más avanzadas como «violencia(s) contra la mujer(es)», concepto consagrado en la Convención Belén do Para, de la que Chile es signatario y texto internacional que supuestamente fundamenta la creación de la Ley de Violencia Intrafamiliar 20.066 , y que define la violencia contra la mujer en su artículo 1º, 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 privado.

El concepto de «violencia machista» es el que considero que mejor capta la dimensión del problema al hacer alusión directa a la raíz de la violencia, el machismo entendido como ideología discriminadora occidental, y permite no solo describir la violencia como una manifestación de la supremacía masculina sobre la femenina sino sobre cualquier otra expresión de género y rastrear su origen colonial. Se configura así la violencia machista como un *hate crime*, lo cual permitirá su aplicación indistintamente de que la mujer tenga o no un rol tradicional en la sociedad.

En conclusión, el sustrato ideológico que crea el Derecho estatal chileno tiene como base el pensamiento liberal europeo que consagra la idea de un Estado-Nación único que da lugar a un sistema jurídico monista, monolingüe y patriarcal. Además, la influencia de los países del Norte en la legislación chilena tiene como consecuencia la importación de soluciones homogeneizantes que facilitan la entrada del libre mercado. Este proceso de colonialidad y multiculturalismo liberal afecta gravemente los derechos de las mujeres de los Pueblos Originarios.

En la Segunda Parte titulada «Marco jurídico de protección de las mujeres de Pueblos Originarios desde el Derecho Internacional y Regional de los Derechos Humanos», el análisis se centra en conocer las herramientas que existen en la esfera internacional de los Derechos Humanos que permitan en el ámbito estatal proteger los Derechos Humanos de las mujeres de Pueblos Originarios, a pesar de que Chile no haya desarrollado suficientemente estos derechos en el ordenamiento interno.

El estudio revela que las mismas críticas que se han señalado del ordenamiento jurídico estatal se reproducen a escala internacional en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, elaborado desde un sesgo racista y patriarcal, que no fue diseñado para ser aplicado a la pluralidad de personas, quedando especialmente discriminadas aquellas mujeres que son indígenas o de etnias minoritarias¹⁴¹³. Para superar estas deficiencias se han desarrollado áreas específicas de Derechos Humanos que se centran en la protección de las mujeres y los Pueblos Originarios, que, si bien son un avance, también se han construido desde el pensamiento hegemónico del Norte.

En concreto en el plano internacional de los Derechos Humanos de las Mujeres los textos internacionales que se marcan como objetivo luchar contra la discriminación, la CEDAW, y erradicar y sancionar la violencia contra la mujer, la Convención Belém do Pará, fueron pensadas no desde las necesidades de todas las mujeres a las que este marco jurídico debía proteger, sino que respondieron a las agendas políticas de las mujeres del Norte, excluyéndose las experiencias de vida y la discriminación que viven las mujeres racializadas, las mujeres indígenas o de Pueblos Originarios y las mujeres rurales¹⁴¹⁴.

Los principales instrumentos internacionales en materia de derechos y reconocimiento de Pueblos Originarios son dos: el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas. El Convenio 169 de la OIT se aprobó sin contar con la participación de los Pueblos Originarios

¹⁴¹³ En este sentido: PALACIOS ZULOAGA, Patricia. *El tratamiento...op.cit.*, p. 8; MIQUEL ACOSTA, Carmen. «Claves feministas... op. cit.»;DÍAZ, Ingrid. «La violencia sexual y de género... op. cit.»; GALINDO, María. «Feminismo urgente... op. cit.», pp. 45 y 53.

¹⁴¹⁴ Sobre la relevancia de los tratados internacionales citados y las críticas a los mismos véase: LACRAMPETTE POLANCO, Nicole, y Catalina LAGOS TSCHORNE. «Los Sistemas...op.cit.», p. 83; MATUS, Verónica. «Lo privado y lo público... op. cit. p. 73; CALFIO MONTALVA, Margarita, y Luisa Fernanda VELASCO. «Mujeres indígenas... op. cit.», p. 506; GALINDO, María. «Feminismo urgente... op. cit.», p.45; NASH ROJAS, Claudio y Catalina LAGOS TSCHORNE et al. *Erradicación de la violencia... op. cit.*;

debido a la configuración tripartita (Estados, Sindicatos y empresarios de la OIT) y si bien es un instrumento de aplicación directa en Chile, su articulado es controversial, reconociendo la Justicia Indígena siempre y cuando este sea compatible con la legislación del Estado y los Derechos Humanos. Regulación que considero subordina nuevamente la Justicia Indígena que queda a la merced de la valoración que desde los tribunales estatales se hace del mismo, y consagra una concepción universal de los Derechos Humanos que se vuelve hegemónica, pues esta se acordó también sin la participación de los Pueblos Originarios.

Este debate alcanza su punto más crítico cuando se abordan las prácticas sancionadoras de los Pueblos Originarios que en algunos casos pueden ser vistas por los tribunales estatales como formas de castigo que atentan contra la integridad física de las personas llegando incluso a verse como formas de tortura. Si bien considero que el derecho a la vida es inalienable, es necesario relativizar el discurso y modular que prácticas puede considerarse que atentan contra la integridad física de las personas. Y ello porque es frecuente que en las cosmovisiones indígenas existan formas de castigo que emplean el uso de la violencia ejercida de forma controlada, por ejemplo, latigazos con ortigas, donde si bien se está lesionando la integridad física de la persona, esto no es un motivo para prohibir las formas ancestrales de justicia, pues los castigos representan dentro de la cosmovisión la vía para restablecer el equilibrio roto y permiten a la persona que ha transgredido las normas de la comunidad reintegrarse a la misma en el momento, a diferencia de la cárcel, que además es una forma de castigo desaprobada desde las cosmovisiones indígenas, porque no ayuda ni a restablecer el equilibrio ni a la comunidad.

En relación con la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, se trata de un texto más avanzado con referencias directas a la situación de las mujeres y poblaciones vulnerabilizadas. Este estándar internacional eleva el compromiso de Chile con los Pueblos Originarios y el respeto que se debe a la institucionalidad de las propias comunidades, especialmente con relación a la necesidad de proteger las formas tradicionales de administrar justicia, tendencia que se reafirma en las Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de los grupos en situación de vulnerabilidad, concretamente incorpora como elementos de vulnerabilidad ser mujer, indígena y pertenecer a una minoría. En este sentido establece en su párrafo 9, que los poderes judiciales deben asegurar que el trato que reciban las personas por parte de los

órganos de la administración de justicia sea respetuoso con su dignidad, lengua y tradiciones culturales. Todo ello sin perjuicio de que puedan aplicarse formas propias de justicia indígena, así como armonizar los sistemas de administración de justicia estatal e indígena hasta el respeto mutuo, lo que incluye la realización de peritajes antropológicos y garantizar el derecho a expresarse en el propio idioma (párrafo 48 y 49), entre otras medidas aplicables.

En conclusión, los estándares internacionales se han diseñado desde planteamientos asimilacionistas y asistencialistas¹⁴¹⁵; a pesar de ello y gracias a la presión constante de los Pueblos Originarios estos estándares internacionales y las interpretaciones cada vez más plurales y abiertas que se hacen de ellos se han convertido en herramienta imprescindible para la defensa de los derechos individuales y colectivos de las mujeres mapuche en la esfera estatal e internacional. Concretamente en Chile el Convenio 169 de la OIT y la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas nos permiten garantizar el respeto a los sistemas de justicia ancestrales y una defensa culturalmente motivada en las causas penales, así como el reconocimiento de la jurisdicción indígena incluyéndose la posibilidad de determinar la responsabilidad y la sanción, también los casos de violencia machista.

Este ordenamiento jurídico internacional tiene su impacto en el Derecho interno, donde en materia de violencia contra la mujer se sancionan instrumentos contra algunas manifestaciones de la violencia machista, en especial La Ley de Violencia Intrafamiliar de 1994, la actual Ley de Violencia Intrafamiliar del año 2005 y la introducción de la figura de femicidio en 2010. Estas normas si bien han supuesto un avance en la materia se han diseñado e implementado desde la lógica del monismo jurídico, lo que deja a las mujeres de los Pueblos Originarios en una situación de discriminación a la hora de ejercitar sus derechos de acceso a la justicia. En aras a corregir esta situación se han creado figuras de apoyo como las facilitadoras y facilitadores interculturales y oficinas con trato especializado que introducen una perspectiva multicultural en la administración de justicia. Estos son los temas que se abordan en la Parte Tercera titulada «Violencia machista contra las mujeres mapuche. Análisis de las leyes de

¹⁴¹⁵ En este sentido MEREMINSKAYA, Elina. «El Convenio 169... *op. cit.*, p. 221 y LILLO VERA, Rodrigo. «El Convenio 169 de la OIT y la defensa penal de indígenas.» Minuta Regional, Defensorías Regionales, Defensoría Penal Pública, 2010, pp. 5-6.

Violencia Intrafamiliar y su aplicación en los tribunales penales y de familia en La Araucanía».

La Ley 19.325 de Violencia Intrafamiliar se sanciona en el año 1994. Esta norma concibe el problema de la violencia como una cuestión privada y apuesta por una concepción terapéutica que se canalizó con la introducción de la conciliación, cuya utilización se centró más en la reconciliación que en la sanción de la violencia. Los resultados de la ley no fueron satisfactorios, realizándose por parte de los tribunales un abuso de la conciliación que se mostró como una fórmula nefasta para abordar la violencia machista, al no tener en cuenta el desequilibrio de poder que existe entre las partes ni sancionar con efectividad al agresor. En el año 2005 se aprueba la Ley 20.066 de Violencia Intrafamiliar la cual, sin abandonar una concepción todavía anclada en la conceptualización intrafamiliar de la violencia, prohíbe cualquier tipo de conciliación o acuerdo entre las partes no ámbito penal e introduce reformas penales, entre las cuales destaca la tipificación del delito de maltrato habitual para abordar la violencia machista.

En ninguna de estas leyes se ha tenido en cuenta la pluralidad cultural en Chile por parte del Legislador y nunca se ha realizado una consulta indígena a las mujeres sobre este particular. Esta falta de interés responde al racismo institucional que forma parte del modo de operar y actúa de forma implícita dentro de la lógica de la colonialidad-institucional. Este racismo está implícito, interiorizado y se manifiesta por inactividad, esto es, cuando no se tiene en cuenta la pluralidad cultural, que es obligación del legislador. En consecuencia, el cuerpo legal que se genera por parte del Congreso, son normas que reproducen lo que sucedía en la esfera internacional, solo aportan soluciones a los problemas de una parte de la población, y estas soluciones tratan de presentarse como universales. Precisamente, esta forma de configurar soluciones homogéneas constituye una de las principales causas de discriminación por no permitirse respuestas adaptadas a pluralidad cultural y desde la pluralidad cultural.

Un ejemplo claro que demuestra todavía las grandes barreras y la discriminación de las personas pertenecientes a los Pueblos Originarios, y en concreto de las mujeres del Pueblo Mapuche, es que hasta el año 2018 carecieron de representantes electas en el Congreso ni en el Senado, de forma que no tenían una voz específica que pusiera de manifiesto en los trámites legislativos las necesidades y problemáticas que las concretas leyes suponían para su pueblo. A esto hay que sumar que no se realizó ninguna consulta

indígena sobre la regulación da sanción por violencia intrafamiliar. De ello cabe concluir que el Derecho penal sigue siendo una cuestión monocultural, reservada al Estado, y a los penalistas-académicos casi todos hombres no indígenas, y sobre la que no se da la capacidad de decidir a los Pueblos Originarios.

En consecuencia, en la actualidad el marco legal que existe para sancionar la violencia machista, acotada su dimensión por el Legislador a la categoría de intrafamiliar, no se adecua a las necesidades de las mujeres mapuche. Y ello porque es una ley sin perspectiva de género-indígena, y tampoco tiene en cuenta la situación de ruralidad. Si bien establece un modelo de familia amplia, esta tampoco encaja con la familia mapuche, y no sanciona la violencia en las relaciones sin convivencia. Además, parte de la concepción de la mujer como víctima de forma que no se tiene en cuenta la estrategia de supervivencia de esta mujer y tiende a tratarse a las mujeres desde el paternalismo¹⁴¹⁶. Y lo más importante, prohíbe los acuerdos reparatorios, fundamentales para abordar la violencia en las comunidades indígenas, sobre todo cuando esta se produce en la forma de amenazas o lesiones leves entre diferentes integrantes de la familia.

Si bien es cierto que las leyes no establecieron ninguna regulación especial en relación con los Pueblos Originarios, se comprobó a largo de la investigación que existe una cierta especialización en el sistema de justicia y se han desarrollado instituciones para atender a personas mapuche en la región de La Araucanía, especialmente la Defensoría Penal Pública Mapuche, la introducción de peritajes antropológicos, la figura de la facilitadora o facilitador intercultural, que posibilitaron especialmente a partir de la suscripción del Convenio 169 de la OIT abrir el Derecho penal a una aplicación culturalmente motivada y redefinir el límite del artículo 241 del CPP, que permite los acuerdos reparatorios en delitos de lesiones leves con base en los artículos 8, 9 y 10 del Convenio 169 de la OIT y no aplicar la prohibición de llegar a un acuerdo reparatorio en violencia intrafamiliar que establece el artículo 19 de la Ley 20.066, cuando la víctima y el imputado son mapuche, con el objetivo de garantizar por esta vía una aplicación del derecho que salvaguardaras los derechos de las mujer en tanto que superviviente de violencia y perteneciente a un Pueblo Originario.

¹⁴¹⁶ SCHNEIDER, Elizabeth. «Mujeres maltratadas... *op. cit.*, p. 25-27.

Esta labor fue desarrollada especialmente desde la Defensoría Penal Pública Mapuche, que buscó el reconocimiento del Sistema Sancionador Mapuche a través de los acuerdos reparatorios, que son estudiados en profundidad mediante el análisis de las 22 causas donde se aplicó esta solución en La Araucanía durante el período 2010 al 2017, lo que me permite llegar a las siguientes conclusiones:

1. La prohibición de los acuerdos reparatorios, se centra en la concepción de la violencia contra la mujer entendida esta como una violencia de género sobre la mujer. Por ello, carece de sentido extender dicha prohibición a la violencia o amenazas, —delito muy frecuente—, que se ejerce entre diferentes integrantes de la familia que no están ligados por una relación amorosa pasada o presente. Es más, en mi opinión un acuerdo reparatorio en este contexto de amenazas resultaría mucho más adecuado para llegar a un entendimiento entre las partes.

2. La explicación de la violencia contra la mujer mediante la teoría de la violencia de género se liga a una concepción de la víctima como mujer maltratada que no pone en valor toda una estrategia de superación de la violencia, y además establece una respuesta estándar a situaciones de violencia que son de diferente nivel y circunstancias, por lo que este abordaje resulta insuficiente. En este sentido, considero que articular soluciones a través de la institución del acuerdo reparatorio puede ser una opción idónea cuando las características del caso y la voluntad de la mujer que ha sufrido un episodio de maltrato así lo revelen.

3. Del estudio también se desprende la urgente necesidad del reconocimiento de la Justicia Mapuche, y de permitir el desarrollo de las comunidades mapuche que conservan su tradición o aquellas comunidades que quieran recuperarla, cumpliendo así el Estado de Chile con sus obligaciones internacionales.

Si bien la Defensoría Penal Mapuche tiene una labor pionera no es la única institución que se ha creado a tal efecto; en este sentido se observa cómo proliferan nuevas oficinas, servicios o instituciones como: los peritajes antropológicos, el oficio de facilitadora o facilitador cultural, el Centro de la Mujer Móvil de La Araucanía y el Módulo de atención e información del SERNAM, que analizados en su conjunto generan la apariencia de una nueva institucionalidad que se crea para hacerse cargo de la pluralidad cultural y los problemas que tienen las personas de los Pueblos Originarios

para interactuar dentro del sistema de justicia chileno. Si bien estos servicios son necesarios, el verdadero cambio de paradigma vendrá cuando se establezca una institucionalidad donde la información fluya en las dos direcciones, se explique a las personas indígenas cómo funciona la Administración de Justicia chilena y el Estado reconozca la autoridad en materia de justicia de las decisiones tomadas con base en el *Az Mapu*, la administración de justicia chilena conozca plenamente la cultura de las personas indígenas e incorpore procedimientos culturalmente adecuados.

La Ley 20.066 además presenta una serie de complejidades en la práctica. En primer lugar, la competencia para conocer de las causas de violencia intrafamiliar no se ubica en un mismo orden jurisdiccional, sino que, en función de la gravedad de los hechos, las juezas o jueces de familia deberán decidir si la competencia les corresponde a los Tribunales de Familia o por el contrario deben enviar la causa al Ministerio Público para que sea investigada y juzgada en sede penal. Esta forma de abordar la violencia machista y la intrafamiliar dificulta mucho la formación especializada que deben recibir las personas que trabajan en los juzgados, ya que esta formación deberá extenderse a dos órganos jurisdiccionales completos. En este sentido es mucho más adecuado que la violencia machista sea competencia de un tribunal especializado que conozca únicamente de este tipo de problemáticas y pueda abordar la violencia de forma integral, desde los aspectos civiles a los penales, como así lo recomiendan los organismos internacionales como el MESECVI¹⁴¹⁷. Además, estos tribunales deberán tener formación en pluralidad cultural adecuada al territorio ancestral concreto en el que radica su competencia.

En segundo lugar, la tipificación de la violencia intrafamiliar presenta problemas en la definición del artículo 5 de la Ley 20.066, donde se establece como elemento relevante para definir la violencia la relación que existe entre dos personas, ya sea familiar, de pareja/ex pareja (incluyéndose las personas de mismo sexo/género) o dependencia, lo que significa que el sujeto activo puede ser hombre o mujer al igual que el sujeto pasivo. Si se cumple este requisito subjetivo cualquier tipo de delito puede ser

¹⁴¹⁷ En el *Informe País a Chile* en el 2012, el MESECVI, recomienda a Chile aprobar una ley integral contra la violencia de género. Informe, Mecanismo de Seguimiento Convención Belém do Pará. Cuarta Conferencia de Estados Parte, Organización de los Estados Americanos, Washington D.C., 16 de abril 2012, en línea <http://www.oas.org/es/mesecvi/docs/FinalReport2012-Chile.doc> (consultado el 12 de febrero de 2018),

considerado violencia intrafamiliar. Por lo tanto, no existe un delito de violencia intrafamiliar, sino delitos que pueden cometerse en contexto de violencia intrafamiliar.

Y, en tercer lugar, esto vuelve a poner de manifiesto que la ley no ha adoptado una perspectiva de género a la hora de tipificar la violencia y simplemente se ha limitado a: (1) agravar la pena en los delitos de lesiones que se comenten en contexto intrafamiliar (art. 400 CP); (2) prohíbe calificar las lesiones cometidas en contexto intrafamiliar como leves (art. 494 N° 5); y tipifica por primera vez los malos tratos habituales (art. 14).

El delito de malos tratos habituales es el único delito nuevo que introduce la Ley. Este tipo penal es problemático, primero porque no se integra en el Código Penal; en este sentido carecemos de la sistemática del Código para identificar el bien jurídico protegido, siendo este un tema discutido en la doctrina. MYRNA VILLEGAS considera que nos encontramos ante un delito que protege la dignidad de la persona humana e integridad moral¹⁴¹⁸, sin embargo, si bien es lo deseable en los tipos penales destinados a sancionar la violencia machista, considero que en el caso del artículo 14 nos encontramos ante un delito que protege la integridad física y psicológica de las personas que conforman el núcleo familiar.

Esta interpretación además nos ofrece una ventaja práctica, y ello porque si bien el 241 del Código Procesal Penal permite llegar a un acuerdo reparatorio cuando las lesiones son calificadas como leves, la Ley de Violencia Intrafamiliar bloquea esta posibilidad en su artículo 19 el cual prohíbe expresamente llegar a acuerdos reparatorios en causas de violencia intrafamiliar. Esta interpretación permite fundamentar la propuesta de derogar el artículo 19 de la Ley VIF y el numeral 5° del artículo 494 del CP, —la agravación de la pena podrá lograrse aplicando por ejemplo el agravante antidiscriminación del art. 12 N° 21 CP, de forma que se puede mantener el rigor punitivo y las sanciones elevadas— y conservar únicamente las restricciones del artículo 241 del Código Procesal Penal, de forma que en causas de violencia intrafamiliar cuando las lesiones son leves se permita realizar acuerdos reparatorios, que se celebren en vistas guiadas por los principios de la justicia restaurativa ou da xustiza indíxena, lo que implica que la víctima sea escuchada y empoderarla para restablecer el equilibrio entre las partes, que el agresor comprenda el daño de sus acciones, y la

¹⁴¹⁸ Cfr. VILLEGAS DÍAZ, Myrna, «El delito de maltrato habitual... *op. cit.* p. 291.

libertad para abandonar el proceso en cualquier momento. Y si hay hijas o hijos, estos también podrán participar en el proceso¹⁴¹⁹. Los procesos de mediación para alcanzar acuerdos reparatorios no excluyen la posibilidad de acordar sanciones ni medidas de seguridad o de otro tipo. Esta solución la considero especialmente útil en el caso de aquellas parejas donde la víctima no quiere cesar la convivencia, de forma que si existe una valoración adecuada y es deseo de la víctima se pueda llegar a deconstruir la socialización machista, restablecer el equilibrio entre las partes y tener un modelo de pareja y convivencia desde la igualdad, el respeto y la no violencia.

Además, los acuerdos reparatorios son una fórmula especialmente adecuada para aquellos casos donde existen lesiones leves como heridas, golpes o malos tratos de obra cuyo resultado es poco grave y se produce entre personas de la misma familia que no viven bajo el mismo techo, ejemplo dos hermanos adultos que después de una discusión acalorada llegan a las manos.

En cuarto lugar, el delito de maltrato habitual es un tipo penal muy poco empleado, quedando relegado por su carácter residual o subsidiario¹⁴²⁰, respecto de otros tipos delictuales de violencia intrafamiliar, de forma que el delito de maltrato habitual se hace cargo únicamente de violencia que no alcanza a ser constitutiva de lesiones y/o violencia que se realiza mediante agresiones verbales cuyo resultado es la perturbación psíquica. Además, tampoco cabe el concurso de delitos entre el maltrato habitual y otras figuras de lesiones, que, al ser más graves, siempre terminan por subsumir unos hechos en otros. En la práctica el artículo 14 de maltrato habitual es un tipo penal que únicamente se hace cargo de la violencia psicológica en contexto intrafamiliar¹⁴²¹.

Debe tenerse en cuenta en quinto lugar, que el delito de maltrato habitual produce incerteza jurídica en relación a cuándo debe considerarse que existe habitualidad. En este sentido la doctrina y la jurisprudencia han establecido que debe atender no únicamente al número de actos sino también al lapso temporal que existe entre los

¹⁴¹⁹ Sobre la justicia restaurativa, sus principios y valores véase: GONZÁLEZ RAMÍREZ, Isabel Ximena. «¿Es la Justicia Restaurativa... *op. cit.*,»; DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia. «¿Qué es la Justicia Restaurativa... *op. cit.*, p. 8; GONZÁLEZ RAMÍREZ, Isabel Ximena. «Algunas consideraciones sobre la aplicación de la justicia restaurativa... *op. cit.*, p. 415.

¹⁴²⁰ En este sentido: VAN WEEZEL, Alex. «Lesiones y violencia... *op. cit.*, p. 239; TALADRIZ EGUILUZ, María José. «La comisión... *op. cit.*, p. 263; TOLEDO VÁSQUEZ, Patsili. *Derecho a Vivir... op. cit.*, p. 22 y VILLEGAS DÍAZ, Myrna. «El delito de maltrato habitual... *op. cit.*, p. 280.

¹⁴²¹ Cfr. VILLEGAS DÍAZ, Myrna, «El delito de maltrato habitual... *op. cit.* p. 293; TALADRIZ EGUILUZ, María José. «La comisión... *op. cit.*, p. 264.

mismos, no siendo necesario que los malos tratos recaigan en la misma persona, sino que simplemente estas formen parte de los sujetos que se mencionan en el artículo 5° de la Ley 20.066 y que el conjunto de estas agresiones generen un clima de terror combinados con periodos de paz¹⁴²².

Por lo expuesto el delito de maltrato habitual debe ser también reformulado o eliminado, y ello no solo por las deficiencias señaladas, sino también y en la línea de lo recomendado por la MESECVI al señalar que el artículo 14 no cumple con los estándares internacionales, porque el maltrato a las mujeres es un delito grave bastando con que se realice una única vez. El concepto de habitualidad no disuade de su comisión, por el contrario, envía un mensaje a la sociedad de que puede repetirse, y pierde de vista que con una sola agresión pueden producirse lesiones graves¹⁴²³. Además, la existencia del delito de malos tratos habituales repercute en un beneficio para el agresor que recibe una pena inferior de la que se impondría si fuera juzgado por el número de delitos cometidos de forma individual¹⁴²⁴. Y, por último, otro elemento que refuerza la idea de su derogación o reformulación es el carácter subsidiario del delito que es absorbido por otros delitos de lesiones más graves. En consecuencia, el precepto más que enviar un mensaje claro a la sociedad y sancionar al sujeto individual, lo que genera es una regulación problemática y subsidiaria de otros preceptos penales.

Una vez comprobado que los estándares internacionales y estatales permiten el reconocimiento de la Justicia Indígena, resulta de interés conocer los valores y cómo se articula la potestad sancionadora en el *Az Mapu*, a cuyo estudio dedicamos la Parte Cuarta de la tesis titulada «El *Az Mapu*. El reconocimiento del Sistema Sancionador Mapuche en contexto de delitos de violencia intrafamiliar».

La Justicia Indígena responde a una concepción holística de la vida, por eso al contrario que en el Derecho occidental no se diferencian nítidamente jurisdicciones ni existe una construcción dogmática del sistema sancionador. A pesar de estas importantes diferencias de partida que hacen que uno y otro sistema sean en origen

¹⁴²² Cfr. VILLEGAS DÍAZ, Myrna. «El delito de maltrato habitual... *op. cit.*, p. 301 y SANTANA NAZARIT, Paula, y LORENA ASTUDILLO PEREZ. *Violencia extrema hacia las mujeres en Chile... op. cit.*, p. 14; Instrucción General de la Fiscalía Nacional, que Imparte Criterios de actuación en delitos de violencia intrafamiliar, Oficio FN N° 111/2010; Cfr. PÉREZ RIVAS, Natalia. «La determinación de la... *op. cit.* p. 173-175.

¹⁴²³ MESECVI. «Chile. Informe de implementación... *op. cit.* 4.

¹⁴²⁴ VAN WEEZEL, Alex. «Lesiones y violencia... *op. cit.*, p. 244.

diferente, podemos realizar un análisis comparado entre ambos sistemas y encontrar elementos comunes. Este ejercicio comparativo nace con una limitación, y es que estamos trayendo al lenguaje jurídico occidental un mundo y una cosmovisión diferentes, en este ejercicio de traducción y traer para nuestro lenguaje instituciones que responden a otras cosmovisiones estamos en cierta manera aplicando una perspectiva hegemónica, para mitigar esta universalización del paradigma occidental, por esto descarto hablar de Derecho Indígena, Derecho Penal Indígena y Sistema Jurídico Indígena¹⁴²⁵ en favor de los conceptos de Justicia Indígena y Sistema Sancionador Indígena¹⁴²⁶, terminología que, si bien igualmente aplica una mirada occidental al establecer una jurisdicción inexistente en las cosmovisiones indígenas, por lo menos no homologan al Derecho algo que no es Derecho, y permite diferenciar los procedimientos que son conocidos por la comunidad y funcionan de forma coherente para determinar la inocencia o culpabilidad de una persona o grupo así como adjudicar una consecuencia a determinados comportamientos¹⁴²⁷. Estos dos conceptos además permiten abordar el estudio de las prácticas de justicia indígena situándolas en el mismo lugar de importancia que el Derecho estatal.

Al analizar Derecho Penal y el Sistema Sancionador Indígena se encuentran importantes similitudes, que llevan a hablar de Principios Generales del Sistema Sancionador Indígena. La más importante es la existencia del principio de legalidad, que se verifica en los mecanismos asamblearios donde toda la comunidad participa y ejerce una suerte de democracia directa que puede equipararse con el parlamento en la cultura occidental¹⁴²⁸. Esto permite que se conozcan con claridad las conductas que están prohibidas y las sanciones que se aplican a las mismas a través de procedimientos comunes donde existe la igualdad de trato¹⁴²⁹. En este sentido las normas que rigen las sociedades indígenas pueden ser equiparadas con la costumbre, la cual también varía de

¹⁴²⁵ En este sentido se pueden revisar entre otros los siguientes trabajos: BA TIUL, Kajkoj. «Los pueblos... op. cit., p. 569; DEOCON, Carlos. «Resolución de conflictos y pueblos indígenas... op. cit., pp. 587; YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. «Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y del derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino.» En *Pueblos Indígenas y Derechos Humanos*, de Mikel BERRAONDO, Bilbao: Instituto de Derechos Humanos. Universidad de Deusto, 2006, p. 537.

¹⁴²⁶ En este sentido: VILLEGAS DÍAZ, Myrna, MELLA-SEGUEL, Eduardo. *Cuando la costumbre... op. cit.*, p. 28.

¹⁴²⁷ VILLEGAS DÍAZ, Myrna, MELLA-SEGUEL, Eduardo. *Cuando la costumbre... op. cit.*, p. 71.

¹⁴²⁸ BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. «Derecho indígena... op. cit., p. 14.

¹⁴²⁹ En este sentido: BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. «Derecho indígena... op. cit., p. 14; y VILLEGAS DÍAZ, Myrna; Mella-Seguel, Eduardo. *Cuando la costumbre... op. cit.*, p. 72.

conformidad con la dinámica de la cultura¹⁴³⁰. La gran diferencia es el bien jurídico protegido, que mientras que en el Derecho occidental se construye principalmente sobre la defensa de bienes individuales, la Justicia Indígena defiende o protege principalmente valores colectivos como la armonía, el equilibrio, la espiritualidad, la complementariedad y la dualidad, valores que conforman la familia, la comunidad y en definitiva la identidad indígena¹⁴³¹. Los fines de la pena presentan también ciertas similitudes en uno y otro mundo, mientras que en el Derecho occidental se señalan como fines la prevención general, la prevención especial y la resocialización. En el mundo indígena lo importante es la reintegración, la reparación del daño causado, restablecer la paz, el equilibrio y la armonía en la sociedad, presentando más similitud con los principios de la Justicia Restaurativa occidental y con los medios alternativos a la resolución de conflictos que con los fines de la pena que justifican la sanción en Derecho Penal¹⁴³².

Si analizamos ahora el Sistema Sancionador del Pueblo Mapuche desde la mirada occidental responde a los principios que se han señalado de forma general para los Sistemas Sancionadores Indígenas. Y si adoptamos una mirada holística tenemos que hablar en primer lugar de su denominación original *Az Mapu*, concepto que engloba no únicamente el sistema sancionador, sino que hace referencia a la configuración cósmica del Universo Mapuche, donde se diferencia tres planos: la *Weno Mapu* o Tierra de Arriba, el *Minche Mapu* o Tierra de Abajo, y el *Nag Mapu* o Tierra de aquí, en la que viven las personas y la naturaleza¹⁴³³. En este universo la noción de justicia equivale a restablecer el equilibrio cósmico y se integra en el *Weno Mapu*¹⁴³⁴.

El Sistema Sancionador Mapuche se basa en un protocolo que establece como primera regla que los problemas deben ser prevenidos. Si esta instancia fracasa y se produce una transgresión, se aborda hablando entre las partes de forma pública para buscar el entendimiento dentro de la comunidad, esto lleva a que autores como SÁNCHEZ CURIHENTRO, afirmen que nos encontramos ante un sistema sancionador no-violento. Otras formas de sanción que se aplican son apartar a los culpables y a sus

¹⁴³⁰ Cfr. AVILA ORDÓÑEZ, María Paz. «El Derecho Penal...*op. cit.* p. 50; AVILA ORDÓÑEZ, María Paz. «El Derecho Penal...*op. cit.* p. 50; y Corte Constitucional Colombiana, 8 ago. 1996, Sentencia T-349/96, Gaceta de la Corte Constitucional (G.C.C).

¹⁴³¹ BA TIUL, Kajkoj. «Los pueblos indígenas... *op. cit.*, p. 570.

¹⁴³² VILLEGAS DÍAZ, Myrna; MELLA-SEGUEL, Eduardo. *Cuando la costumbre... op. cit.*, p. 74.

¹⁴³³ SÁNCHEZ CURIHENTRO, Juan. «El Az Mapu... *op. cit.*, pp. 32 yss.

¹⁴³⁴ *Ibíd.*, 29,

familias de la comunidad durante un tiempo determinado de forma que nadie los puede recibir en su casa ni saludar, expulsarlos de la comunidad, y en los casos más extremos entregarlos a la justicia *winka*.

Si bien la mayoría de las sanciones no implican el uso de la fuerza, no se puede afirmar que el Sistema Sancionador Mapuche sea no-violento porque en la cosmovisión mapuche las víctimas tienen el derecho a maloquear, esto es, al uso legítimo de la violencia de forma proporcional y en base al restablecimiento del equilibrio que puede realizarse de improviso sobre la víctima o acordarse entre las partes cuando se va a producir el encuentro¹⁴³⁵. Cuando se va a realizar un malón puede junto a la víctima acudir su familia y el /la *longko* de la comunidad, si la víctima está muy enfurecida puede decidir no acudir y que la representen autoridades o familiares¹⁴³⁶.

El *Az Mapu* puede aplicarse para sancionar todo tipo de transgresiones desde asesinatos y homicidios, contaminación de agua hasta conflictos de violencia machista e intrafamiliar. Las sanciones que pueden aplicarse para este tipo de conflictos son las mismas que se han mencionado.

Usar el *Az Mapu* para sancionar la violencia machista que padecen las mujeres presenta importantes ventajas que no proporciona el ordenamiento estatal. En primer lugar, estas sanciones o respuestas comunitarias permiten a las mujeres mapuche que perciben esta violencia como de origen *winka* y colonial, por lo que rechazan que esta violencia forme parte de la cosmovisión mapuche, sentirse protegidas dentro de su comunidad, sentir que tienen el respaldo y la protección dentro de su Pueblo sin depender de un Estado del que desconfían como consecuencia de los procesos de colonización, el confinamiento en las reservas y el actual conflicto que establece el *Wall Mapu* como zona roja y aplica métodos antiterroristas para evitar la recuperación de las tierras ancestrales por parte de las familias mapuche.

En segundo lugar, en la medida que se continúa usando el *Az Mapu* para la resolución de conflictos se está reafirmando la identidad mapuche, donde las mujeres y la familia deben ser respetadas, lo que contribuye a valorar la propia institucionalidad como formas válidas de solucionar los problemas, que están entrando en desuso cuando

¹⁴³⁵ Cfr. VILLEGAS DÍAZ, Myrna; MELLA-SEGUEL, Eduardo. *Cuando la costumbre... op. cit.*, p. 108.

¹⁴³⁶ Idem.

empiezan a validarse las respuestas hegemónicas del Derecho estatal por encima de las soluciones mapuche.

Este ejercicio colectivo de la justicia es también una forma de educación a las nuevas generaciones en los valores mapuches, que entienden la familia como un espacio donde no se ejerce la violencia, y las personas son respetadas, y la violencia contra las mujeres es sancionada dentro de la comunidad.

Por lo expuesto la articulación de un espacio de interlegalidad entre el *Az Mapu* y la justicia estatal, es una solución idónea que permitirá por un lado proteger de forma más efectiva a las mujeres mapuche respetando su cosmovisión a la par que avanzar en términos de reconocimiento y reconciliación entre el Pueblo Mapuche, el Estado y la sociedad chilena.

Y, por último, para poder hacer una propuesta de reconocimiento de la Justicia Mapuche, donde se tenga en consideración otras experiencias en la Parte Quinta, titulada «Australia una experiencia comparada: criminología del Sur y *Aboriginal Court*», se analiza un país con pasado colonial geográficamente situado en el Sur global que ha implementado las diferentes fórmulas de tribunales indígenas.

Debe señalarse que Australia es un país con un modelo institucional de base racista que ha tratado —al igual que ha sucedido en Chile con diferentes Pueblos Originarios— de exterminar a la población Aborigen, y donde hasta la década de los años 70-80 existieron reservas para personas Aborígenes donde a las familias les robaba sus niñas y niños, fenómeno denominado ‘las generaciones robadas’, para ser institucionalizados o entregados a familias blancas con el objetivo de que fueran criados en los valores de la Australia blanca y de ascendencia británica¹⁴³⁷.

El modelo federal australiano no reconoce la Justicia Aborigen, sino que introduce un modelo basando en el multiculturalismo neoliberal. Las *Aboriginals Court* reciben nombres distintos en los diferentes Estados: los *Nunga Courts* de Australia del Sur que servirán de inspiración a las *Murri Courts* en el Estado de Queensland, y los *Koori, Dubbo* y *Nowra* de Nueva Gales del Sur. Todos estos tribunales presentan las siguientes

¹⁴³⁷ Sobre el pasado colonial y racista de Australia véase entre otras fuentes: HARRIS, Mark. «Los australianos indígenas... *op. cit.*, pp. 15-16; OCHOA SOTO, Igor. «La mujer aborigen... *op. cit.*, p. 104; VIJEYARASA, Ramona. «Enfrentando la historia... *op. cit.*, p. 129; BOTTOMLEY, Stephen and Simon BRONITT. *Law in context... op. cit.*, p. 117.

similitudes: es una jurisdicción voluntaria donde la persona imputada puede presentar su caso, y si cumple los requisitos procesales, entre los que se encuentra declararse culpable, la Corte decide se acepta o no la causa. El objetivo de las vistas, por tanto, no es decidir sobre la culpabilidad sino sobre la idoneidad del encarcelamiento, y si la persona puede reinsertarse a la sociedad a través de penas alternativas a la privación de libertad. Las *Aboriginal Court* no aplican las normas Aborígenes, sino que se rigen por las leyes estatales, si bien lo hacen teniendo en cuenta la diversidad cultural. La introducción de este enfoque que atiende al origen étnico, la discriminación y las consecuencias del racismo institucional se logran a través de un proceso más flexible donde se abandona el formalismo tradicional y se incorporan al procedimiento nuevas partes. Al lado de las juezas y jueces (que conserva todo el poder) están también las ancianas, ancianos o personas respetables de la comunidad, que dependiendo del modelo de tribunal pueden llegar a ser hasta cuatro. Se trata también de que las autoridades Aborígenes sean del mismo género que la persona imputada, que al igual que la víctima puede acudir a la vista acompañada de familiares, amistades u otras personas de la comunidad.

Durante la vista se trata de tener una comunicación fluida que permita comprender a la persona imputada el alcance de los hechos que ha cometido, y que estos no solo trasgreden las leyes estatales sino también los valores aborígenes. Mediante estos diálogos las personas ancianas también deben llegar al convencimiento de que la persona está arrepentida y respeta los valores comunitarios. Ya que una de sus labores en el proceso es orientar respecto de las medidas alternativas a la cárcel que puede imponer el juez o jueza a la persona condenada. Este es el único momento donde la costumbre indígena puede influir, pero la última palabra siempre la tiene el juez o jueza occidental¹⁴³⁸.

Las principales diferencias que existen entre los modelos son el rol de las autoridades indígenas y el lugar donde se celebra la vista.

En las *Aboriginal Nunga Courts* de Australia del Sur y las *Murry Court* de Queensland solo participan una o dos autoridades indígenas y se reúne previamente con la persona imputada, por eso su rol durante la audiencia no es muy relevante.

¹⁴³⁸ Véase: MARCHETTI, Eliana, y Kathleen DALY. «Indigenous... *op. cit.*, pp. 430 y ss.; MARCHETTI, Eliana. «Indigenous... *op. cit.*, pp. 267 y ss.; Stephen, y Simon BRONITT. *Law in... op. cit.*, p.140; y BALDRY, Eileen, y Chris CUNNEEN. «Imprisoned... *op. cit.*, p. 285.

En las *Dubbo* y *Nowra* de Nueva Gales del Sur en la audiencia participan hasta cuatro autoridades Aborígenes y tienen funciones de mayor importancia pudiendo incluso hacer recomendaciones que el juez o juez debe tener en cuenta para determinar la pena. Peso del que no gozan las autoridades Aborígenes en las cortes de Queensland y Australia del Sur

Los lugares donde se celebran las audiencias varían notablemente. En las *Koori* en Nueva Gales de Sur y las *Nunga Court* de Australia del Sur se celebran en una sala de los edificios de justicia la cual se reorganiza y decora con motivos de la comunidad aborígen. Las vistas no son abiertas al público, solo pueden asistir las partes implicadas en el proceso. Sin embargo, en las *Dubbo* y *Nowra* de Nueva Gales del Sur que se basan en el *Circle Court Model* las audiencias se celebran en lugares relevantes para la comunidad y son abiertas al público.

Las *Aboriginal Courts* pueden conocer de todo tipo de delitos, excepto los delitos sexuales. En relación con los delitos de violencia machista y violencia intrafamiliar, estas cortes se consideran lugares adecuados, las principales ventajas son que permite a las mujeres Aborígenes acudir a la justicia y que los hombres sean sancionados pero con procedimientos de justicia culturalmente motivados que buscan penas alternativas a la privación de libertad, esto contribuye a que se supere la desconfianza de las comunidades Aborígenes en las instituciones judiciales australianas, porque se tiene en cuenta la posición de desventaja de los hombres Aborígenes como hombres racializados (principales autores de violencia machista e intrafamiliar en las comunidades Aborígenes), y por lo tanto en el proceso se trata también de reparar el daño de estos hombres causado por la colonización¹⁴³⁹.

Algunos sectores del feminismo se muestran críticos con la competencia de las *Aboriginal Courts* para conocer de violencia machista, y señalan los riesgos de que en estas vistas no se tenga suficientemente en cuenta el desequilibrio de poder entre víctima y victimario, así como que las penas sean muy leves y no contribuyan a dotar de gravedad las conductas de violencia.

Las *Aboriginal Courts* son modelos de justicia que se hacen cargo de la discriminación racial y la pluralidad cultural; su implementación se consigue gracias al

¹⁴³⁹ Cfr. Harry Blagg en MARCHETTI, Eliana. «Indigenous... *op. cit.*, p. 271.

esfuerzo conjunto de integrantes del poder judicial, administraciones del Estado, policía, fiscalía, población de las comunidades aborígenes y el *Aboriginal Legal Rights Movement*¹⁴⁴⁰. Si bien son un gran paso para lograr respuestas más humanas y efectivas con la persona imputada, la víctima y otorgar mayor autoridad a las partes e implicar a la comunidad, todavía se trata de modelos pegados al monismo jurídico y a planteamientos multiculturales y paternalistas. Y ello porque en estas cortes lo que se aplica es derecho australiano, y las decisiones dependen de los jueces y juezas como autoridad que tuviera que tutelar a las personas aborígenes en la toma de sus decisiones.

En conclusión, a lo largo de la presente tesis se ha logrado rastrear en Chile la existencia de un racismo institucional que deja su impronta en la legislación, y una falta de capacitación en la administración de justicia que deriva en estereotipos y trato discriminatorio hacia las mujeres de los Pueblos Originarios. De este diagnóstico emerge la urgencia de cumplir con las Recomendaciones Generales al Estado de Chile del MECSEVI del año 2012, que señalaban: la necesidad de establecer una estrategia y un plan de acción global para prevenir y eliminar todas las formas de violencia contra las mujeres incluyendo a las comunidades mapuches y a otras comunidades indígenas; así como la implementación de un mecanismo institucional efectivo para coordinar, supervisar y evaluar la eficiencia de las medidas adoptadas; reforzar el sistema judicial para garantizar que las mujeres en particular las que pertenecen a grupos desventajados como las mujeres indígenas tengan un acceso efectivo a la justicia; y se reconozcan los modelos de Justicia Indígena.

De la investigación se desprende que este reconocimiento debe realizarse desde la interlegalidad crítica estableciéndose dos jurisdicciones diferenciadas, así como espacios de interlegalidad donde las autoridades chilenas reconozcan a las autoridades

¹⁴⁴⁰ Esta organización presente en la actualidad lucha por alcanzar una “Justicia sin prejuicios”. Fue creada en los años 60 del siglo pasado por las Ancianas y Ancianos Aborígenes comprometidos con un cambio en el modelo de justicia. En la actualidad esta organización sigue en activo luchando por los derechos culturales, económicos políticos y sociales de los Pueblos Aborígenes y los Isleños del Estrecho de Torres y de las personas marginadas de Australia del Sur. Además, prestan servicios jurídicos a personas Aborígenes que no cuentan con representación letrada. Para más información sobre la organización *Aboriginal Legal Rights Movement* véase su web <https://www.alrm.org.au/who-we-are/brief-history/>. Sobre el surgimiento y desarrollo de las *Aboriginal Courts* véase también TOMANINO, John. «Aboriginal (Nunga) Courts.» *Information Bulletin. Office of Crime Statistics and Research* (Government of South Australia), n° 39, 2004, p. 2.

mapuche. En este sentido en materia de violencia machista propongo las siguientes recomendaciones:

1. Crear juzgados especializados que de forma integral aborden la violencia machista, incorporando en el diseño de este nuevo órgano jurisdiccional la pluralidad cultural que debe ser incorporada al proceso, de forma que se garantice en la Administración de Justicia el derecho individual y colectivo a que la cultura de las partes en el proceso sea respetada.

2. Desarrollar modelos de justicia restaurativa para abordar también causas de violencia machista y violencia intrafamiliar.

3. Derogar el artículo 19 de la Ley de Violencia Intrafamiliar para que puedan aplicarse acuerdos reparatorios (realizados en un proceso de justicia restaurativa) en causas donde se trate de lesiones leves o violencia psicológica no grave.

4. Derogar del artículo 494 N° 5 del Código Penal que establece la prohibición que impide calificar como lesiones leves las que se comenten en contexto de violencia intrafamiliar, lo que obliga al Tribunal a considerar siempre estas lesiones como menos graves, y por lo tanto las deja fuera de la posibilidad de realizar un acuerdo reparatorio.

5. Implementar una nueva forma de realizarse los acuerdos reparatorios, culturalmente motivada, con procesos de verificación y seguimiento del acuerdo y donde se establezcan nuevas sanciones en caso de incumplimiento.

6. Extenderse la protección en las relaciones en las que se produce violencia durante el noviazgo.

7. Reconocerse por el Estado el *Az Mapu* y las decisiones en materia sancionadora que se toma en el seno de la comunidad. El modelo que finalmente se adopte, bien tribunales o cortes indígenas u otros formatos deberá ser decidido por las comunidades indígena. Esta recomendación toma como base la reivindicación de las mujeres indígenas palasmada en la Declaración del Ecuentero Internacional de las Mujeres Indígenas del año 2008 celebrado en la ciudad de Quito en Ecuador, donde las mujeres exigieron que los sistemas de justicia ancestrales de sus respectivos países y las resoluciones de ellos

emanan sea reconocidas por por la justicia estatal¹⁴⁴¹.. Y también toma como base en concreto para el Pueblo Mapuche la Declaración del Parlamento Mapuche de Villarrica del 7 de mayo de 2002, donde el reconocimiento del Sistema Sancionador Mapuche y de los órganos mapuche que aplican la justicia producida por la comunidad es cosidero un derecho fundamental de los Pueblos Indígenas¹⁴⁴².

8. Crear procesos judiciales culturalmente adaptados donde tanto la defensa como la fiscalía estén formadas en cosmovisión indígena, para que tanto la víctima como imputado cuenten con una representación legal culturalmente motivada.

9. Dar la posibilidad tanto si la causa es competencia de los Tribunales de Familia como de los Tribunales Penales, a víctimas mapuche y a imputados mapuche de escoger entre un proceso de justicia ordinaria y un proceso culturalmente adaptado, o que la causa sea resuelta en el seno de la comunidad por las familias y autoridades ancestrales. Si se opta por la última opción, la solución deberá ser notificada a través de una mediadora intercultural al tribunal competente.

10. Realizar consultas a mujeres indígenas para conocer las necesidades y las problemáticas de la violencia machista e intrafamiliar, de forma que se pueda avanzar en la construcción de una criminología decolonial indígena que tenga en cuenta sus experiencias, y no se universalice la experiencia de maltrato de la mujer heterosexual occidental urbana.

11. Realizar consultas indígenas para la elaboración de las propuestas de leyes en materia de violencia machista y violencia intrafamiliar, en cumplimiento del Derecho Internacional que obliga a consultar a los Pueblos Originarios en materias que les afectan directamente.

12. Apoyar económicamente el desarrollo de la institucionalidad indígena para que se recupere y pueda conservarse.

13. Realizar formación en materia de Derechos Humanos de las mujeres indígenas, a las mujeres de los Pueblos Originarios porque se ha demostrado contribuye

¹⁴⁴¹ Cfr. SALGADO ÁLVAREZ, Judith. «Violencia contra las mujeres indígenas... op. cit., p. 9.

¹⁴⁴² Ver en línea http://www.archivochile.com/Pueblos_originarios/declara/POdeclara0009.pdf (consultado el 12 de marzo de 2018).

a su empoderamiento y al de su comunidad. Esta formación debe impartirse también en la administración de justicia para que tenga conocimientos específicos de las normas de trato y protección que asisten a las personas de comunidades indígenas. Y las propias comunidades, deben formar a los operadores de justicia en cada cosmovisión local. Solo así se podrá avanzar cara un entendimiento entre los dos mundos y una administración de justicia intercultural.

14. Y, por último, para la toma de denuncias o asesorías, deben establecerse puntos seguros conformados por mujeres mapuche con conocimientos jurídicos y funcionamiento de la violencia machista para que puedan asesorar a las mujeres e intervenir en las comunidades. Este servicio también podrá estar apoyado por personas no indígenas.

CONCLUSIÓNS E PROPOSTAS [GAL]

A presente tese de doutoramento partiu da seguinte hipótese de traballo: existe un rumbo racista e conservador na redacción das normas de violencia intrafamiliar e na súa aplicación. Desde este lugar de análise emerxe a tensión entre xénero/raza-etnia. A ligazón que existe entre estes factores complexiza a análise xurídica e a abre a outros saberes epistemolóxicos que esixen ir máis alá da variábel de xénero e dun enfoque interseccional, poñendo en evidencia a necesidade de partir da raíz colonial e a perspectiva indíxena. É así como se chega aos estudos feministas decoloniais que fundamentan o marco teórico que se desprega na Primeira Parte da presente investigación e que permiten o desenvolvemento das seguintes catro partes, onde é analizado o Dereito Internacional dos Dereitos Humanos e en específico os dereitos das mulleres e os dereitos dos Pobos Orixinarios, a derogada Lei 19.325 de Violencia Intrafamiliar e a actual Lei 20.066 de Violencia Intrafamiliar, as respostas preventivas e sancionadores que contén o *Az Mapu* e as reivindicacións das mulleres mapuche na súa loita por erradicar a violencia machista e avanzar no recoñecemento e autonomía como Pobo Orixinario. O último capítulo dedicase ao estudo da situación en Australia, co obxectivo de demostrar a existencia dunha continuidade entre a teoría do Sur global, a criminoloxía do Sur e a teoría decolonial e a súa potencialidade para ser aplicada en investigacións xurídico-penais. En concreto analízanse as *Aboriginal Court* como xurisdición especializada de composición mixta, con funcionariado de xustiza e autoridades Aborixes, así como integrantes da comunidade Aborixe para coñecer de todo tipo de delitos incluídos os de violencia machista en contexto intrafamiliar. A continuación, recóllense as principais conclusións e propostas estruturadas acorde as partes e obxectivos de este traballo.

A Primeira parte, titulada «A colonialidade, a epistemoloxía feminista e indíxena como marcos teóricos para a análise da lexislación en prevención e sanción da violencia machista en Chile e no *Wall Mapu*», ten como obxectivo establecer un marco teórico que permita abordar a análise lexislativo e xurídico-penal con unha mirada interseccional dende a perspectiva indíxena. Decidir que teoría empregar, así como a abordaxe metodolóxica non foi unha cuestión doada de resolver, senón todo o contrario: tomáronse todas as precaucións que esixe unha investigación científica responsábel

eticamente, pois como sostén MARGARET KOVACH, trátase de un acto político, unha toma de partido, que debe realizarse tendo en conta a pregunta e o propósito da investigación, o contexto indíxena na que esta se desenvolve e o propio desexo que nos impulsa a realizala. Non se trata unicamente de escoller un marco teórico de análise, senón que tratase de unha teoría, unha metodoloxía e unha nova posición do suxeito/obxecto dentro da investigación¹⁴⁴³.

Para esta abordaxe teórica e metodolóxica empréganse os estudos decoloniais que establecen a conquista de América como o feito histórico que desencadea o racismo, a modernidade e a globalización que conecta o mundo. Dende estas investigacións afirmase que a idea de raza ten a súa orixe na «limpeza de sangue» que xorde na Península Ibérica cando son expulsadas as persoas xitanas, xudías e conquistase Al-Ándalus aos pobos musulmáns¹⁴⁴⁴. Mas é na conquista de América cando a idea de raza da orixe ao racismo¹⁴⁴⁵, fundamentado na crenza de que os non-europeos teñen unha estrutura bioloxía e cultural inferior a dos europeos. Na xustificación da superioridade das razas europeas sobre as etnias negras ou as indíxenas, a ciencia contribuíu enormemente elaborando pseudo estudos científicos que avalaban a superioridade racial dos homes brancos por riba das persoas nativas dos territorios que estábanse conquistando, que foron racializadas e clasificadas como bestas, como seres biolóxicos e culturalmente inferiores¹⁴⁴⁶, onde non tiñan cabida os discursos sobre a feminidade que so eran aplicados as mulleres brancas. As mulleres racializadas eran tratadas como femias e valoradas na medida que podían traballar e reproducirse como calquera outra peza de gando¹⁴⁴⁷. Isto permitiu e permite que os homes brancos ocuparan e ocupen actualmente aínda una posición superior na historia da humanidade e o dominio actual do sistema mundo global.

O feminismo decolonial afonda nas consecuencias que en América Latina tivo o colonialismo español como sistema de dominación baseada na bestialización, e nas

¹⁴⁴³ Cfr. KOVACH, Margaret. «Doing Indigenous Methodologies... *op. cit.*, p. 216

¹⁴⁴⁴ QUIJANO, Anibal. «"Raza"... *op. cit.* pp. 8-11.

¹⁴⁴⁵ IVANNA GIGENA, Andrea. «Lecturas postcoloniales... *op. cit.* p., 11.

¹⁴⁴⁶ Sobre o desenvolvemento da ciencia como dispositivo de lexitimación racial ver: LALUEZA, Carles. «Dos siglos... *op. cit.*, pp. 7-25., 2001; ALFREDO GUIMARAES, Antonio Sergio. «El mito del antiracismo... *op. cit.*; LANDER, Edgardo. *La colonialidad del saber...op.cit.*; CASTRO-GÓMEZ, Santiago. «El lado oscuro de la "época clásica"... *op. cit.* pp. 119-152; TAGUIEFF, Pierre André. «El racismo... *op. cit.*, p. 3-14; OCHOA MUÑOZ, Karina. «El debate sobre las y los amerindios... *op. cit.*, pp. 13-22.

¹⁴⁴⁷ En este sentido: LUGONES, María. «Hacia un feminismo descolonial... *op. cit.*, pp. 107-108 y ESPINOSA-MIÑOSO, Yuderksy. «De por qué es necesario un feminismo descolonial...*op. cit.* p. 153.

consecuencias da instauración de un sistema de xénero patriarcal, europeo e cristián, que alterou o rol das mulleres nas sociedades indíxenas situándoas cada vez en unha posición mais subordinada na relación con o home indíxena colonizado e en consecuencia modificando todas as relacións de equilibrio e poder comunitarias.

A conquista é o momento histórico que da lugar na época moderna. Este novo período histórico nace no momento en que o planeta é globalmente conectado situando no centro a Europa e na periferia as colonias. A conquista e colonización supoñen a negación da pluralidade cultural e a naturalización das relacións de dominación e subordinación baseadas no racismo¹⁴⁴⁸; a isto denomínase «patrón de poder colonial»¹⁴⁴⁹ e supón un dos principais fitos fundacionais da historia do capitalismo como fenómeno planetario, global e non unicamente europeo. Este patrón de poder segue presente na actualidade converteuse no que ANIBAL QUIJANO denomina «patrón de poder mundial», a través de el explícanse como as estruturas da dominación colonial: raza, explotación social, Estado-Nación, e eurocentrismo como modelo de coñecemento, perviven a colonia dando lugar nas sociedades latinoamericanas da colonialidade¹⁴⁵⁰, fenómeno que impregna todas as áreas da vida, dende a «colonialidade do ser», que pon de manifesto como a negación do coñecemento constitúese en unha forma de negación da propia existencia do pensamento que remata por facer parte do propio ser; a «colonialidade do saber» que supón o rexeitamento ou infravaloración das formas de coñecemento propias fronte aos coñecementos da colonia. As principais consecuencias de este fenómeno son a tendencia a considerar mellores os recursos científicos, metodolóxicos e epistemolóxicos, que se producen no Norte global, o que contribúe a devaluación dos saberes e da ciencia locais en aras as investigacións que se producen no estranxeiro, este fenómeno fortalece a tendencia a situar o principais centros de coñecemento no Norte e a elaborar a produción científica en inglés. O resultado fatal, é unha perda de coñecemento nos países e saberes da periferia, así como

¹⁴⁴⁸ Cfr. DE SOUSA SANTOS, Boaventura «Cuando los excluidos tienen derecho... *op. cit.* p. 22

¹⁴⁴⁹ WALSH, Catherine. «Interculturalidad crítica... *op. cit.* p. 4; PALERMO, Zulema (coord), DE OTO, Alejandro. y BIDASECA, Karina. «Conocimiento de otro modo...*op. cit.*, p. 358; QUIJANO, Aníbal «Colonialidad y modernidad/racionalidad...*op. cit.*; QUIJANO, Aníbal «Colonialidad del poder... *op. cit.*

¹⁴⁴⁹ Cfr. QUIJANO, Aníbal «Colonialidad del poder, globalización y de

¹⁴⁵⁰ QUIJANO, Aníbal «Colonialidad y modernidad/racionalidad...*op. cit.*p. 12

una captación do talento humano do Sur global en investigación polas potencias económicas do Norte global¹⁴⁵¹.

Un exemplo de esta colonialidade do saber ou «pensamento metropolitano» como o denomina RAEWYN CONNELL¹⁴⁵² o representa a teoría de xénero, que se ben nos países do Norte permite explicar as estruturas patriarcais sobre as que se sosteñen a sociedade occidental, determinados feminismos a vestiron de universalidade e hexemonía e a aplicaron directamente as mulleres con cosmovisións indíxenas, arrasando con isto os seus saberes ancestrais; este feito conceptualízase como «racismo de xénero»¹⁴⁵³.

Esta colonialidade do saber no ámbito penal e criminolóxico ten como consecuencia que non son estudados os fenómenos locais de criminalidade nin se buscan respostas situadas; polo contrario, impórtanse as axendas internacionais de seguridade cidadá e loita contra o narcotráfico, tipifícanse delitos en función do que interesa aos países do Norte, e do mesmo xeito que se fai en estes países, sen ter en conta o impacto de esta tipificación nas culturas locais, por isto é necesario elaborar criminoloxía situada que teña en conta a colonialidade que está presente en América Latina e a pluralidade cultural do continente, unha «criminoloxía decolonial» pensada dende a periferia, dende o Sur global que forma parte de este tronco teórico que é a criminoloxía do Sur.

As consecuencias da ferida colonial poden rastrexarse ate a configuración do Estado chileno como un Estado-Nación ao estilo da metrópole que toma como referentes as formas de facer política e de legislar do Norte. Exemplo de isto é que en Chile aínda non recoñece na Constitución a conformación pluricultural e plurinacional do país, o que constitúe unha forma de discriminación racial institucional, que ademais deriva en un sistema legal construído sobre a base de estereotipos negativos sobre as persoas das etnias que previamente foron racializadas, que son as mesmas que hoxe están en condicións de vulnerabilidade social, e os seus coñecementos, saberes e opinións son infravalorados ou descartados.

¹⁴⁵¹ GRUPODE ESTUDIOS SOBRE COLONIALIDAD. «Estudios decoloniales... *op. cit.*; PALERMO, Zulema (coord), Alejandro DE OTO y Karina BIDASECA. «Conocimiento de otro modo...*op. cit.*, p. 373; CASTRO-GÓMEZ, Santiago. «Descolonizar la Universidad... *op. cit.*, pp. 79-91.

¹⁴⁵² CONNELL, Raewyn. *Southern Theory: The Global Dynamics of Knowledge in the Social Science*. Allen & Unwin, 2007.

¹⁴⁵³ ESPINOSA-MIÑOSO, Yuderlys. «Una crítica decolonial... *op. cit. p.*, 10.

Os estudos sobre a colonialidade/decolonialidade e as diversas ramificacións que de ela se derivan configuran non so unha teoría do coñecemento senón tamén unha nova metodoloxía, o que fai que esta proposta científica sexa complexa e amplía. As diferentes autoras e autores souberon importar para os estudos decoloniais as aprendizaxes de outras áreas, de forma que desde a teoría decolonial desenvólvese tamén a epistemoloxía feminista e indíxena e podemos construír dende este modelo de coñecemento «criminoloxía decolonial». Esta forma de realizar ciencia ten as súas teorías homologas xeograficamente situadas en outras latitudes como son as *Indigenous methodologies* en Canadá, ou a teoría do pensamento metropolitano ou a criminoloxía do Sur en Australia.

Dende que se inician as conquistas ate a actualidade a xestión da pluralidade cultural é un fenómeno que tivo que ser regulado. Na época da conquista esta xestión fíxose a través do concepto de raza que servía para lexitimar as «guerras de conquista» e posteriormente para clasificar as persoas nunha xerarquía social onde as mais brancas dominaban as razas indíxenas, xerarquía vixente. Hoxe esta xestión lograse mediante categorías mais sofisticadas que aínda tratando de disfrazarse con elementos de diversidade e recoñecemento cultural sitúanse na idea de integración e manteñen un patrón de poder neoliberal. Estoume a referir en concreto a todas as variantes que se foron construíndo a redor das propostas de «multiculturalidade» o «multiculturalidade neoliberal»¹⁴⁵⁴ que xorden no Norte global para facerse cargo da pluralidade cultural, relixiosa, etnicidade, migración e diversas identidades nacionais ou rexionais. Este concepto neutraliza os conflitos interétnicos e instala unha xeopolítica do coñecemento que fai desaparecer as historias locais e autoriza un sentido universal das sociedades multiculturais¹⁴⁵⁵. Manifestación de estas políticas multiculturais neoliberais en Chile é a Lei 19.253, de 5 de outubro de 1993, que Establece Normas sobre protección, fomento e desenvolvemento dos Indíxenas, e crea a Corporación Nacional de Desenvolvemento Indíxena, exemplo expreso de isto é o seu artigo 54 que autoriza determinadas manifestacións culturais indíxenas en materia de xustiza, mas nunca en materia de

¹⁴⁵⁴ DE SOUSA SANTOS, Boaventura «Cuando los excluidos tienen derecho...*op. cit.*, p. 22.

¹⁴⁵⁵ Cfr. PALERMO, Zulma, DEOTO, Alejandro y BIDASECA, Karina. “Conocimiento de otro modo... *op. cit.* pp. 368-369.

Dereito penal nin propiedade de terras ancestrais que atópanse en mans de propietarios non indíxenas¹⁴⁵⁶.

O «multiculturalismo neoliberal» transformase no que CATHERINE WALSH denomina «interculturalidade funcional», que trata de promover o diálogo e a tolerancia sen tocar as causas de asimetría e culturais vixentes¹⁴⁵⁷. Estas dúas formas de xestión da pluralidade forman parte de un proceso de re-acomodación dos proxectos de neoliberalización e das necesidades de mercado que buscaban neutralizar as tensións que xurdían entre os diferentes Pobos e os intereses de mercado, por isto forman parte das estratexias de re-colonialidade¹⁴⁵⁸.

Fronte a estes modelos que tratan de neutralizar as loitas indíxenas e desenvolve políticas asimilacionistas¹⁴⁵⁹, xorde a «interculturalidade crítica», como fórmula contra-hexemónica que nace dende os movementos sociais e se construe afrontando o problema estrutural-colonial-capitalista como proxecto político, social-epistémico e ético, que busca suprimir as causas da asimetría social e cultural vixentes hoxe por métodos políticos non violentos. Por isto debe ser entendida como un proceso e proxecto dirixido a derrubar as estruturas sociais, políticas e epistémicas da colonialidade, ate agora permanentes¹⁴⁶⁰.

Una manifestación de esta interculturalidade crítica no ámbito do Dereito é a «interlegalidade», DE SOUSA SANTOS define la interlegalidade como un proceso altamente dinámico, debido a que os diferentes espazos xurídicos non son sincrónicos e por isto teñen como resultado una mistura irregular e inestábel de códigos xurídicos¹⁴⁶¹. A porosidade dos sistemas xurídicos tamén é captada e transformada dende os Pobos Orixinarios e polos seus sistemas de xustiza, pois estes como sinala GRIJALVA JIMÉNEZ non existen de forma isolada e empregan para os seus intereses ambos sistemas relacionándoos entre si¹⁴⁶². A interlegalidade polo tanto representa a convivencia e

¹⁴⁵⁶ Cfr. COUSO, Jaime. «Multiculturalismo y derecho penal: el caso chileno.» En *Libro homenaje al profesor Herán Hormazábal Malrée*, de Edison Carrasco Jimenez (coord.). Santiago de Chile: Librotecnia, 2015, pp. 184 y ss.

¹⁴⁵⁷ Cfr. WALSH, Catherine. «Interculturalidad crítica y pedagogía de-colonial...*op.cit.*, pp. 7-8.

¹⁴⁵⁸ Cfr. VERA GAJARDO, Antonieta. «Un acercamiento interseccional... *op. cit.*, p. 4.

¹⁴⁵⁹ *Ibíd.*, p. 3.

¹⁴⁶⁰ *Ibíd.*, p. 7 y ss. As aspas son usadas pela autora para marcar cada concepto.

¹⁴⁶¹ Boaventura de Sousa Santos en NICKEL, Rainer. «Interlegalidad... *op. cit.*, p. 206.

¹⁴⁶² GRIJALVA JIMÉNEZ, Agustín. «Del presente se inventa el futuro... *op. cit.*, p. 24.

interrelación do pluralismo xurídico de forma horizontal, o que fai de este concepto un elemento chave para entender a concepción posmoderna do Dereito.

Na nosa hipótese de partida non soamente faciamos referencia a unha tendencia de raza senón tamén a una tendencia conservadora, por isto incluíuse en esta Primeira Parte un epígrafe titulado «Aportes dos estudos feministas e indíxenas ao Dereito penal en materia de violencia machista» dedicado a visualizar a relación directa que existe entre as teorías feministas, as reivindicacións dos dereitos das mulleres e a súa influencia no Dereito en xeral e no Dereito penal en particular con a creación de novos tipos penais e mellores tipificacións dos delitos que afectan especialmente as mulleres, como a discriminación e a violencia machista.

As feministas estableceron fondas críticas ao Dereito e en concreto ao Dereito Penal que se desenvolveron en grande medida grazas as investigacións epistemolóxicas que situaron no centro a experiencia da persoa que toma decisión, xa sexa no ámbito legislativo, na investigación (xudicial ou académica) ou no proceso xudicial. A epistemoloxía feminista desvelou como as investigacións construídas sobre a idea de rigorosa obxectividade e suxeitos universais, en realidade son coñecementos subxectivos condicionados polo lugar de procedencia, o xénero, a raza e os recursos económicos¹⁴⁶³. Ao analizar dende estas variábeis o Dereito comprobouse como foi construído por e para o home branco, burgués, occidental, heterosexual, propietario, e, polo tanto, as leis que por el foron aprobadas responderon e resgardaron os seus intereses situándoos por riba dos dereitos das mulleres a quen lles negaban en moitas ocasións os mesmos dereitos como: dereito ao voto, dereito a ser propietaria, dereito a casarse ou continuar solteira, no perder a súa identidade dentro de matrimonio e poder administrar o seu patrimonio, dereito ao aborto, dereito a la vida e a non ser maltratada.

O ordenamento penal, polo tanto, foi deseñado para favorecer a posición do home imputado en delitos que cometían contra unha muller, de forma que o tratamento que

¹⁴⁶³ Sobre o valor da experiencia na epistemoloxía feminista ver: BLAZQUEZ GRAF, Norma. «Epistemología feminista... *op. cit.*, pp. 22 y ss.; HARDING, Sandra. «¿Existe... *op. cit.*, p. 3; ARAIZA DÍAZ, Alejandra. «De la política...*op.cit.*, p. 170; DE ARMAS PEDRAZA, Tania, y Cristian VENEGAS AHUMADA. «Patriarcado y capitalismo académico... *op. cit.*, NICOLÁS LAZO, Gemma. «Algunas reflexiones sobre la investigación jurídica... *op. cit.*, p. 79; CRENSHAW, Kimberle. «Demarginalizing the Intersection... *op. cit.*; CRENSHAW, Kimberlé. «Raza, reforma y retroceso... *op. cit.*; BARRÈRE UNZUETA, María de los Ángeles. «La interseccionalidad como desafío... *op. cit.*; VERA GAJARDO, Antonieta. «Un acercamiento interseccional... *op. cit.*, p. 4.

existe para as mulleres vítimas no proceso penal é de tal crueldade que as revítimiza. Por isto os feminismos denunciaron ao Dereito como unha das estruturas que sosteñen a sociedade patriarcal. De esta forma, a principal estrutura social que debe garantir unha sociedade xusta, é en realidade un mecanismo construído sobre dúas ideas: a primeira, que os brancos son superiores a calquera outra raza, e aprobaron leis que lexitimaban a súa posición de dominio e legalizaban a escravitude, o xenocidio entre outras barbaries; e a segunda, que os homes son diferentes e superiores a das mulleres, por isto o seu espazo é a vida privada e pública, e as mulleres so poden participar na vida privada que é o seu espazo natural polo seu rol delicado e maternal, atributos da femineidade que só aplican as mulleres brancas.

Na construción dun sistema de xustiza penal que se fixera cargo dos delitos que as mulleres sofren polo mero feito de ser mulleres, as investigacións feministas realizaron un traballo de conceptualización imprescindible para poder tipificar ese problema que antes non tiña nome, e que agora ten tantos: violencia doméstica, violencia intrafamiliar, violencia de xénero, violencia machista, terrorismo machista, violencia contra a(s) muller(es), femicidio e feminicidio. O estudo destas categorías conceptuais que moitas veces aparecen mencionadas como sinónimos cando no o son é fundamental para coñecer que realidade está nomeando, as vantaxes e limitacións de cada termo, e tamén para contextualizalas no discurso ideolóxico e criminolóxico que o lexislador chileno desenvolve nas leis de violencia intrafamiliar.

En Chile os modelos de regulación da violencia machista responden a postulados de corte ideolóxico conservador que sitúa a violencia machista no ámbito privado protexendo so as mulleres que se sitúan dentro do rol tradicional na sociedade heteropatriarcal, sen adoptar unha perspectiva de xénero nin facerse cargo da pluralidade cultural. Estes defectos da lexislación chilena non poden achacarse a unha falla de desenvolvemento teórico, pois as investigacións feministas remóntanse a varios séculos de traballo e no ano 2005 existe un basto corpo teórico que une o feminismo e a pluralidade cultural. Cando lexislador chileno decide construír unha lei que fala de violencia intrafamiliar onde non se diferencia a especificidade da violencia machista contra as mulleres e todas as vítimas quedan equiparadas, igualándose as mulleres a nenas, nenos e persoas que precisan unha especial protección, o que fai é adoptar unha postura paternalista e unicamente facerse cargo de unha dimensión reducida da violencia machista: aquela que se produce no ámbito familiar, cando existe convivencia

ou fillos ou fillas común. Polo tanto, de forma consciente o Lexislador decide entre outras opcións tipificar a violencia como intrafamiliar coñecendo as limitacións do termo que reduce a dimensión da violencia, pois entre outras manifestacións non contempla a violencia entre as relacións de parella de namorados sen convivencia. Renunciado de forma premeditado o Lexislador a conceptualización mais avanzadas como «violencia(s) contra a muller(es)», concepto consagrado na Convención Belém do Pará, da que Chile é signatario e texto internacional que supostamente fundamenta a creación da Lei de Violencia Intrafamiliar 20.066.

A Convención Belém do Pará define a violencia contra a muller no seu artigo 1º, como calquera acción ou conducta baseada no seu xénero que cause morte, dano ou sufrimento físico, sexual ou psicolóxico a muller, tanto no ámbito público como privado.

O concepto de «violencia machista» é o que considero mais axeitado para captar a dimensión do problema ao facer alusión directa a raíz da violencia, o machismo entendido como ideoloxía discriminadora occidental, e permite non so describir a violencia como unha manifestación da supremacía masculina sobre a feminina senón sobre calquera outra expresión de xénero e rastrear a súa orixe colonial. Configúrase así a violencia machista como un *hate crime*, o que permitirá a súa aplicación indistintamente de que a muller teña ou non un rol tradicional na sociedade.

En conclusión, o substrato ideolóxico que crea o Dereito estatal chileno ten como base o pensamento liberal europeo que consagra idea de un Estado-Nación único que da lugar a un sistema xurídico monista, monolingüe e patriarcal. Ademais, a influencia dos países do Norte na lexislación chilena ten como consecuencia a importación de solución homoxeneizantes que facilitan a entrada do libre mercado. Este proceso de colonialidade e multiculturalismo liberal afecta gravemente os dereitos das mulleres dos Pobos Orixinarios.

Na Segunda Parte titulada «*Marco jurídico de protección de las mujeres de Pueblos Originarios desde el Derecho Internacional y Regional de los Derechos Humanos*», a análise centrase en coñecer as ferramentas que existen na esfera internacional dos Dereitos Humanos que permitan no ámbito estatal protexer os Dereitos Humanos das

mulleres dos Pobos Orixinarios, a pesar de que Chile non teña recollidos suficientemente estes dereitos no ordenamento interno.

O estudo revela que as mesmas críticas que se sinalaron ao ordenamento xurídico estatal reproducense a escala internacional no Dereito Internacional dos Dereitos Humanos, elaborado dende un pensamento racista e patriarcal, que non foi deseñado para ser aplicado a pluralidade de persoas, quedando especialmente discriminadas aquelas mulleres que son indíxenas ou de etnias minoritarias¹⁴⁶⁴. Para superar estas deficiencias desenvolvéronse áreas específicas de Dereitos Humanos centrados na protección das mulleres e dos Pobos Orixinarios, que, se ben son un avance, tamén foi construído dende o pensamento hexemónico.

En concreto no plano internacional dos Dereitos Humanos das Mulleres os textos internacionais que sinalan como obxectivo a loita contra a discriminación a CEDAW, e erradicar e sancionar a violencia contra a muller, a Convención Belém do Pará, foron pensadas non dende as necesidades de todas as mulleres as que este marco xurídico debía protexer, senón que responderon as axendas políticas das mulleres do Norte, excluíndose as experiencias de vida e a discriminación que viven as mulleres racializadas, as mulleres indíxenas e dos Pobos Orixinarios e as mulleres rurais¹⁴⁶⁵.

Os principais instrumentos internacionais en materia de dereitos e recoñecemento dos Pobos Orixinarios son dous: o Convenio 169 da OIT e a Declaración de Nacións Unidas sobre Dereitos dos Pobos Indíxenas. O Convenio 169 da OIT aprobouse sen contar con a participación dos Pobos Orixinarios debido a configuración tripartita (Estados, Sindicatos e empresarios da OIT) e se ben é un instrumento de aplicación directa en Chile, o seu articulado é controvertido, recoñecendo a Xustiza Indíxena sempre e cando esta sexa compatible coa lexislación do Estado e os Dereitos Humanos. Regulación que considero subordina novamente a Xustiza Indíxena que queda a mercé da valoración que dende os tribunais estatais se fai do mesmo, e consagra unha

¹⁴⁶⁴ Neste sentido: PALACIOS ZULOAGA, Patricia. *El tratamiento...op.cit.*, p. 8; MIQUEL ACOSTA, Carmen. «Claves feministas... op. cit.»;DÍAZ, Ingrid. «La violencia sexual y de género... op. cit.»; GALINDO, María. «Feminismo urgente... op. cit.», pp. 45 y 53.

¹⁴⁶⁵ Sobre a relevancia dos tratados internacionais citados e as críticas os mesmos ver: LACRAMPETTE POLANCO, Nicole, y Catalina LAGOS TSCHORNE. «Los Sistemas...op.cit.», p. 83; MATUS, Verónica. «Lo privado y lo público... op. cit. p. 73; CALFIO MONTALVA, Margarita, y Luisa Fernanda VELASCO. «Mujeres indígenas... op. cit.», p. 506; GALINDO, María. «Feminismo urgente... op. cit.», p.45; NASH ROJAS, Claudio y Catalina LAGOS TSCHORNE et al. *Erradicación de la violencia... op. cit.*;

concepción universal dos Dereitos Humanos que volvese hexemónica, pois está acordouse sen a participación dos Pobos Orixinarios.

Este debate alcanza o seu punto máis crítico cando son abordadas as prácticas sancionadoras dos Pobos Orixinarios que en algúns casos poden ser vistas polos tribunais estatais como formas de castigo que atentan contra a integridade física das persoas chegando incluso a verse como formas de tortura. Se ben considero que o dereito a vida é inalienábel, é preciso relativizar o discurso e modular que prácticas ponde considerarse que atentan contra a integridade física das persoas. E isto porque é frecuente que nas cosmovisións indíxenas existan formas de castigo que empregan o uso da violencia exercida de forma controlada, por exemplo, lategazos con ortigas, onde si ben, se están lesionando a integridade física da persoa, isto non é un motivo para prohibir das formas ancestrais da xustiza, pois os castigos representan dentro da cosmovisión a vía para restablecer o equilibrio rachado e permiten a persoa que transgrediu as normas da comunidade reintegrarse da mesma no momento, a diferenza da cadea, que ademais é unha forma de castigo desaprobada dende as cosmovisións indíxenas, porque non axuda nin a restablecer o equilibrio nin a comunidade.

En relación ao Declaración de Nacións Unidas sobre Dereitos dos Pobos Indíxenas, tratase de un texto mais avanzado con referencias directas a situación das mulleres e poboacións vulnerabilizadas. Este estándar internacional eleva o compromiso de Chile cos Pobos Orixinarios e o respecto que se debe as institucións das propias comunidades, especialmente con relación a necesidade de protexer as formas tradicionais de administrar xustiza, tendencia que é novamente afirmada nas Regras de Brasilia sobre acceso a Xustiza dos grupos en situación de vulnerabilidade, concretamente incorpora como elementos de vulnerabilidade ser muller, indíxena e pertencer a una minoría. En este sentido establece no seu parágrafo 9, que os poderes xudiciais deben asegurar que o trato que reciban as persoas por parte dos órganos da administración de xustiza sexa respectuosos con a súa dignidade, linguas e tradicións culturais. Todo isto sen prexuízo de que podan aplicarse formas propias de xustiza indíxena, así como harmonizar os sistema de administración de xustiza estatal e indíxena ate o respecto mutuo, o que inclúe a realización de peritaxes antropolóxicos, garantir o dereito a expresarse no propio idioma (paragrafo 48 e 49), entre outras medidas aplicábeis.

En conclusión, os estándares internacionais foron deseñados dende posicións asimilacionista e asistencialistas; a pesar de isto e grazas a presión constante dos Pobos Orixinarios estes estándares internacionais e as interpretacións cada vez máis plurais e abertas que se fan dos mesmos os teñen convertido nunha ferramenta imprescindible para a defensa dos dereitos individuais e colectivos das mulleres mapuche na esfera estatal e internacional. Concretamente en Chile o Convenio 169 da OIT e a Convención de Nacións Unidas sobre Dereitos dos Pobos Indíxenas —aínda non se está facendo— permiten garantir o respecto aos sistemas de xustiza ancestrais e unha defensa culturalmente motivada nas causas penais, así como o recoñecemento da xurisdición indíxena incluíndose a posibilidade da determinación da responsabilidade e a sanción tamén nos casos de violencia machista.

Este ordenamento xurídico internacional ten o seu impacto no Dereito Interno, onde en materia de violencia contra a muller sanciónanse instrumentos contra algunhas manifestacións da violencia machista, en especial a Lei de Violencia Intrafamiliar de 1994, a actual lei de Violencia intrafamiliar do ano 2005 e a introdución da figura do femicidio no 2010. Estas normas se ben supoñen un avance en esta materia, foron deseñadas e aplicadas dende a lóxica do monismo xurídico, o que deixou as mulleres dos Pobos Orixinarios nunha situación de discriminación a hora de exercitar os seus dereitos de acceso a xustiza. En aras a corrixir esta situación creáronse figuras de apoio como as facilitadoras e facilitadores interculturais e oficinas con trato especializado que introducen una perspectiva multicultural na administración de xustiza. Estes son os temas que se abordan na parte Terceira titulada «*Violencia machista contra las mujeres mapuche. Análisis de las leyes de Violencia Intrafamiliar y de su aplicación en los tribunales penales y de familia en La Araucanía*».

A Lei 19.325 de Violencia Intrafamiliar aprobouse no ano 1994. Esta norma concibe o problema da violencia como unha cuestión privada e aposta por unha concepción terapéutica que foi canalizada a través da introdución da conciliación, cuxa utilización centrouse máis na reconciliación que na sanción da violencia. O balanço de esta lei non foi satisfactorio, e isto porque se realizou por parte dos tribunais un abuso da conciliación que resultou ser nefasta para abordar a violencia machista, ao non terse en conta na súa aplicación o desequilibrio de poder que existe entre as partes nin sancionar con efectividade ao agresor. No ano 2005 aprobouse a lei 20.66 de Violencia Intrafamiliar, a cal, sen abandonar unha concepción aínda amarrada na

conceptualización intrafamiliar da violencia, prohibe calquera tipo de conciliación ou acordo entre as partes no ámbito penal e introduce reformas penais, entre as cales destaca a tipificación do delito de maltrato habitual para abordar a violencia machista.

En ningunha de estas leis tivose en conta a pluralidade cultural en Chile por parte do Lexislador e nunca foi realizada ningunha consulta indíxena as mulleres sobre este particular. Esta falta de interese responde ao racismo institucional que forma parte do modo de operar e actúa de forma implícita dentro da lóxica da colonialidade-institucional. Este racismo está implícito, interiorizado e manifestas por inactividade, isto e, cando non se ten en conta a pluralidade cultural que é obrigación do lexislador. En consecuencia, o corpo legal que e emana do Congreso, son normas que reproducen o que acontecía na esfera internacional, so aportan solucións ao problemas de unha parte da poboación, e estas solucións tratan de presentarse como universais. Precisamente, esta forma de configurar solucións homoxéneas constitúen unha das principais causas de discriminación por non permitirse respostas adaptadas a pluralidade cultural e dende a pluralidade cultural.

Un exemplo claro que amosa aínda mais as grandes barreiras e a discriminación das persoas pertencentes aos Pobos Orixinarios, e en concreto as mulleres do Pobo Mapuche, é que ate o ano 2018 carecían de representantes electas no Congreso e no Senado, de forma que non tiñan una voz específica que puxera de manifesto nos trámites lexislativos as necesidades e problemáticas que ás concretas leis supoñían para elas o seu pobo. A isto hai que engadir que non se realizou ningunha consulta indíxena sobre a regulación da sanción por violencia intrafamiliar. De isto cabe concluír que o Dereito penal continua a ser unha cuestión monocultural, reservada ao Estado, e aos penalistas-académicos case todos homes non indíxenas, e sobre a que non se da a capacidade de decidir aos Pobos Orixinarios.

En consecuencia, na actualidade o marco legal que existe para sancionar a violencia machista, delimitada súa dimensión polo Lexislador na categoría de intrafamiliar, non se adecúa as necesidades das mulleres mapuche. E isto porque é unha lei sen perspectiva de xénero-indíxena, e tampouco ten en conta a situación de ruralidade. Se ben establece un modelo de familia amplía, esta tampouco encaixa coa familia mapuche, e non sanciona a violencia nas relacións sen convivencia. Ademais, parte da concepción paternalista e configura unha muller vítima onde non se teñen en conta as

estratexias de supervivencia de esta muller¹⁴⁶⁶. E o mais importe, prohibe os acordos reparatorios, fundamentais para a abordaxe da violencia nas comunidades indíxena, sobre todo cando esta se produce na forma de ameazas ou lesións leves entre diferentes integrantes da familia.

Se ben é certo que as leis non estableceron ningunha regulación especial en relación aos Pobos Orixinarios, comprobouse ao longo da investigación que existe una certa especialización do sistema de xustiza e criáronse novas institucións para atender a persoas mapuche na rexión de La Araucanía, especialmente a Defensoría Penal Pública Mapuche, a introdución das peritaxes antropolóxicas, a figura da facilitadora ou facilitador intercultural, que posibilitaron especialmente a partir da subscripción do Convenio 169 da OIT a apertura do Dereito penal a unha aplicación culturalmente motivada e redefinir o límite do artigo 241 do CPP, que permite os acordos reparatorios en delitos de lesións leves con base nos artigos 8, 9 e 10 do Convenio 169 da OIT e non aplicar a prohibición de chegar a un acordo reparatorio en violencia intrafamiliar que establece o artigo 19 da Lei 20.066, cando a vítima e o imputado son mapuche, co obxectivo de garantir por esta vía unha aplicación do dereito que resgardase os dereitos das mulleres en tanto que superviventes de violencia e pertencentes a un Pobo Orixinario.

Esta labor foi desenvolvida especialmente dende a *Defensoría Penal Pública* Mapuche, que buscou o recoñecemento do Sistema Sancionador Mapuche a través dos acordos reparatorios, que son estudados en profundidade mediante a análise das 22 causas onde se aplicou esta solución en *La Araucanía* durante o período 2010 ao 2017, o que permítame chegar as seguintes conclusión:

1. A prohibición dos acordos reparatorios centrase na concepción da violencia contra a muller entendida como unha violencia de xénero sobre a muller onde esta sempre está en desequilibrio respecto dos homes. Por iso carece de sentido aplicar dita prohibición a violencia ou ameazas, —delito moi frecuente—, que é exercido entre diferentes integrantes da familia que non están ligados por unha relación amorosa, pasada ou presente. É mais, na miña opinión un acordo reparatorio en contexto de ameazas resultaría moito mais adecuado para chegar a un entendemento entre as partes.

¹⁴⁶⁶ SCHNEIDER, Elizabeth. «Mujeres maltratadas... *op. cit.*, p. 25-27.

2. A explicación da violencia contra a muller mediante a teoría da violencia de xénero que parte do desequilibrio de poder entre homes e mulleres ligase a unha concepción da vítima como muller maltratada que non pon en valor toda unha estratexia de superación da violencia, e ademais establece una resposta estándar a situacións de violencia que son de diferente nivel e circunstancias, polo que esta abordaxe resulta insuficiente. En este sentido, considero que articular solución a través da institución do acordo reparatorio pode ser unha opción idónea cando as características do caso e a vontade da muller sufriu un episodio de maltrato que así o releven.

3. Do estudo tamén se desprende a urxente necesidade do recoñecemento da Xustiza Mapuche, e de permitir o desenvolvemento das comunidades que conservan a súa tradición ou aquelas comunidades que queiran recuperala, cumprindo así o Estado de Chile coas súas obrigas internacionais.

Se ben a *Defensoría Penal Mapuche* ten unha labor pioneira non é a única institución que foi criada a tal efecto; en este sentido observase como proliferan novas oficinas, servizos ou institucións como: as peritaxes antropolóxicas, o oficio de facilitadora ou facilitador cultural, o *Centro de la Mujer Móvil de La Araucanía* e o *Modulo de atención e información del SERNAM*, que analizados no seu conxunto xera a aparencia de unha nova institución que se crea para facerse cargo da pluralidade cultural e dos problemas que teñen as persoas dos Pobos Orixinarios para interaxir dentro do sistema de xustiza chileno. Se ben estes servizos son necesarios, o verdadeiro cambio de paradigma virá cando quede establecida unha institucionalidade onde a información flúa en dúas direccións, explíquese as persoas indíxenas como funciona a Administración de Xustiza chilena e o Estado recoñeza a autoridade en materia de xustiza das decisións tomadas con base no *Az Mapu*, e se incorpore procedementos culturalmente adecuados.

A Lei 20.066 ademais presenta unha serie de complexidades na práctica. En primeiro lugar, a competencia para coñecer das causas de violencia intrafamiliar non se sitúa na mesma orde xurisdiccional, senón que, en función da gravidade dos feitos, as xuízas ou xuíces de familia deberán decidir se a competencia lles corresponde aos Tribunais de Familia ou pola contra, deben enviar a causa ao Ministerio Público para que sexa investigada e xulgada en sede penal. Esta forma de abordar a violencia machista e a intrafamiliar dificulta moito a formación especializada que deben recibir as

persoas que traballan nos xulgados, xa que esta formación deberá estenderse a dous órganos xurisdicionais completos. En este sentido é moito máis adecuado que a violencia machista sexa unha competencia de un tribunal especializado que coñeza unicamente de este tipo de problemáticas e poda abordar a violencia de forma integral dende os aspectos civís aos penais, como así o recomendan os organismos internacionais como el MESECVI¹⁴⁶⁷. Ademais, estes tribunais deberán ter formación en pluralidade cultural adecuada ao territorio ancestral concreto en que radica a súa competencia.

En segundo lugar, a tipificación da violencia intrafamiliar presenta problemas na definición do artigo 5 da Lei 20.066, establecéndose como elemento relevante para definir a violencia a relación que existe entre dúas persoas, xa sexa familiar, de parella/ex parella (incluíndose as persoas do mesmo sexo/xénero) ou dependencia, o que significa que o suxeito activo pode ser home ou muller ao igual que o suxeito pasivo. Se se cumpre este requisito subxectivo calquera tipo de delito pode ser considerado violencia intrafamiliar. Polo tanto, non existe un delito de violencia intrafamiliar, senón delitos que poden cometerse en contexto de violencia intrafamiliar.

E, en terceiro lugar, volvese a poñer de manifesto que a lei non adoptou unha perspectiva de xénero a hora de tipificar a violencia e simplemente limitouse a: (1) agravar a pena dos delitos de lesións que son cometidos en contexto intrafamiliar (ar. 400 CP); (2) prohíbe cualificar as lesións cometidas en contexto intrafamiliar como leves (art. 494 N° 5); e tipifica por primeira vez os malos tratos habituais (art. 14).

O delito de malos tratos habituais é o único delito novo que introduce a Lei. Este tipo penal e problemático, primeiro porque non se integra no Código Penal; en este sentido carecemos da sistemática do Código para identificar o ben xurídico protexido, sendo este un tema discutido pola doutrina. MYRNA VILLEGAS considera que estamos ante un delito que protexe a dignidade da persoa humana e a integridade moral¹⁴⁶⁸, poren, se ben é o desexábel no tipos penais destinados a sancionar a violencia machista,

¹⁴⁶⁷ No *Informe País a Chile* en el 2012, el MESECVI, recoméndase a Chile aprobar unha lei integral contra a violencia de xénero. Informe, Mecanismo de Seguimiento Convención Belém do Pará. Cuarta Conferencia de Estados Parte, Organización de los Estados Americanos, Washington D.C., 16 de abril 2012, en línea <http://www.oas.org/es/mesecvi/docs/FinalReport2012-Chile.doc> (consultado o 12 de febreiro de 2018),

¹⁴⁶⁸ Cfr. VILLEGAS DÍAZ, Myrna, «El delito de maltrato habitual... *op. cit.* p. 291.

considero que no caso do artigo 14 estamos ante un delito que protexe a integridade física e psicolóxica das persoas que conforman o núcleo familiar.

Esta interpretación ademais ofrécenos unha vantaxe práctica, e isto porque se ben o artigo 241 do Código Procesual Penal permite chegar a un acordo reparatorio cando as lesións son cualificadas como leves, a lei de Violencia Intrafamiliar bloquea esta posibilidade no seu artigo 19 no cal prohíbense expresamente a posibilidade de chegar a un acordo repertorio en causas de violencia intrafamiliar. Esta interpretación permite fundamentar a proposta de derogación do artigo 19 da Lei VIF e a numeral 5º do artigo 494 do CP, —a agravación da pena poderá lograrse aplicando por exemplo a agravante antidiscriminación do art. 12 Nº 21 CP, de forma que pode manterse o rigor punitivo e as sanciones elevadas— e conservar unicamente as restricións do artigo 241 do Código Procesual Penal, de forma que en causas de violencia intrafamiliar cando as lesións son leves permítase realizar acordos reparatorios, que se celebren en vistas guiadas polos principios da xustiza restaurativa ou da xustiza indíxena o que implica que a vítima sexa escoitada e capacitada para restablecer o equilibrio entre as partes, que o agresor comprenda o dano das súas accións, e a liberdade para abandonar o proceso en calquera momento. E se hai fillas ou fillos, estes tamén poderán participar do proceso¹⁴⁶⁹. Os procesos de mediación para chegar a acordos reparatorios non exclúen a posibilidade de acordar sancións nin medidas de seguridade ou de outro tipo. Esta solución a considero especialmente útil no caso daquelas parellas onde a vítima non quere cesar a convivencia, de forma que si existe unha valoración adecuado e é o desexo da vítima pódese chegar a deconstruírse a socialización machista, restablecer o equilibrio entre as partes e ter un modelo de parella e convivencia dende a igualdade, o respecto e a non violencia.

Ademais, os acordos reparatorios son unha fórmula especialmente adecuada para aqueles casos onde existen lesións leves como feridas, golpes ou malos tratos de obra cuxo resultado é pouco grave e prodúcense entre persoas da mesma familia que non viven baixo o mesmo teito, exemplo, dous irmáns adultos que despois de unha discusión apaixonada chegan as mans.

¹⁴⁶⁹ Sobre a xustiza restaurativa, os sus principios e valores ver: GONZÁLEZ RAMÍREZ, Isabel Ximena. «¿Es la Justicia Restaurativa... *op. cit.*»; DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia. «¿Qué es la Justicia Restaurativa... *op. cit.*, p. 8; GONZÁLEZ RAMÍREZ, Isabel Ximena. «Algunas consideraciones sobre la aplicación de la justicia restaurativa... *op. cit.*, p. 415.

En cuarto lugar, o delito de maltrato habitual é un tipo penal pouco empregado, ficando relegado polo seu carácter residual ou subsidiario¹⁴⁷⁰, respecto de outros tipos delictuais de violencia intrafamiliar, de forma que o delitos de maltrato habitual faixe cargo unicamente da violencia que non chega a ser constitutiva de lesións e/ou violencia realizada mediante agresións verbais cuxo resultado é a perturbación psíquica. Ademais, tampouco cabe o concurso de delitos entre o maltrato habitual e outras figuras de lesións, que, ao ser mais graves, sempre rematan por subsumir un feitos en outros. Na practica ao artigo 14 de maltrato habitual é un tipo penal que unicamente faise cargo da violencia psicolóxica en contexto intrafamiliar¹⁴⁷¹.

Debe terse en conta en quinto lugar, que o delito de maltrato habitual produce incerteza xurídica en relación a cando debe considerarse que existe habitualidade. En este sentido a doutrina e a xurisprudencia estableceron que debe atenderse ao número de feitos e ao lapso temporal que existe entre os mesmos, non sendo necesario que os malos tratos recaian na mesma persoa, senón que simplemente estas formen parte dos suxeitos que son mencionados no artigo 5º do Lei 20.066 e que o conxunto de estas agresións xeran un clima de terror combinados con períodos de paz¹⁴⁷².

Polo exposto o delito de maltrato habitual debe ser tamén reformulado ou eliminado, e isto non unicamente polas deficiencias sinaladas, senón tamén e na íña do recomendado pola MESECVI ao sinalar que o artigo 14 non cumpre con os estándares internacionais, porque o maltrato as mulleres é un delito grave bastando con que fora realizado unha soa vez. O concepto da habitualidade non disuade da súa comisión, polo contrario, envía unha mensaxe a sociedade de que pode repetirse, e perde de vista que con unha soa agresión poden producirse lesións graves¹⁴⁷³. Ademais, a existencia do delitos de malos tratos habituais repercute en un beneficio para o agresor que recibe unha pena inferior da que se imporía ao ser xulgado polo número de delitos cometidos

¹⁴⁷⁰ Neste sentido: VAN WEEZEL, Alex. «Lesiones y violencia... *op. cit.*, p. 239; TALADRIZ EGUILUZ, María José. «La comisión... *op. cit.*, p. 263; TOLEDO VÁSQUEZ, Patsili. *Derecho a Vivir... op. cit.*, p. 22 y VILLEGAS DÍAZ, Myrna. «El delito de maltrato habitual... *op. cit.*, p. 280.

¹⁴⁷¹ Cfr. VILLEGAS DÍAZ, Myrna, «El delito de maltrato habitual... *op. cit.* p. 293; TALADRIZ EGUILUZ, María José. «La comisión... *op. cit.*, p. 264.

¹⁴⁷² Cfr. VILLEGAS DÍAZ, Myrna. «El delito de maltrato habitual... *op. cit.*, p. 301 y SANTANA NAZARIT, Paula, y Lorena ASTUDILLO PEREZ. *Violencia extrema hacia las mujeres en Chile... op. cit.*, p. 14; Instrucción General de la Fiscalía Nacional, que Imparte Criterios de actuación en delitos de violencia intrafamiliar, Oficio FN N° 111/2010; Cfr. PÉREZ RIVAS, Natalia. «La determinación de la... *op. cit.* p. 173-175.

¹⁴⁷³ MESECVI. «Chile. Informe de implementación... *op. cit.* 4.

de forma individual¹⁴⁷⁴. E, por último, outro elemento que reforza a idea da súa derogación ou reformulación é o carácter subsidiario do delito que é absorbido por outros delitos de lesións mais graves. En consecuencia, o precepto mais que enviar unha mensaxe clara a sociedade e sancionar ao suxeito individual, o que xera é una regulación problemática e subsidiaria de outros preceptos penais.

Unha vez comprobado que os estándares internacionais e estatais permiten o recoñecemento da Xustiza Indíxena, resulta de interese coñecer os valores e como se articula a potestade sancionadora no *Az Mapu*, a cuxo estudo dedicamos a Parte Cuarta de tese titulada «El *Az Mapu*. El reconocimiento del Sistema Sancionador Mapuche en el contexto de delitos de violencia intrafamiliar».

A Xustiza Indíxena responde a unha concepción holística da vida, ao contrario que no Dereito occidental non se distinguen nitidamente as xurisdición nin existe unha construción dogmática do sistema sancionador. A pesar de estas importantes diferenzas de partida que fan que un e outro sistema sexan en orixe diferentes, podemos realizar unha análise comparando entre ambos sistemas e atopar elementos comúns. Este exercicio comparativo nace con unha limitación, e é que estamos traendo a linguaxe xurídica occidental un mundo e unha cosmovisión diferentes, en este exercicio de tradución e traer para a nosa linguaxe institución que responden a outras cosmovisión estamos en certa maneira aplicando una perspectiva hexemónica, para mitigar esta universalización do paradigma occidental, por isto descarto falar de Dereito Indíxena, Dereito Penal Indíxena e Sistema Xurídico Indíxena¹⁴⁷⁵, en favor dos conceptos de Xustiza Indíxena e Sistema Sancionador Indíxena¹⁴⁷⁶, terminoloxía que, si ben igualmente aplica unha mirada occidental ao establecer unha xurisdición inexistente nas cosmovisións indíxenas, polo menos non homologan o Dereito algo que non é Dereito, e permite diferenciar os procedementos que son coñecidos pola comunidade e funcionan de forma coherente para determinar a inocencia ou culpabilidade de unha persoa o grupo así como adxudicar unha consecuencia a determinados comportamentos¹⁴⁷⁷. Estes

¹⁴⁷⁴ VAN WEEZEL, Alex. «Lesiones y violencia... *op. cit.*, p. 244.

¹⁴⁷⁵ Neste sentido pode revisarse entre outros os seguintes traballos: BA TIUL, Kajkoj. «Los pueblos... *op. cit.*, p. 569; DEOCON, Carlos. «Resolución de conflictos y pueblos indígenas... *op. cit.*, pp. 587; YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. «Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y del derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino.» En *Pueblos Indígenas y Derechos Humanos*, de Mikel BERRAONDO., Bilbao: Instituto de Derechos Humanos. Universidad de Deusto, 2006, p. 537.

¹⁴⁷⁶ En este sentido: VILLEGAS DÍAZ, Myrna, MELLA-SEGUEL, Eduardo. *Cuando la costumbre... op. cit.*, p. 28.

¹⁴⁷⁷ VILLEGAS DÍAZ, Myrna, MELLA-SEGUEL, Eduardo. *Cuando la costumbre... op. cit.*, p. 71.

dous conceptos ademais permiten abordar o estudo das prácticas de xustiza indíxena situándoas no mesmo lugar de importancia que o Dereito estatal.

Ao analizar o Dereito Penal e o Sistema Sancionador Indíxena atópanse importantes similitudes, que levan a falar dos Principios Xerais do Sistema Sancionador Indíxena. A mais importante é a existencia do principio de legalidade, que verificase nos mecanismos asemblearios onde toda a comunidade participa e exerce unha sorte de democracia directa que pode equipararse co parlamento na cultura occidental¹⁴⁷⁸. Isto permite que se coñezan con claridade as conductas que están prohibidas e as sancións que son aplicadas as mesas a través de procedementos comúns onde existe a igualdade de trato¹⁴⁷⁹. En este sentido as normas que rexe as sociedades indíxenas poden ser equiparadas coa costume, a cal tamén varía de conformidade coa dinámica da cultura¹⁴⁸⁰. A gran diferenza é o ben xurídico protexido, que mentres no Dereito occidental é construído principalmente sobre a defensa de bens individuais, a Xustiza Indíxena defende ou protexe principalmente valores colectivos como a harmonía, o equilibrio, a espiritualidade, a complementariedade a dualidade, valores que conforman a familia, a comunidade e en definitiva a identidade indíxena¹⁴⁸¹. Os fins da pena presentan tamén certas similitudes en un e outro mundo, mentres que no Dereito occidental sinálanse como fins a prevención xeral, a prevención especial e a resocialización. No mundo indíxena o importante é a reintegración, a reparación do dano causado, restablecer a paz, o equilibrio e a harmonía na sociedade, presentando máis similitudes cos principios da Xustiza Restaurativa occidental e con os medios alternativos a resolución de conflitos que cos fines da pena que xustifican a sanción no Dereito Penal¹⁴⁸².

Se analizamos agora o sistema sancionador do Pobo Mapuche dende a mirada occidental responde aos principios que sinalaron de forma xeral para os Sistemas Sancionadores Indíxenas. E se adoptamos unha mirada holística temos que falar en primeiro lugar da súa denominación orixinal *Az Mapu*, concepto que engloba non

¹⁴⁷⁸ BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. «Derecho indígena... *op. cit.*, p. 14.

¹⁴⁷⁹ En este sentido: BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. «Derecho indígena... *op. cit.*, p. 14; y VILLEGAS DÍAZ, Myrna; Mella-Seguel, Eduardo. *Cuando la costumbre... op. cit.*, p. 72.

¹⁴⁸⁰ Cfr. AVILA ORDÓÑEZ, María Paz. «El Derecho Penal... *op. cit.* p. 50; AVILA ORDÓÑEZ, María Paz. «El Derecho Penal... *op. cit.* p. 50; y Corte Constitucional Colombiana, 8 ago. 1996, Sentencia T-349/96, Gaceta de la Corte Constitucional (G.C.C).

¹⁴⁸¹ BA TIUL, Kajkoj. «Los pueblos indígenas... *op. cit.*, p. 570.

¹⁴⁸² VILLEGAS DÍAZ, Myrna; MELLA-SEGUEL, Eduardo. *Cuando la costumbre... op. cit.*, p. 74.

unicamente o sistema sancionador, senón que fai referencia a configuración cósmica do Universo Mapuche, onde se diferencian tres planos: a *Weno Mapu* ou Terra de Arriba, o *Minche Mapu* ou Terra de Abaixo, e o *Nag Mapu* ou Terra de aquí, naque viven as persoas e a natureza¹⁴⁸³. En este universo a noción de xustiza equivale a restablecer o equilibrio cósmico e intégrase no *Weno Mapu*¹⁴⁸⁴.

O Sistema Sancionador Mapuche basease nun protocolo que establece como primeira regra que os problemas deben ser previstos. Si esta instancia fracas é prodúcese unha transgresión, abórdase falando entre as partes de forma pública para buscar o entendemento dentro da comunidade, isto leva a que autores como SÁNCHEZ CURIHENTRO, afirmen que atopámonos ante un sistema sancionador non-violento. Outras formas de sanción que son aplicadas é apartar aos culpábeis e a súas familias da comunidade durante un tempo determinado de forma que nade os pode recibir na súa casa nin saudar, expulsión da comunidade, e nos casos mais extremos entregalos a xustiza *winka*.

Se ben a maioría das sancións non implican o uso da forza, non se pode afirmar que o Sistema Sancionador Mapuche sexa non-violento porque na cosmovisión mapuche as vítimas teñen o dereito a *molequear*, isto é, ao uso lexítimo da violencia de forma proporcional e en base ao restablecemento do equilibrio que pode realizarse de improviso sobre a vítima ou acordarse entre as partes cando se van a producir o encontro¹⁴⁸⁵. Cando se vai a realizar un *malón* poden xunto a vítima acudir a súa familia e a/o *longko* da comunidade, se a vítima está moi enfurecida pode decidir non acudir e que a representen autoridades ou familiares¹⁴⁸⁶.

O *Az Mapu* pode aplicarse para sancionar todo tipo de transgresións dende asasinatos e homicidios, contaminación da auga ate conflitos de violencia machista e intrafamiliar. As sancións que poden aplicarse para este tipo de conflitos son as mesmas que xa se mencionaron.

Usar o *Az Mapu* para sancionar a violencia machista que padecen as mulleres presenta importantes vantaxes que non proporciona o ordenamento estatal. En primeiro,

¹⁴⁸³ SÁNCHEZ CURIHENTRO, Juan. «El Az Mapu... *op. cit.*, pp. 32 y ss.

¹⁴⁸⁴ *Ibid.*, p. 29,

¹⁴⁸⁵ Cfr. VILLEGAS DÍAZ, Myrna; MELLA-SEGUEL, Eduardo. *Cuando la costumbre... op. cit.*, p. 108.

¹⁴⁸⁶ *Idem.*

lugar, as mulleres mapuche rexeitan que esta violencia forme parte da cosmovisión mapuche e a interpretan como unha violencia como de orixe *winka* e colonial, en este contexto as sancións ou respostas comunitarias permiten as mulleres mapuche sentirse protexidas dentro da súa comunidade, sentir que teñen o respaldo e a protección dentro do seu Pobo sen depender de un Estado do que desconfían como consecuencia dos procesos de colonización, do confinamento nas reservas, e do actual conflito que establece o *Wall Mapu* como zona vermella e aplica métodos antiterroristas para evitar a recuperación das terras ancestrais por parte das familias mapuche.

En segundo lugar, na medida que o *Az Mapu* continúa usando para a resolver conflitos reafirmase a identidade mapuche, onde as mulleres e a familia deben ser respectadas, o que contribúe a valoralas propias institucións como formas válidas de solucionar os problemas, que están entrando en desuso cando empezan a validarse as respostas hexemónicas do Dereito estatal por riba das solucións mapuche.

Este exercicio colectivo da xustiza é tamén unha forma de educación para as novas xeracións nos valores mapuche, que entenden a familiar como un espazo onde non se exerce a violencia, as persoas deben ser respectadas, e a violencia contra as mulleres é sancionada dentro da comunidade.

Polo exposto a articulación de un espazo de interlegalidade entre o *Az Mapu* e a xustiza estatal, é unha solución idónea que permitirá por un lado protexer de forma mais efectiva as mulleres mapuche respectando a súa cosmovisión a par que avanzar en termos de recoñecemento e reconciliación entre o Pobo Mapuche, o Estado e a sociedade chilena.

E, por último, para poder facer unha proposta de recoñecemento da Xustiza Mapuche, onde se teña en consideración outras experiencias na Parte Quinta, titulada «Australia una experiencia comparada: criminoloxía do Sur e *Aboriginal Court*», analízase un país con pasado colonial xeograficamente situado no Sur global que implementou diferentes fórmulas de tribunais indíxenas.

Debe sinalarse que Australia é un país con un modelo institucional de base racista que tratou —ao igual que sucedeu en Chile con diferentes Pobos Orixinarios—de

exterminar a poboación Aborixe, e onde ate a década dos anos 70-80 existiron reservas para as persoas Aborixes onde as familias roubábanlles as nenas e nenos, fenómeno denominado ‘as xeracións roubadas’, para ser institucionalizados ou entregados a familias brancas con o obxectivo de que foran criados nos valores da Australia branca e de ascendencia británica¹⁴⁸⁷.

O modelo federal australiano non reconece a Xustiza Aborixe, senón que introduce un modelo baseado no multiculturalismo neoliberal. As *Aboriginal Court* reciben nomes distintos nos diferentes Estados: os *Nunga Courts* de Australia do Sur que servirán de inspiración as *Murri Courts* no Estado de Queensland, e os *Koori Dubbo* e *Nowra* de Nova Gales do Sur. Todos estes tribunais presentan as seguintes similitudes. É unha xurisdición voluntaria onde a persoa imputada pode presentar o seu caso, é se cumpre os requisitos procesuais, entre os que se atopa declarase culpábel, a Corte decide se aceptar ou non a causa. O obxectivo das vistas, por tanto, non é decidir sobre a culpabilidade senón sobre a idoneidade do encarceramento, e si a persoa pode reinserirse na sociedade a través de penas alternativas a privación de liberdade. As *Aboriginal Court* non aplican as normas Aborixes, seno que se rexen polas leis estatais, si ben o fan tendo en conta a diversidade cultural. A introdución deste enfoque que atende a orixe étnica, a discriminación e as consecuencias do racismo institucional lógranse mediante un proceso mais flexíbel onde abandonase o formalismo tradicional e incorpóranse ao procedemento novas partes. A carón das xuízas e xuíces (que conservan todo o poder) están tamén as anciáns, nacíanos ou persoas respectábeis da comunidade, que dependendo do modelo de tribunal poden chegar a ser ata catro. Trátase tamén de que as autoridades Aborixes sexan do mesmo xénero que a persoa imputada que ao igual que la vítima pode acudir a vista acompañada de familiares ou amizadas ou outras persoas da comunidade.

Durante a vista trátase de ter unha comunicación fluída que permita comprender a persoa imputada a gravidade dos feitos cometidos, e a transgresión das leis estatais como dos valores aborixes. Mediante estes diálogos as persoas anciáns tamén deben chegar ao convencemento de que a persoa está arrepentida e respecta os valores comunitarios. Xa que una das súas labores no proceso é orientar respecto das medidas

¹⁴⁸⁷ Sobre o pasado colonial e racista de Australia ver entre outras fontes: HARRIS, Mark. «Los australianos indígenas... *op. cit.*, pp. 15-16; OCHOA SOTO, Igor. «La mujer aborígen... *op. cit.*, p. 104; VIJEYARASA, Ramona. «Enfrentando la historia... *op. cit.*, p. 129; BOTTOMLEY, Stephen and Simon BRONITT. *Law in context... op. cit.*, p. 117.

alternativas a cadea que pode impor o xuíz ou xuíza a persoa condenada. Este e o único momento onde a costume indíxena pode influír, mas a última palabra a ten sempre a xuíza ou xuíz occidental¹⁴⁸⁸.

As principais diferenzas que existen entre os modelos son o rol das autoridades indíxenas e o lugar onde se celebra a vista.

Nas *Aboriginal Nunga Courts* de Australia do Sur e nas *Murry Court* de Queensland unicamente participa unha ou dúas autoridades indíxenas e reúnense previamente coa persoa imputada, por iso o seu rol durante a audiencia non é moi relevante.

Nas *Dubbo* e *Nowra* de Nova Gales do Sur na audiencia participan ate catro autoridades Aborixes e teñen funcións de maior importancia chegando inclusive a facer recomendacións ao xuíz ou xuíza que deben terse en conta para determinar a pena. Peso do que non gozan as autoridades Aborixe nas Cortes de Queensland e Australia do Sur.

Os lugares onde se celebran as audiencias varían notablemente. Nas *Koori* en Nova Gales do Sur e nas *Nunga Court* de Australia do Sur celébranse en unha sala situada dentro dos edificios de xustiza, a cal é reorganizada e decorada con motivos da comunidade aborixe. As vistas son fechadas ao público, podendo asistir unicamente as partes implicadas no proceso. Poren, nas *Dubbo* e *Nowra* de Nova Gales do Sur baseadas no *Circle Court Model* as audiencias celébranse en lugares relevantes para a comunidade e son abertas ao público.

As *Aboriginal Courts* poden coñecer de todo tipo de delitos, excepto os delitos sexuais. En relación aos delitos de violencia machista e violencia intrafamiliar, estas cortes son considerados lugares apropiados, as principais vantaxes é que permiten as mulleres Aborixes acudir a xustiza e que os homes sexan sancionados mas con procedementos de xustiza culturalmente motivados que buscan penas alternativas a privación de liberdade, isto contribúe a que se supere a desconfianza das comunidades aborixes nas institucións xudiciais australianas, porque tense en conta a posición de desvantaxe dos homes Aborixes como homes racializados (principais autores de

¹⁴⁸⁸ Ver: MARCHETTI, Eliana, y Kathleen DALY. «Indigenous... *op. cit.*, pp. 430 y ss.; MARCHETTI, Eliana. «Indigenous... *op. cit.*, pp. 267 y ss.; Stephen, y Simon BRONITT. *Law in... op. cit.*, p.140; y BALDRY, Eileen, y Chris CUNNEEN. «Imprisoned... *op. cit.*, p. 285.

violencia machista e intrafamiliar nas comunidades Aborixes), e polo tanto no proceso tratase tamén de reparar o dano de estes homes causado pola colonización¹⁴⁸⁹.

Algúns sectores do feminismo amósanse críticos coa competencia das *Aboriginal Courts* para coñecer de violencia machista, e sinalan os riscos de que en estas vistas non se teña suficientemente en conta o desequilibrio de poder entre vítima e vitimario, así como que as penas sexan moi leves e non contribúan a dotar de gravidade as conductas de violencia.

As *Aboriginal Court* son modelos de xustiza que se fan cargo da discriminación racial e a pluralidade cultural, a súa implantación conséguese grazas ao esforzo conxunto de integrantes do poder xudicial, administracións do Estado, policía, fiscalía poboación de comunidades aborixes e ao *Aboriginal Legal Rights Movement*¹⁴⁹⁰. Se ben son un gran paso para lograr respostas máis humanas e efectivas para a persoa imputada, a vítima e outorgar maior autoridade as partes e implicar a comunidade, aínda tratase de modelos pegados ao monismo xurídico e a posicións multiculturalistas paternalistas. E isto porque nas cortes o que se aplica é Dereito australiano, e as decisións dependen dos xuíces e xuízas como autoridade que tivera que tutelar as persoas aborixes na toma das súas decisións.

En conclusión, ao longo da presente tese logrouse rastrexar en Chile a existencia de un racismo institucional que deixa a súa pegada na lexislación, e unha falta de capacitación na administración de xustiza que deriva en estereotipos e trato discriminatorio cara as mulleres dos Pobos Orixinarios. De este diagnóstico emerxe a urxencia de cumprir coas Recomendación Xerais ao Estado de Chile do MECSEVI do ano 2012, que sinalaban: a necesidade de establecer unha estratexia e un plan de acción global para previr e eliminar todas as formas de violencia contra as mulleres incluíndo as comunidades mapuche e outras comunidades indíxenas; así como a implantación de

¹⁴⁸⁹ Cfr. Harry Blagg en MARCHETTI, Eliana. «Indigenous... *op. cit.*, p. 271.

¹⁴⁹⁰ Esta organización presente na actualidade loita por acadar unha “Xusticia sen prexucios”. Foi criada nos anos 60 do século pasado polas Anciás e Anciáns Aborixes comprometidos con un cambio no modelo de xustiza. Na actualidade esta organización sigue en activo loitando polos dereitos culturais, económicos políticos e sociais dos Pobos Aborixes e dos Insulares do Estreito de Torres e das persoas marxinadas de Australia do Sur. Ademais, prestan servizos xurídicos a persoas Aboríxas que non contan con representación letrada. Para máis información sobre a organización *Aboriginal Legal Rights Movement* ver a súa web <https://www.alrm.org.au/who-we-are/brief-history/>. Sobre o xurdimento e desenvolvemento das *Aboriginal Courts* ver, TOMANINO, John. «Aboriginal (Nunga) Courts.» *Information Bulletin. Office of Crime Statistics and Research* (Government of South Australia), nº 39, 2004, p. 2.

un mecanismo institucional efectivo para coordinar, supervisar e avaliar a eficacia das medidas adoptadas; reforzar o sistema xudicial para garantir as mulleres en particular as que pertencen a grupos desvantaxosos como as mulleres indíxenas teñan un acceso efectivo a xustiza; e se recoñezan os modelos de Xustiza Indíxena.

Da investigación desprendese que este recoñecemento debe realizarse dende a interlegalidade crítica establecéndose dúas xurisdicións diferenciadas, así como espazos de interlegalidade onde as autoridades chilenas recoñezan as autoridades mapuche. En este sentido en materia de violencia machista propoño as seguintes recomendacións:

1. Creación de xulgados especializados que de forma integral aborden a violencia machista, incorporando no deseño de este novo órgano xudicial a pluralidade cultural que debe ser incorporada no proceso, de forma que se garanta na administración de Xustiza o dereito individual e colectivo a que a cultura das partes sexa respectada durante o proceso.

2. Desenvolver modelos de xustiza restaurativa para abordar tamén causas de violencia machista e violencia intrafamiliar.

3. Derrogar o artigo 19 da Lei de Violencia Intrafamiliar para que podan aplicarse acordos reparatorios (realizados en un proceso de xustiza restaurativa ou xustiza indíxena) en causas onde se trate de lesións leves ou violencia psicolóxica non grave.

4. Derrogar o artigo 494 N°5 do Código Penal que establece a prohibición que impide cualificar como lesións leves as que se cometen en contexto de violencia intrafamiliar, o que obriga ao Tribunal a considerar sempre estas lesións como menos graves, e polo tanto, as deixa fora da posibilidade de realizar un acordo reparatorio.

5. Introducir unha nova forma de chegarse a acordos reparatorios culturalmente motivada, con procesos de verificación e seguimento do acordo e onde se establezan novas sancións no caso de incumprimento.

6. Ampliar a protección fronte a violencia machista as relacións de parella de namorados sen convivencia.

7. Recoñecerse polo Estado do *Az Mapu* e as decisións en materia sancionadora que se toman no interior da comunidade. O modelo que finalmente se adopte, ben

tribunais ou cortes indíxenas ou outros formatos deberá ser decidido polas comunidades indíxenas. Esta recomendación toma como base a reivindicación das mulleres indíxenas plasmada na *Declaración del Encuentro Internacional de las Mujeres Indígenas* do ano 2008 celebrado na cidade de Quito en Ecuador, onde as mulleres esixiron que os sistemas de xustiza ancestrais dos seus respectivos países e as resolucións que de eles emanan sexan recoñecidos pola xustiza estatal¹⁴⁹¹. E tamén toma como base en concreto para o Pobo Mapuche a *Declaración del Parlamento Mapuche de Villarrica*, do 7 de maio de 2002, onde considerase un dereito fundamental dos Pobos Indíxenas o recoñecemento polas administracións de xustiza estatais do Sistema Sancionador Mapuche e dos órganos mapuche que aplican a xustiza producida pola comunidade¹⁴⁹².

8. Crear procesos xudiciais culturalmente adaptados onde tanto a defensa como a fiscalía están formadas en cosmovisión indíxena, para que tanto a vítima como o imputado conten con unha representación legal culturalmente motivada.

9. Dar a posibilidade tanto se a causa é competencia dos Tribunais de Familia como dos Tribunais Penais, a vítimas mapuche e a imputados mapuche de escoller entre un proceso de xustiza ordinaria e un proceso culturalmente adaptado, ou que a causa sexa resolta no seno da comunidade polas familias e autoridades ancestrais. Se se opta pola última opción, a solución deberá ser notificada a través de unha mediadora intercultural ao tribunal competente.

10. Realizar consultas a mulleres indíxenas para coñecer das necesidades e das problemáticas da violencia machista e intrafamiliar, de forma que pidas avanzar na construción de unha criminoloxía decolonial indíxena que teña en conta as súas experiencias e non se universalice a experiencia de maltrato da muller heterosexual occidental urbana.

11. Realizar consultas indíxenas para a elaboración das propostas de leis en materia de violencia machista e violencia intrafamiliar, no cumprimento do Dereito Internacional que obriga a consultar aos Pobos Orixinarios en materias que lles afectan directamente.

¹⁴⁹¹ Cfr. SALGADO ÁLVAREZ, Judith. «Violencia contra las mujeres indígenas... op. cit., p. 9.

¹⁴⁹² Ver en línea http://www.archivochile.com/Pueblos_originarios/declara/POdeclara0009.pdf (consultado el 12 de marzo de 2018).

12. Apoiar economicamente o desenvolvemento das institucións indíxenas para que se recupere e poda conservarse.

13. Realizar formación en materia de Dereitos Humanos das mulleres indíxenas, as mulleres dos Pobos Orixinarios porque está demostrado que contribúe a súa capacitación e a da súa comunidade. Esta formación debe impartirse tamén na administración de xustiza para que teñan coñecementos específicos das normas de trato e protección que asisten as persoas de comunidades indíxenas. E as propias comunidades, deben formar aos operadores de xustiza en cada cosmovisión local. So así se poderá avanzar cara un entendemento entre os dous mundos unha administración de xustiza intercultural.

14. E, por último, para a toma de denuncias ou asesoría, establecer puntos seguros conformados por mulleres mapuche con coñecementos xurídicos e funcionamento da violencia machista para que podan asesorar as mulleres e intervir nas comunidades. Este servizo tamén poderá estar apoiado por persoas non indíxenas.

BIBLIOGRAFÍA

I. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro. «¿Debe aprender el derecho penal estatal de la justicia indígena?» En *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, de Agustín Grijalva Jiménez, y otros, editado por Boaventura de Sousa Santos, & Agustín Grijalva Jiménez, 279-304. Quito: ABYA YALA. Fundación Rosa Luxemburg, 2012.
- ABREU MAQUEDA, Maria Luisa. «La violencia contra las mujeres: una revisión crítica de la Ley Integral.» *Revista penal*, nº 18 (2006): 176-187.
- . «La violencia de género: Entre el concepto jurídico y la realidad social.» *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 8, nº 2 (2006).
- . *Prostitución, feminismos y derecho penal*. Comares, 2009.
- ACALE SÁNCHEZ, M. «Análisis del Código Penal en materia de violencia de género contra las mujeres desde una perspectiva transversal.» *REDUR*, nº 7 (2009): 37-73.
- . *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*. Madrid: Reus, 2006.
- AGUILAR CARVALLO, Gonzálo. *Dinámica internacional de la cuestión indígena*. Santiago de Chile: Librotecnia, 2007.
- AGUIRRE OBARRIO, Eduardo. «El derecho penal de los mapuches. Una aproximación comparativa en tiempos de retribucionismo extremo.» *www.iuspenalimo.com.ar*, 2010.
- ALBERTI, Inés, y Natalia MATAS. *La violencia doméstica. Informe sobre los malos tratos a mujeres en España*. Barcelona: Colección Estudios Sociales. Núm. 10. Fundación "La Caixa", 2002.

- ALFREDO GUIMARAES, Antonio Sergio. «El mito del anti-racismo en Brasil.» *Nueva Sociedad*, julio-agosto 1996: 32-45.
- ÁLVAREZ SAN MARTIN, Roberto Anselmo. «El peritaje antropológico y la defensa penal de imputados indígenas en la Araucanía, 2004-2011.» *Cultura - Hombre - Sociedad* 24, n° 1 (julio 2014): 79-101.
- APPETITI, Emanuela. «Black and white Australia, 1770-1970. A history of dispossession.» *Revista de Indias* LIX, n° 217 (1999): 832-856.
- ARAIZA DÍAZ, Alejandra. «De la política de la localización a los conocimientos situados. Notas para la creación de una ciencia feminista.» En *Subjetivización femenina: investigación, estrategias y dispositivos críticos*, de Martha Liévano, & María Duque, 165-192. Monterrey: Ediciones UANL. Colección tendencias, 2012.
- ARAUJO, Kathya, Virginia GUZMAN, y Amalia MAURO. «El surgimiento de la violencia doméstica como problema público y objeto de políticas.» *Revista de la Cepal*, n° 70 (abril 2000): 133-144.
- AUSTRALIAN GOVERNMENT. *Australian Government response to the Senate Finance and Public Administration References Committee Report: Domestic Violence in Australia*. December de 2016.
- AVILA ORDÓÑEZ, María Paz. «El Derecho Penal Indígena: entre la diversidad y los Derechos Humanos.» *American University International Law Review* 28, n° 4 (2013): 943-974.
- AYLWIN Oyarzú, José, Matías MEZA-LOPEHANDÍA, y Nancy YÁÑEZ FUENZALIDA. *Los pueblos indígenas y el derecho*. Santiago de Chile: Lom Ediciones / Observatorio Ciudadano, 2013.
- BA TIUL, Kajkoj. «Los pueblos indígenas: derecho a la educación y a la cultura.» En *Pueblos indígenas y derechos humanos*, de Mikel Berraondo (Coord.), 569-584. Bilbao: Instituto de Derechos Humanos. Universidad de Deusto, 2006.
- BECERRA, Nicolás. *Derecho penal y diversidad cultural. La cuestión indígena*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina. Fundación Centro de Estudios Políticos y Administrativos, 1997.

- BENGOA, José. *Historia del pueblo mapuche. Siglos XIX y XX. Séptima*. Santiago de Chile: LOM Ediciones, 2014.
- BENITEZ JIMÉNEZ, María José. «Estudio de una regulación anunciada: el delito de maltrato habitual.» *Anuario de derecho pennial y ciencias penales* 52, nº 1-3 (1999): 430-450.
- BERHO, Marcelo , Paulo CASTRO, y Fabien LE BONNIEC. «La pericia antropológica en la Aracaunía de Chile. Entre Teorías y prácticas, 2003-2014.» *Revista Antropología del Sur* 3, nº 6 (2016): 107-126.
- BIDASECA, Karina. «Voces y luchas contemporáneas del feminismo negro. Corpólicas de la violencia sexual racializadas.» En *Colección de ensayos de Centro de Información para las Naciones Unidas para México, Cuba y República Dominicana, en el marco del Año Internacional de los Afrodescendientes*, 1-11. México: ONU, 2012.
- BIGLIA, Bárbara. «Corporeizando la epistemología feminista: investigación activista.» En *Subjetivación femenina: investigación, estrategias y dispositivos críticos*, de Martha Liévano , & Marina Duque, 195-229. Monterrey: Ediciones UANL. Colección tendencias, 2012.
- BLAZQUEZ GRAF, Norma. «Epistemología feminista: temas centrales.» En *Investigación feminista. Epistemología, metodología y representaciones sociales*, de Norma Blazquez Graf, Fátima Flores Palacios, & Maribel Ríos Everardo, 21-38. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2010.
- BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. «Derecho indígena, sistema penal y derechos humanos.» *Nuevo Foro Penal* (Universidad EAFIT), julio-diciembre 2009: 13-46.
- BOTTOMLEY, Stephen and Simon BRONITT. *Law in context*. 4th edition. Sydney: The Federation Press, 2012.
- BRAITHWAITE, Jonh. “Restorative justice.” In *The Handbook of Crime and Punishment*, edited by Michael Tonry, 323-344. Oxford: Oxford University Press, 1998.
- BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. *El gobierno de la Penalidad. La Complejidad de la Política criminal contemporánea*. A Coruña: Dykinson, 2014.

- «Diversidad cultural, género y sistema penal.» En *Diversidad cultural, género y Derecho*, de Patricia Laurenzo Copello, & Rafael Duran Muñoz (coords.), 550-569. Valencia: Tirant lo blanch, 2014.
- BURGOS MATA., Alvaro. «El acceso a la justicia de grupos en condición de vulnerabilidad y las Reglas de Brasilia.» *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales* (Universidad de Costa Rica), nº 5 (2013): 349-396.
- BYRNES, Andrew. «El uso de las normas internacionales de derechos humanos en la interpretación constitucional para el adelanto de los derechos humanos de las mujeres.» En *Género y Derecho*, editado por Alda Facio, & Lorena Fries, traducido por Paquita Cruz, 325-369. Santiago de Chile: Colección Contraseña. Estudios de género. Serie Casandra, 1999.
- CALFIO MONTALVA, Margarita, y Luisa Fernanda VELASCO. «Mujeres indígenas en América Latina: ¿brechas de género o de etnia?» En *Pueblos indígenas y afrodescendientes de América Latina y el Caribe: información sociodemográfica para políticas y programas*, editado por Fabiana Del Popolo, & Magally Avila, 501-520. Santiago de Chile: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (Cepal), 2005.
- CARDUCCI, Michele, y Pablo Sánchez-Ostiz. «El multiculturalismo. Entre círculo hegeliano y constitucionalismo de la alteridad.» En *Multiculturalismo y Derecho Penal*, de Luigi Cornacchia, 83-93. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2012.
- CAREY, Maggie, y Shona RUSSELL. «Pedagogy shaped by culture: Teaching narrative approaches to Australian Aboriginal health workers.» *Journal of Systemic Therapies* 30, nº 3 (Septiembre 2011): 26-41.
- CARNEVALI RODRIGUEZ, Raul. «El multiculturalismo: un desafío para el Derecho penal moderno.» *Política Criminal* (<http://www.politicacriminal.cl>), nº 3 (2007): 1-28.
- CARNEVALI RODRIGUEZ, Raúl. «La justicia restaurativa como mecanismo de solución de conflictos. Su examen desde el derecho penal.» *Justicia Juris* 1, nº 13 (2017): 122-132.
- CARRINGTON, Kerry, y Russell HOGG. «Decostructing Criminology's Origin Stories.» *Asian Criminology*, 2017: 1-17.

- CARRINGTON, Kerry, Russell HOGG, y Máximo SOZZO. «Southern criminology.» *British Journal of Criminology* 1, n° 56 (2016): 1-20.
- CASAS BECERRA, Lidia, y Macarena VARGAS PAVEZ. «La respuesta estatal a la violencia intrafamiliar.» *Revista de Derecho XXIV*, n° 1 (julio 2011): 133-151.
- CASTILLO ARA, Alejandra. «El Delito de Femicidio. Minuta N° 01/2011/Febrero.» *www.biblio.dpp.cl*. 2011. <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataBank/5319-2.pdf>.
- GOBIERNO DE CHILE. *consultaindigena.gob.cl*. s.f. <http://www.consultaindigena.gob.cl/> (último acceso: 26 de septiembre de 2014).
- COMISIONADO PRESIDENCIAL PARA ASUNTOS INDÍGENAS. *Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas*. Santiago de Chile, 2008.
- COMISIÓN REDACTORA DEL CÓDIGO PENAL. *Actas de las Sesiones de la Comisión Redactora del Código Penal Chileno*. Santiago: Imprenta de la República, 1873.
- CONNELL, Raewyn. *Southern Theory: The Global Dynamics of Knowledge in the Social Science*. Allen & Unwin, 2007.
- COOPER, Doris. *Nichos etiológicos y características de la delincuencia rural mapuche y no-mapuche en Chile*. Santiago de Chile: Universidad de Chile. Libros electrónicos, versión digital, 2000.
- CORN, Enmanuele. «Un nuevo tipo penal de femicidio en un nuevo Código Penal para Chile.» *Revista de Derecho (Valdivia)* 28, n° 1 (junio 2015): 193-216.
- CORNELL, Stephen. «Pueblos indígenas, pobreza y autodeterminación en Australia, Nueva Zelanda, Canadá y EE.UU.» En *Pueblos indígenas y pobreza. Enfoques multidisciplinarios*, de Alberto D. Cimadamore, Robyn Eversole, & John-Andrew McNeish, 293-323. Buenos Aires: Programa CLACSO-CROP, 2006.
- CORPORACIÓN HUMANAS. «Cámara de los diputados de Chile.» s.f. <https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmTIPO=DOCUMENTOCOMUNICACIONCUENTA&prmID=7792> (último acceso: 1 de febrero de 2017).
- COSTAS, Malena. *Feminismos Jurídicos*. 1ª ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Didot, 2016.

- COUSO SALAS, Jaime. «Multiculturalismo y derecho penal: el caso chileno.» En *Libro homenaje al profesor Herán Hormazábal Malrée*, de Edison Carrasco Jimenez (coord), 175-200. Santiago de Chile: Librotecnia, 2015.
- . «Mapuches y Derecho Penal.» En *Derecho y pueblo mapuche. Aportes a la discusión*, editado por Helena Olea Rodriguez, 155-214. Santiago de Chile: Universidad Diego Portales, 2013.
- . «La sexualidad de los menores de edad ante el Derecho Penal.» *SELAS (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers. Paper 73.*, 2009: 1-46.
- CRENSHAW, Kimberle. «Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics.» *University of Chicago Legal Forum*, 1989: 139-167
- . «Raza, reforma y retroceso: Transformación y legitimación en el Derecho contra la discriminación.» En *Crítica jurídica: teoría y sociología jurídica en los Estados Unidos*, de Mauricio García Villegas, Isabel Cristina Jaramillo Sierra, & Esteban Restrepo Saldarriaga, 97-124. Colombia: Universidad de Los Andes (ULA), 2006.
- CRESPO SOLANA, Ana. «Las rivalidades hispano-neerlandesas en el Pacífico y la conquista de Australia: de Cornelis de Houtman a Abel Janszoon Tasman (1595-1651).» *Anuario de Estudios Americanos*, Julio-Diciembre 2013: 479-507.
- CUCARELLA GALIANA, Luis-Andres. «Violencia de género y mediación en la legislación autonómica.» En *Violencia de género y Justicia*, de Raquel Carolina Merino (dir.), & Cristina Alonso Salgado (coord.), 771-784. Santiago de Compostela, Galicia: Universidad de Santiago de Compostela, Servizo de Publicacións e Intercambio Científico, 2013.
- DA COSTA, Liliana , y Rosa López de D'Amico. «Maltrato en las poblaciones indígenas australianas: racismo.» *Dialócia: revista multidisciplinaria*, nº 1 (2005): 77-112.
- DAVIS, Angela. *Mujeres, raza y clase*. 2ª edición. Tralkawenu, Cimarrón Ediciones, 2016

DE SOUSA SANTOS, Boaventura. *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Traducido por Cesar Rodriguez. Bogotá: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Universidad Nacional de Colombia, 1998.

—. «Cuando los excluidos tienen derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad.» En *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, editado por Boaventura De Sousasantos, & Agustín Grijalda Jiménez, 13-50. La Paz: Ediciones Abyala Yala y Fundación Rosa Luxemburgo, 2012.

DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA. *Cuenta Pública Participativa 2016-2017*. Cuenta Pública, Santiago de Chile: <http://www.dpp.cl/resources/upload/e3f4bdc15dfd6ea9612fdcf4dbc7c23f.pdf>, 2016-2017.

DELGADO CASTRO, Jordi. «Algunos métodos alternativos de resolución de conflictos: una relectura de los MASC con pretensión dogmática y vocación procesal.» En *Mecanismos alternativos de solución de conflictos*, de Maria F. (dir.) Vasquez Palma, 241-254. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas de Santiago, 2016.

DEOCON, Carlos. «Resolución de conflictos y pueblos indígenas.» De Mikel Berraondo (Coord.), 585-610. Bilbao: Instituto de Derechos Humanos. Universidad de Deusto, 2006.

DI CORLETO, Julieta, Kara Abramson, Susan Estriche, Actharine A Macknnon, y Elizabeth Schneider. *Justicia, género y violencia*. Buenos Aires: Librería Ediciones, 2010.

DÍAZ, Alejandra. «La experiencia de la mediación penal en Chile.» *Politica Criminal* 5, n° 9 (julio 2010): 1-67.

DÍAZ, Ingrid. «La violencia sexual y de género como crimen de lesa humanidad: análisis penal a propósito del delito de violación sexual y la aplicación de estándares internacionales en el ordenamiento interno.» En *Temas de Derecho Penal y Violación de Derechos Humanos*, editado por Victor Manuel Quinteros, 141-

180. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012.
- DÍAZ, José Luis, y Javier NÚÑEZ. «Violencia al interior de parejas de la diversidad sexual (LGBTI).» *Limiales. Escritos sobre psicología y sociedad* 1, n° 7 (abril 2015): 43-63.
- DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia. «¿Qué es la Justicia Restaurativa?» *Criminología y justicia*, n° 4 (2012): 6-11.
- DUARTE CRUZ, José María, y José BALTAZAR GARCIA-HORTA. «Igualdad, Equidad de Género y Feminismo, una mirada histórica a la conquista de los derechos de las mujeres.» *Revista CS*. Cali, Colombia, (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Icesi), n° 18 (2016): 107-158.
- DUSSEL, Enrique. «Europa, modernidad y eurocentrismo.» En *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*, editado por Edgardo Lander, 24-33. Buenos Aires: CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2000.
- ENCALADA, Karla. «Racismo en la justicia ordinaria.» En *Justicia indigna, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, editado por Boaventura de Sousa Santos, & Agustín Grijalva Jiménez, 185-206. Quito: Abya Yala. Fundación Rosa Luxemburgo, 2012.
- ESCOBAR RIVERA, Consuelo, y Valeska JARPA SILVA. «El nuevo delito de feminicidio en Chile (Tesis de pregrado).» Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Departamento de Ciencias Penales. 2013. <http://www.tesis.uchile.cl/handle/2250/116225> (último acceso: 25 de julio de 2014).
- ESPINOSA-MIÑOSO, Yuderlys. «De por qué es necesario un feminismo descolonial: diferenciación, dominación co-constitutiva de la modernidad occidental y el fin de la política de identidad.» *Solar* 12, n° 1 (2016): 141-171.
- ESPINOSA-MIÑOSO, Yuderlys. «Una crítica descolonial a la epistemología feminista crítica.» *El cotidiano* 29, n° 187 (2014): 6-12.

- FACIO, Alda, y Lorena FRIES. «Feminismo, género y patriarcado.» En *Género y derecho*, de Alda Facio, & Lorena Fries. Santiago de Chile: LOM Ediciones, 1999.
- . *Género y Derecho*. Santiago de Chile: Ediciones Lom/La Morada, 1999.
- FARALDO CABANA, Patricia. «Estrategias actuariales en el control penal de la violencia de género en España.» En *Problemas actuales del Derecho penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, de Francisco Muñoz Conde (Dir.), 737-760. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
- . «Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho penal a través de la Ley Orgánica 1/200, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género.» *Revista Penal (La Ley)*, nº 17 (2006): 71-94.
- FAUNDES PEÑAFIEL, Juan Jorge. «Recomprensión intercultural de los derechos humanos. Apuntes para el reconocimiento de los pueblos indígenas en América Latina.» *Justiça do Direito* (Universidade de Passo Fundo) 29, nº 1 (2015): 1-16.
- FEELEY, Malcon M., y JONATHAN Simon. «The New Penology: Notes on the Emerging Strategy of Corrections and Its Implications.» *Criminology* 30, nº 4 (enero 1992): 449-474.
- FEMENIAS, Maria Luisa. *Violencias cotidianas, en las vidas de las mujeres*. Vol. Volumen I. Rosario: Prohistoria Ediciones, 2013.
- FERNÁNDEZ VILLANUEVA, Concepción. «Violencia contra las mujeres: una visión estructural.» *Intervención Psicosocial* 13, nº 2 (2004): 155-164.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, Maria Amaya. *La mediación en Procesos de Violencia de Género*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2015.
- Fernández Míguez, Sheila. «Criminología del Sur.» *Red Seca* (Editorial Red Seca), enero 2018, en línea <http://www.redseca.cl/criminologia-del-sur/>

- . «Crítica a los conceptos de maltrato a la mujer desde la epistemología feminista.» *Revista F@ro* (Facultad de Ciencias Sociales. Universidad de Playa Ancha) 2, n° 26 (2017): 120-142.
- FERNÁNDEZ MÍGUEZ, Sheila, y Luciano Amaro GONZÁLEZ GRONEMANN. «Análisis crítico de la nueva Ley 21.030 de despenalización del aborto en tres causales en Chile, desde la cosmovisión mapuche y la teoría decolonial de género.» *InSURgência: revista de direitos e movimentos sociais* 3, n° 2 (2017): 414-454.
- FERRER PEREZ, Victoria, y Esperanza BOSH Fiol. «Del amor romántico a la violencia de género. Para una coeducación emocional en la agenda educativa.» *Profesorado. Revista de Currículum y Formación de Profesorado* (Universidad de Granada) 17, n° 1 (abril 2013): 105-122.
- FIGUEROA, Verónica. «El Multiculturalismo y los Movimientos Indígenas como Marco de las Políticas Públicas y las Estrategias de Desarrollo.» Editado por INAP- Instituto de Asuntos Públicos. Departamento de Gobierno y Gestión Pública. *Documentos de trabajo* (Universidad de Chile), n° 9 (Octubre 2006): 1-29.
- FISCALÍA DE CHILE. *Estadísticas*. 2017. «Boletín Estadístico anual 2008.» División de Estudios, Evaluación, Control y Desarrollo de la Gestión, Ministerio Público, Santiago de Chile, 2009, 162.
- . «Boletín Estadístico anual 2012 (enero - diciembre 2012). Ministerio Público.» División de Estudios, Evaluación, Control y Desarrollo de la Gestión, Ministerio Público, Santiago de Chile, 2013, 96.
- . «Boletín Estadístico anual 2014.» Ministerio Público, 2014, 410.
- . «Boletín Estadístico Anual enero - diciembre 2016.» División de Estudios, Evaluación, Control y Desarrollo de la Gestión, Ministerio Público, 2017, 70.
- . «Boletín Estadístico anual (enero - diciembre 2015).» Ministerio Público, s.f., 70.
- . «Boletín Estadístico año 2007. Ministerio Público.» División de Estudios, Evaluación Control y Desarrollo de la Gestión, Ministerio Público, Santiago de Chile, 2008, 93.

- «Boletín Estadístico año 2009 (enero a diciembre 2009). Ministerio Público.» División de Estudios, Evaluación, Control y Desarrollo de la Gestión, Ministerio Público, Santiago de Chile, 2010, 93.
 - «Boletín Estadístico año 2010. Ministerio Público.» División de Estudios, Evaluación, Control y Desarrollo de la Gestión, Ministerio Público, Santiago de Chile, 2011, 89.
 - «Boletín Estadístico año 2011. Ministerio Público.» División de Estudios, Evaluación, Control y Desarrollo de la Gestión, Ministerio Público, Santiago de Chile, 2012, 96.
 - «Boletín Estadístico I semestre enero - junio 2017.» Ministerio Público, 2017.
 - «Boletín Estadístico III Trimestre (enero - septiembre) octubre 2013.» Ministerio Público, 2013, 61.
 - «Boletín Estadístico III Trimestre. Enero-Septiembre 2017.» Estadística, 2017.
 - *Boletín Institucional*. <http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/estadisticas/index.do> (último acceso: 12 de febrero de 2018).
 - «Instrucción General que imparte criterios de actuación en delitos cometidos en contexto de violencia intrafamiliar.» Oficio N° 729/2014, Santiago de Chile, 20 de octubre de 2014, 1-35.
 - «Instrucción General que imparte criterios de actuación en delitos cometidos en contexto de violencia intrafamiliar.» Oficio N° 729/2014, Santiago de Chile, 20 de octubre de 2014, 1-35.
- FUENTES OSORIO, Juan Luis. «El artículo 153.1 CP: ¿tipo atenuado?» *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, n° 4 (octubre 2014): 1-28
- G. LUNA, Lola. «Entre discursos y significados. Apuntes sobre el discurso feminista en América Latina.» *La manzana de la discordia* (Centro de Estudios de Género, Mujer y Sociedad. Universidad del Valle), n° 4 (Diciembre 2002): 85-98.
- GÁNDARA CARBALLIDO, Manuel E. «El pensamiento crítico en derechos humanos y la necesaria articulación de luchas sociales.» *Panóptica* 11, n° 2 (jul/dez 2016): 351-370.

- GARCIA MINGO, Elisa. «Nuevos aires de resitencia. Mujeres mapuche, lucha política y transformación social.» En *Zomo newen. Relatos de vida de mujeres mapuche en su lucha por los derechos indígenas*, de Elisa Garcia Mingo (Coord.), 17-86. Santiago de Chile: LOM Ediciones, 2017.
- GARCIA SERRANO, Fernando. «No se aloquen, no vayan a carrera de caballo, vaan a carrera de buro: comunidades Chimborazo y Chibuleo.» En *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, editado por Boaventura de Sousa Santos, & Agustin Grijalva Jimenez, 501-550. Quito: Abya Yala. Fundación Rosa Luxemburgo, 2012.
- GARGALLO CALENTANI, Francesca. *Feminismos desde Abya Yala. Ideas y proposiciones de las mujeres de 607 pueblos en nuestra América*. Ciudad de México: Corte y confección, 2014.
- GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal Parte General Tomo I*. Santiago : Editorial Jurídica de Chile, 1997.
- . *Derecho Penal. Parte General Tomo II. Nociones fundamentales de la Teoría del Delito*. Cuarta edición actualizada. Santiago de Chile: Editorial Jurídica Chile, 2007.
- . *Derecho Penal. Parte General Tomo I*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2001.
- GONZALEZ RAMIREZ, Isabel Ximena. «Algunas consideraciones sobre la aplicación de la justicia restaurativa a conflictos de violencia intrafamiliar y de género.» En *Mecanismos alternativos de solución de conflictos. Un estudio multidisciplinar*, de Vasquez Palma (dir.), Raul Carnevali Rodriguez, & Diego Palomo Velez (coords.), 407-432. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas de Santiago. Talca Universidad de Chile, 2016.
- . «Justicia restaurativa en violencia intrafamiliar y de género.» *Revista de Derecho* 26, n° 2 (Diciembre 2013): 219-243.
- . «¿Es la Justicia Restaurativa un aporte a los valores del sistema jurídico?» *Revista de Justicia Restaurativa*, n° 2 (marzo 2012): 5-36.

- GRIJALVA JIMENEZ, Agustin. «Conclusiones de todos los estudios: experiencias diversas y convergentes de la justicia en Ecuador.» En *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, editado por Boaventura de Sousa Santos, & Agustin Grijalva Jimenez, 551-578. Abya Yala. Fundación Rosa Luxemburg, 2012.
- . «Del presente se inventa el futuro: justicias indígenas y Estado en Ecuador.» En *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, editado por Boaventura de Sousa Santos, 51-78. Quito: Abya Yala. Fundación Rosa Luxemburg, 2012.
- GRIJALVA JIMÉNEZ, Agustín, y José Luis EXENI RODRIGUEZ. «Coordinación entre justicia, ese desafío.» En *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, editado por Boaventura De Sousasantos, & Agustín Grijalva Jiménez, 581-614. La Paz-Bolivia: Ediciones Abyala Yala y Fundación Rosa Luxemburgo, 2012.
- GROSFUGUEL, Ramon, y Santiago CASTRO-GOMEZ (edits.). *El giro decolonial. Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*. Bogotá: Siglo de Hombre Editores, 2007.
- GRUPO DE ESTUDIOS SOBRE COLONIALIDAD. «Estudios decoloniales: un panorama general.» *KULA. Antropólogos del Atlántico Sur*, nº 6 (Abril 2012): 8-21.
- GUAJARDO SOTO, Gabriel , y Christian RIVERA VIEDMA. (Eds.). *Violencias contra las mujeres. Desafíos y aprendizajes en la Cooperación Sur-Sur en América Latina y el Caribe*. Santiago de Chile: FLACSO-Chile, 2015.
- GUEVARA OSORIO, Saray. «¿Por qué aún la violencia de género? Una respuesta conceptual a la persecución contra quienes no caben en las categorías "hombre" o "mujer".» *La manzana de la discordia* (Centro de Estudios de Género, Mujer y Sociedad. Facultad de Humanidades. Universidad del Valle) 8 (Enero-junio 2013): 55-65.
- HARAWAY, Donna. *Ciencia, cyborgs y mujeres: la reinvención de la naturaleza*. Madrid: Cátedra, 1995.
- HARDING, Sandra. «¿Existe un método feminista?» Traducido por Gloria Elena Bernal. California, 1987. 1-11.

- HARRIS, Mark. «Los australianos indígenas y las generaciones robadas.» Editado por Centro de Investigación y Docencia Económicas. 2005: 13-26.
- . «From Australian Courts to Aboriginal Courts in Australia - Bridging the Gap?» *Current Issues Crim. Just.*, 16 (2004): 1-26.
- HERING Torres, Max S. «"Raza": variables históricas.» *Revista de Estudios Sociales*, n° 26 (abril 2007): 16-27.
- HINER, Hillary. «Voces soterradas, violencias ignoradas. Discurso, violencia política y género en los Informes Retting y Valech.» *Latin American Reserch Review* 44, n° 3 (2009): 50-74.
- HUGHES, Lotte. *Pueblos Indígenas*. Barcelona: Intermón Oxfan, 2004.
- HUMAN RIGHTS AND EQUAL OPPORTUNITY COMMISION. Commonwealth of Australia. «Bringing them home. Report of the National Inquiry into the Separation of Aboriginal and Torres Strait Islander Children from Their Families.» Australia, 1997.
- HUMAN RIGHTS LIBRARY. *Guía de Estudio: Los derechos de los pueblos indígenas*. Traducido por Carla Gaya Boix. Minnesota.
- IGLESIAS SKULJ, Agustina. «La necesidad de una criminología feminista en América Latina en el contexto de los procesos de democratización del siglo XXI.» En *Libro homenaje al profesor Hernán Hormanzábal Malarée*, de Edison Carrasco Jiménez (coord.), 739-762. Santiago de Chile: Librotecnia, 2015.
- INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. *Amicus Curiae Violencia Contra la mujer contexto indígena a - Temuco - Rol N° 388-2012*. Junio de 2012. <http://www.indh.cl/wp-content/uploads/2012/06/amicus-violencia-contra-mujer-contexto-indigena-temuco.pdf> (último acceso: 23 de febrero de 23).
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADISTICA DE CHILE. «Compendio Estadístico. Región de la Aracaunía 2015.» 2015.
- . «Compendio Estadístico. Región de la Auracanía 2015.» 18 de enero de 2015. <http://www.inearaucania.cl/archivos/files/pdf/SistemaEstadisticoRegional/Compendio%20Estad%C3%ADstico%20Regional%202015%20-%20La%20Araucan%C3%ADa.pdf>.

- . «Compendio Estadístico. Región de la ARAUCANÍA 2015.» 2018 de enero de 2015.
<http://www.inearaucania.cl/archivos/files/pdf/SistemaEstadisticoRegional/Compendio%20Estad%20Regional%202015%20-%20La%20Araucan%20Da.pdf>.
- IVANNA GIGENA, Andrea. «Lecturas postcoloniales y decoloniales de la analítica foucaultiana para el análisis en contextos de herencia colonial.» *Confluenze. Revista di studi iberoamericani*, 2011: 1-21.
- JIMENEZ ALLENDES, María Angelica. *Las salidas alternativas en el nuevo proceso penal. Estudio exploratorio sobre su aplicación*. Santiago de Chile: Centro de Documentación Defensoria Penal Pública, 2004.
- JIMENEZ ALLENDES, María Angelica, y Paula MEDINA GONZÁLEZ. «Nuevas formas de control penal en los delitos de violencia ocntra la pareja.» *Nova Criminis Visiones Criminológicas de la Justicia Penal*, n° 2 (Junio 2011): 195-248.
- JOSEPH H., Claude. «La vivienda auracana.» *Anales de la Universidad de Chile*, n° 1 (1931): 29-48.
- KIRKWOOD, Julieta. «Feministas y políticas.» *Nueva Sociedad*, n° 78 (julio-agosto 1985): 62-70.
- KOVACH, Margaret. «Doing Indigenous Methodologies. A Letter to a Research Class.» En *The Sage Hadbook of Qualitative Research*, editado por Norman K. Dezin, & Yvonna S. Lincoln, 214-234. The Sage, 2018.
- LABARCA H, Amanda. *Feminismo contemporáneo*. Santiago de Chile: Zig-Zag, 1947.
- LACOSTE, Pablo, Filippo PSZCZOLKOWSKI, Felix BRIONES, Paulette AGUILERA, Fernando MUJICA, y Aldo GARRIDO. «Historia de la chicha de la uva: un producto típico en Chile.» *Idesia* 33, n° 2 (mayo 2015): 87-96.
- LACRAMPETTE POLANCO, Nicole, y Catalina LAGOS TSCHORNE. «Los Sistemas Internacionales de protección de Derechos Humanos.» En *Derechos Humanos y mujeres: teoría y práctica*, editado por Nicole Lacrampette P. (Edi.), 62-105. Santiago de Chile: Universidad de Chile. Facultad de Derecho. Centro de Derechos Humanos, 2013.

- LAGOS CAAMAÑO, Jorge. «Reseña. Mignolo Walter D. Desobediencia epistémica. Retórica de la modernidad, lógica de la colonialidad y gramática de la descolonialidad.» *Alpha*, n° 35 (2012): 210-214.
- LAGOS OCHOA, Maria Soledad . «Incorporación de la mediación en el Derecho chileno: análisis crítico.» En *Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos*, de Maria. F (Dir.) Vasques Palma, 93-120. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas de Santiago, 2016.
- LALUEZA, Carles. «Dos siglos de ciencia racial.» En *Razas, racismo y diversidad*, de Carles Lalueza, 7-25. Valencia: Algar Editorial, 2001.
- . *Raza, racismo y diversidad*. Valencia: Algar Editorial, 2001.
- LANDER, Edgardo. «Ciencias sociales: saberes coloniales y eurocentrismo.» En *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*, editado por Edgardo Lander, 4-23. Buenos Aires: CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2000.
- . *La colonialidad del saber, eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*. Buenos Aires: CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2000.
- LARRAURI, Elena. *Criminología crítica y violencia de género*. Madrid: Editorial Trotta, 2007.
- . *Mujer y sistema penal. Violencia doméstica*. Buenos Aires: Editorial Bde F, 2008.
- LAURENZO COPELLO, Patricia. «Apuntes sobre el Femicidio.» *Revista de Derecho Penal y Criminología (UNED)* 3ª Época, n° 8 (julio 2012): 119-143.
- LAURENZO COPELLO, Patricia. “La violencia de género en la Ley Integral. Valoración político-criminal.” *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2005: 1-23.
- LAUREZO COPELLO, Patricia, María Luisa MAQUEDA, y Ana RUBIO. *Género, violencia y derecho*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2009.
- LE BONNIEC, Fabien . «Interrogantes en torno a la emergencia del peritaje antropológico en las cortes de justicia del sur de Chile.» *Ponencia elaborada y presentada en*

el marco del proyecto FONDECYT iniciación N° 11121578, "Justicia e interculturalidad: etnografía del campo jurídico en situaciones de relaciones interétnicas en la Araucanía, en el contexto de la reforma procesal penal. Temuco: Grupo de Investigación en Estudios Interétnicos e Interculturales. Universidad Católica de Temuco, 2014. 1-10.

—. «¿Hay discriminación en los tribunales del sur de Chile? Razones para una etnografía del campo jurídico en La Araucanía.» En *Sociología del Derecho en Chile. Libro homenaje a Edmundo Fuenzalida*, editado por Salvador Millaleo, Juan Carlos Oyanedel, Daniel Palacios, & Hugo Rojas, 175-198. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Alberto Hurtado, 2014.

LE BONNIEC, Fabien, y Pamela NAHUELCHERO QUEUPUCURA. «La mediación lingüístico-cultural en los tribunales en materia penal de La Araucanía.» *Revista de Llengua i Dret* (Generalitat de Catalunya. Escola d'Administració Pública de Catalunya.), n° 67 (2017): 281-293.

LEIBOFF, Marett, y Mark THOMAS. *Legal Theories in principle*. Sydney: Thomson , 2004.

LEMAITRE RIPOLL, Julieta. «Justicia Injusta: una crítica feminista a la conciliación en violencia conyugal.» *Derecho Privado* (Universidad de los Andes. Facultad de Derecho), n° 27 (Febrero 2002): 73-98.

LIBERTAD Y DESARROLLO. *Revisión de la legislación vigente: Menores en Chile: ¿Cuándo son o no son capaces?* Libertad y Desarrollo, 2012, 1-10.

LILLO VERA, Rodrigo. «El Convenio 169 de la OIT y la defensa penal de indígenas.» Minuta Regional, Defensorías Regionales, Defensoría Penal Pública, 2010.

—. «Justicia penal y derechos indígenas. El largo camino del reconocimiento de la diversidad.» *Revista Austral de Ciencias Sociales*, n° 28 (2015): 99-115.

LILLO, Sergio. *Los menores de 16 años ya no podrán casarse en España*. El País, 27 de julio de 2016.

LLANCAPÁN CHEPE, Andrés, y Pablo HUELCHULEO QUILALEO. *Estudio de la realidad mapuche en la región de la Araucanía*. Temuco: Observatorio Económico-Social de la Araucanía. Universidad de La Frontera, 2006.

- LLANQUILEO ROMERO, Cristina. *Protección de Derecho de la Infancia y Adolescencia Mapuche. Familia y cultura mapuche: aportes para un enfoque intercultural en los programas de infancia*. Santiago: Unicef y Gobierno de Chile, Ministerio de Planificación., 2011.
- LLASAG FERNANDEZ, Raul. «Justicia indígena ¿delito o construcción de la plurinacionalidad?: La Cocha.» En *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, editado por Boaventura de Sousa Santos, & Agustín Grijalva Jiménez, 321-372. Quito: Abya Yala. Fundación Rosa Luxemburg, 2012.
- LOPEZ, Sandra. «Violencia y mujeres mapuche.» *Feministas Tramando*. 24 de octubre de 2012. <https://feministastramando.wordpress.com/2012/10/24/violencia-y-mujeres-mapuche/> (último acceso: 26 de marzo de 2018).
- LOZANO LERMA, Betty Ruth. «El feminismo no puede ser uno porque las mujeres son diversas. Aportes a un feminismo negro decolonial desde la experiencia de las mujeres negras del Pacífico colombiano.» *La manzana de la discordia* 5, n° 2 (julio-diciembre 2010): 7-24.
- LUGO, Carmen. «Machismo y violencia.» *Nueva Sociedad*, n° 78 (Julio-Agosto 1985): 40-47.
- LUGONES, María. «Rumbo a un feminismo descolonial.» *Revista Estudos Feministas* 22, n° 3 (Setembro-dezembro 2014): 935-952.
- LÓPEZ NÉJERA, Verónica Renata. «Feminismos y descolonización epistémica: nuevos sujetos y conceptos de reflexión en la era global.» En *Más allá del feminismo: caminos para andar*, de (Coord.) Mónica Millán, 99-118. México D.F.: Red de Feminismos Descoloniales, 2014.
- LÓPEZ, J. “Formas Alternativas de Resolución de Conflictos en la Ley Indígena 19.253.” *Revista CREA*, no. 2 (2002): 79-115.
- MACHO GOMEZ, Carolina. «Origen y evolución de la mediación. El nacimiento del movimiento ADR en Estados Unidos y su expansión a Europa.» *Anuario de derecho civil* 67, n° 3 (2014): 931-996.

- MACKINNON, Catherine. *Are woman human? And other international dialogues*. Harvard University Press, 2007.
- MARABOTTO LUGARO, Jorge A. «Un derecho humano esencial: el acceso a la justicia.» *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2003: 291-301.
- MARCHETTI, Eliana. «Indigenous Sentencing Court and Partner Violence: Perspectives of Court Practitioners and Elder on Gender Power Imbalances During the Setting Hearing.» *The Australian and New Zealand Journal of Criminology* 43, n° 2 (2010): 263-281.
- MARCHETTI, Eliana, y Kathleen Daly. «Indigenous Sentencing Courts: Towards a Theoretical and Jurisprudential Model.» *Sydney Law Review* 29 (2007): 415-444.
- MARSHALL, T. F. *Restorative Justice. An Overview*. Home Office, 1999.
- MATTUS, Charlotte. «Los derechos de las mujeres Mapuche en Chile, pilares invisibles de la reistencia de su pueblo.» Instituto de Estudios Políticos de Grenoble, universidad Pierre Mendès France, Francia, 2009.
- MATUS A., Jean Pierre, y M^a Cecilia Ramirez G. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial. Tomo I*. 3^a edición. Santiago de Chile: Legal Publishing, 2014.
- MATUS, Jean Pierre. «La doctrina penal de la (fallida) recodificación chilena del Siglo XX y principios del XXI.» *Política criminal* 5, n° 9 (Julio 2010): 143-206.
- MATUS, Veronica. «Lo privado y lo público, una dicotomía fatal.» En *Género y Derecho*, editado por Alda Facio, & Lorena Fries, 61-74. Santiago de Chile: Colección contraseña. Estudios de Género. Serie Casandra, 1999.
- MAYOBRE RODRÍGUEZ, Purificación. «La formación de la Identidad de Género. Una mirada desde la filosofía.» En *Educación Social e Igualdad de Género*, de J. M Esteve Zaragoza, & Julio Vera Vila, 21 a 59. Malaga: Ayuntamiento de Málaga, 2006.
- MEREMINSKAYA, Elina. «El Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales. Derecho Internacional y experiencias comparadas.» *Estudios Públicos*, n° 121 (verano 2011): 214-276.

- MESECVI. «Chile. Informe de implementación de las recomendaciones del CEVI. Segunda Ronda.» Informe de seguimiento, Mecanismo de Seguimiento de la Convención Belém do Pará (MESECVI) Primera Conferencia Extraordinaria de los Estados Parte de la Convención de Belém do Para, Organización de los Estados Americanos, Ciudad de México, 23 y 24 de octubre 2014.
- . «Chile. Informe País.» Informe, Mecanismo de Seguimiento Convención Belém do Pará. Cuarta Conferencia de Estados Parte, Organización de los Estados Americanos, Washington D.C., 16 de abril 2012.
- MIGNOLO, Walter D. «La colonialidad a lo largo y a lo ancho: el hemisferio occidental en el horizonte colonial de la modernidad.» En *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas.*, editado por Edgardo Lander, 34-52. Buenos Aires: CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2000.
- MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS DEL GOBIERNO DE CHILE. *Servicio de Registro Civil e Información. Registro de Violencia Intrafamiliar.* s.f. <https://registrocivilwp.srcei.cl/tramites/registro-de-violencia-intrafamiliar-certificado/> (último acceso: 14 de febrero de 2018).
- MINISTERIO DE PLANIFICACIÓN NACIONAL DE CHILE. *Estadísticas Sociales de los pueblos indígenas en Chile Censo 2002.* Instituto Nacional de Estadística, Santiago de Chile: Instituto Nacional de Estadística, 2005.
- MINISTERIO PÚBLICO FISCALÍA NACIONAL. «Boletín Estadístico año 2006 Ministerio Público.» 2006.
- MIQUEL ACOSTA, Carmen. «Claves feministas sobre la incorporación del Derecho Internacional de los derechos humanos de las mujeres en España.» Madrid: Instituto Universitario de Estudios de la Mujer. Facultad de Filosofía y Letras. Universidad Autónoma de Madrid, septiembre de 2009.
- MOLINA CABALLERO, María Jesús. «Algunas fronteras de la Ley Integral contra la Violencia de Género: Jurisdicción de menores y mediación.» *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 17, nº 24 (2015): 1-23.
- MONTERO, Tomas. *Justicia Restaurativa: Instrumentos Internacionales.* PAIP. Colección Textos Internacionales, 2014.

- MOOSAVI, Leon. «Decolonising Criminology: Syed Hossein Alatas on Crimes of the Powerful.» *Critical Criminology* (Springer), junio 2018.
- MORENO BENÍTEZ, Damián. «De "violencia doméstica" a "terrorismo machista": el uso argumentativo de las denominaciones en la prensa.» *Discurso y sociedad* (www.dissoc.org) 4 (2010): 893-917.
- MOYA, Eric. *Mapudungun Diccionario. Mapudungun-Español*. Santiago de Chile: Ediciones Olimpo, 2010.
- NACIONES UNIDAS. *Resolución 2002/12, Principios básicos para la aplicación de programas de justicia restaurativa en materia penal del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas*. 2002. [https://app.icrc.org/elearning/curso-sobre-privacion-libertad/story_content/external_files/Justicia%20Restitutiva%20\(2002\).pdf](https://app.icrc.org/elearning/curso-sobre-privacion-libertad/story_content/external_files/Justicia%20Restitutiva%20(2002).pdf) (último acceso: 28 de febrero de 2018).
- . «Resolución 34/1980, de 18 de diciembre de 1979, por la que se aprueba la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.» 1979.
- . «Unidos para poner fin a la violencia contra las mujeres. .» *Campaña del Secretario General de Naciones Unidas. Capítulo Regional Latinoamérica y el Caribe*. <https://www.cepal.org/mujer/noticias/paginas/0/36550/SpanishCampaign.pdf>, 27 de enero de 2009.
- NAFS ESCUDERO, Antonio, Cristina POLO USAOLA, Marisa LÓPEZ GIRONÉS, y Lola AGUILAR REDO. «La persuasión coercitiva, modelo explicativo del mantenimiento de las mujeres en una situación de violencia de género. I: Las estrategias de la violencia.» *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría* XXV, n° 95 (Julio/Septiembre 2005): 85-117.
- NAHS ROJAS, Claudio, Catalina LAGOS TSCHORNE, y Constanza NUÑEZ DONALD. *Erradicación de la violencia contra las mujeres en las Américas: Violencia contra mujeres indígenas en el marco de las relaciones familiares: pauta para decidir la procedencia de acuerdos reparatorios*. Santiago de Chile: Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, 2013.

- NAVARRETE JARA, Manuel José. *Constitucionalización indígena: Variaciones jurídicas y metajurídicas*. Santiago de Chile: Librotecnia, 2013.
- NEIRA PENA, Ana María. «A xustiza restaurativa e a mediación penal.» *Anuario Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña* (Facultade de Dereito Universidade da Coruña), nº 15 (2011): 529-551.
- NICKEL, Rainer. «Interlegalidad.» Editado por Traducido por Julian Gaviria Mira. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 8 (marzo 2015): 205-211.
- NICOLÁS LAZO, Gemma. «Algunas reflexiones sobre la investigación jurídica desde los feminismos. ¿existen valores epistemológicos feministas?» En *Derecho, Género e Igualdad. Cambios en las estructuras jurídicas androcéntricas Volumen II.*, editado por Daniela Heim, & Encarna Bodelon, 79-88. Barcelona: Grupo Antígona y Dones i Drets. Universidad Autónoma de barcelona, 2009.
- OCHOA SOTO, Igor. «La mujer aborígen australiana. La incomprensión de la tradición como prisión contemporánea.» En *Tradición y modernidad. Patrimonio en femenino*, de Ministerio de Educación Cultura y Deporte. , editado por Alejandro Nuevo Gómez, 103-111. Secretaria General Técnica. Subdirección General de Documentación y Publicaciones, 2014.
- OLEA GRAO, Raquel, Olga Grao, y Francisca PÉREZ. *El género en apuros*. Santiago de Chile: LOM Ediciones, 2008.
- OSUNA, Antonio. «La Junta de Valladolid de 1550.» *La Ciencia Tomista* 133, nº 430 (2006): 193-243.
- PAINEMAL MORALES, Millaray, y Andrea ALVAREZ DIAZ, . *Caminando Juntas hacia la recuperación del Kvme Mogen y el Azmapu*. Santiago de Chile: FACSO Ediciones, 2015.
- PALACIOS L., Juan José. «Australia y el Pacífico Asiático.» *México y la cuenca del pacífico*, abril-junio 1999: 3-8.
- PALACIOS ZULOAGA, Patricia. *El tratamiento de la violencia de género en la organización de Naciones Unidas*. Santiago de Chile: Centro de Derechos Humanos. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2011.

- PALERMO, Zulema (coord.), Alejandro de Oto, y Karina Bidaseca. «Conocimiento de otro modo: la opción decolonial y la academia argentina.» En *Términos claves de la teoría postcolonial latinoamericana: despliegues, matices, definiciones*, editado por Laura Catelli, & Maria Elena Lucero, 355-380. Rosario: UNR Editora. Editorial de la Universidad Nacional de Rosario, 2012.
- PALMA AYALA, Rosario, y Renata SANDRINI CARREÑO. «Mujer mapuche y retos de la justicia intercultural: aplicación del derecho propio indígena en delitos de violencia intrafamiliar.» *Anuario de Derechos Humanos*, n° 10 (2014): 151-161.
- PARKER, L. “El uso de prácticas restauradoras en América Latina.” *Revista CREA*, no. 4 (2003): 217-242.
- PARLAMENTO MAPUCHE EN VILLARICA. *Declaración del Parlamento Mapuche en Villarica, de 7 de mayo de 2002, Derechos Fundamentales que tenemos como Pueblo.* 7 de mayo de 2002. http://www.archivochile.com/Pueblos_originarios/declara/POdeclara0009.pdf (último acceso: 12 de marzo de 2018).
- PIEDRA GUILLEN, Nancy. «Feminismo y postmodernidad: entre el ser para sí o el ser para los otros.» *Revista de Ciencias Sociales* (Universidad de Costa Rica) 4, n° 102 (2003): 43-55.
- POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, Jean Pierre Matus Acuña, y Maria Cecilia Ramirez. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial.* 2ª edición. Santiago de Chile: Editorial Juridica de Chile, 2015.
- POO FIGUEROA, Ana Maria, y Vizcarra Larrañaga Maria Beatriz. «Violencia de pareja en jóvenes universitarios.» *Terapia psicológica* 26, n° 1 (julio 2008): 81-88.
- PORRAS VELASCO, Angélica X. *Tiempo de indios. La construcción de la identidad política colectiva del movimiento indio ecuatoriano (las movilizaciones de 1990, 1992 y 1997.* Primera. Quito: Abya Yala, 2005.
- PRIETO BRAVO, Marcela Andrea. *Violencia Intrafamiliar en contra de la mujer en Chile. Normativa, Instituciones y procedimiento en Sede Familia y Penal.* Santiago de Chile: Editorial Metropolitana, 2015.

- QUIJANO, Anibal. «"Bien Vivir": entre el "desarrollo" y la Des/Colonialidad del poder.» *Horizontes Sociológicos*, n° 1 (2015): 25-38.
- Quijano, Anibal. «"Raza", "Etnia" y "Nación" en Mariátegui. Cuestiones abiertas.» *Estudios latinoamericanos* 2, n° 3 (1995): 3-19.
- . «Colonialidad del poder, globalización y democracia.» 2000.
- . «Colonialidad y modernidad/racionalidad.» *Perú Indígena* 13, n° 29 (1992): 11-20.
- QUIÑIMIL VASQUEZ, Doris. «Violencias coloniales y patriarcales contra mujeres indígenas latinoamericanas.» En *Violencias contra las mujeres. Desafíos y aprendizajes en la Cooperación Sur-Sur en América Latina y el Caribe*, editado por Gabriel Guajardo Soto, & Christian Rivera Viedma, 125-152. Santiago de Chile: FLACSO-Chile, 2015.
- RAQUEL, Barrero Alba, Cartagena Pastor Juan Manuel, Donat Laporta Emilio, y Peramato Martin Teresa. *Manual sobre investigación para casos de violencia de pareja y femicidios en Chile*. Editado por Juan Manuel Cartagena Pastor, & Maria Jose Taladriz Eguiluz (coords.). Santiago de Chile: Fiscalía Nacional. Ministerio Público de Chile y Agencia Española de Cooperación Internacional de Chile, 2012.
- RAMÓN RIBAS, Eduardo. «Las relaciones entre los delitos de violencia de género y violencia doméstica.» En *La respuesta penal a la violencia de género. Lecciones de diez años de experiencias de una política criminal punitivista*, de Luz María PUENTE ABA (dir.), 19-60. Granada: Comares, 2010.
- . «Los delitos de violencia de género: objeto de protección.» En *La protección frente a la violencia de género: tutela penal y procesal*, de Eduardo RAMÓN RIBAS, Rosa ARROM LOSCOS, y Irene NADAL GÓMEZ, 13-60. Madrid: Dykinson, 2009.
- RELATORIA SOBRE LOS DERECHOS DE LA MUJER. «Acceso a la Justicia para Mujeres víctimas de violencia en las Américas.» Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, Organización de los Estados Americanos, 2007.
- RIBOTTA, Silvina. «Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Vulnerabilidad, pobreza y acceso a la justicia.»

- Revista Electrónica Iberoamericana* (Centro de Estudios de Iberoamérica. Universidad Rey Juan Carlos) 6, nº 2 (2012): 1-37.
- RIED S., Nicolás. «Un delito propio. Análisis crítico de los fundamentos de la ley de feminicidio.» *Revista de Estudios de la Justicia*, nº 16 (2012): 171-193.
- RIEGO, Cristian. «Los sistemas alternativos de resolución de conflictos y la reforma procesal civil.» En *Mecanismos alternativos de solución de conflictos. Un estudio multidisciplinar*, de María F. Vasquez Palma (Dir.), Raul Carnevali Rodríguez (Coord.), & Diego Palomo Velez (Coord.), 255-261. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas de Santiago, 2016.
- RIVERA, Silvia. «La noción de "derecho" o las paradojas de la modernidad postcolonial: indígenas y mujeres en Bolivia.» *Aportes Andinos*. (Universidad Andina Simón Bolívar) 11. Aportes sobre diversidad, diferencia e identidad (octubre 2004): 1-15.
- RIVERA GARRETAS, María Milagros. «El feminismo de la diferencia: partir de sí.» *Revista Géneros* (Universidad de Colima) 8, nº 22 (2000): 5-10.
- ROMERO MALANDA, Sergio. «El sistema de justicia penal en la Unión Europea y Australia: Un estudio de Derecho comparado.» *Revista General de Derecho Penal*, nº 23 (Mayo 2015): 1-71.
- ROSSEL ECHAGÜE, Pablo. *Crimen y Costumbre en la Sociedad Mapuche Contemporánea. Tesis para optar al grado de antropólogo social*. . Santiago de Chile: Dir. Juan Le-Bert. Universidad de Chile, 2010.
- RUBILAR DONOSO, María Paz. *Los Gitanos en Chile: de viajeros eternos a viajeros soñadores*. 2007. http://www.memoriachilena.cl/602/articles-123219_recurso_2.pdf.
- RUBIO CASTRO, Ana. «El feminismo de la diferencia: los argumentos de la igualdad compleja.» *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, nº 70 (octubre/diciembre 1990): 185-207.
- SAGOT, Monserrat . *La ruta crítica de las mujeres afectadas por la violencia intrafamiliar en América Latina. Estudio de caso en diez países*. Organización Panamericana de la Salud. Programa Mujer, Salud y Desarrollo, 2000.

- SAIZ MARTINEZ, Monica. *Amor romántico, amor patriarcal y violencia machista. Una aproximación crítica al pensamiento amoroso hegemónico en occidente. Trabajo de Fin de Master en Estudios Feministas*. Madrid: Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales. Instituto de Investigaciones Feministas. Universidad Complutense de Madrid, 2012-2013.
- SALAMANCA HUENCHULLAN, Maria del Rosario. *Los Pueblos Indígenas y el acceso a la Justicia*. s.f. http://200.10.23.169/images/_publ/salamanca.pdf (último acceso: 29 de marzo de 2018).
- SALAMANCA, Gastón, y Diego LIZARRALDE. «Propuesta de un grafemario para el Rromané Jorajané lengua hablada por los gitanos de Chile.» *Revista UNIVERSUM* (Universidad de Talca) 1, n° 23 (2008): 226-247.
- SALAZAR VILLARROEL, Deyanira y Eugenia VINET REICHARDT. «Mediación familiar y violencia de pareja.» *Revista de Derecho XXIV*, n° 1, (julio 2011): 9-30.
- SALDIVIA MANSILLA, Claudia, Barbara FAUNDEZ REYES, Sebastian SOTOMAYOR LLANOS, y Fredy CEA LEIVA. «Violencia íntima en parejas jóvenes del mismo sexo en Chile.» *Última Década*, n° 46 (julio 2017): 184-212.
- SALGADO ÁLVAREZ, Judith. «El reto de la igualdad: género y justicia indígena.» En *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, editado por Boaventura de Sousa Santos, & Agustín Grijalva Jiménez, 244-278. Quito: Abya Yala, 2012.
- . «Violencia contra las mujeres indígenas: entre las "justicias" y la desprotección. Posibilidades de interculturalidad en Ecuador.» *Revista electrónica Aportes Andinos* (Programa Andino de Derechos Humanos), n° 25 (septiembre 2009): 1-14.
- SALINERO, Sebastian Echeverría. «La nueva agravante penal de discriminación. Los "delitos de odio".» *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n° 41 (2º semestre 2013): 263-308.
- SAN MARTIN PONCE, Maria Angelica. «Convenio 169 de la OIT y su aplicación en delitos en contexto de violencia intrafamiliar.» *Revista Jurídica del Ministerio Público* (Fiscalía. Ministerio Público de Chile), n° 52 (Septiembre 2012): 161-179.

- SANCHEZ CURIHENTRO, Juan. «El Az mapu o sistema jurídico mapuche.» *Revista Crea* (Universidad Católica de Temuco), nº 2 (2001): 28-39.
- SANCHEZ SANCHEZ, Andrea Soledad. *Reconstruyendo el Legado de la Abogada María del Rosario Salamanca en la Defensoría Penal Mapuche. Tesis para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas*. Universidad Católica de Temuco: Profesor Guía Juan Jorge Faúndes Peñafiel, 2016.
- SANTANA NAZARIT, Paula, y Lorena ASTUDILLO PEREZ. *Violencia extrema hacia las mujeres en Chile (2010-2012)*. Santiago de Chile: Red Chilena contra la Violencia hacia las Mujeres, 2014.
- SCHNEIDER, Elizabeth . «La violencia de lo privado.» En *Justicia, género y violencia*, de Julieta Di Corleto (comp.), 43-56. Buenos Aires: Librería, 2010.
- . «Mujeres maltratadas y la elaboración de leyes feministas: definición, identificación y desarrollo de estrategias.» En *Justicia, género y violencia*, de Julieta (comp.) Di Corleto, 23-42. Buenos Aires: Librería, 2010.
- SCOTT, Joan W. «Experiencia.» Editado por Moisés Silva. *La Ventana*, nº 13 (2001): 42-73.
- SEGATO, Rita Laura. «Colonialidad y patriarcado moderno: expansión del frente estatal, modernización, y la vida de las mujeres.» En *Tejiendo de otro modo: Feminismo, epistemología y apuestas descoloniales en Abya Yala*, editado por Yuderlys Espinosa-Miñoso, Diana Gomez Correal, & Karina Ochoa Muñoz, 75-90. Popayán: Editorial Universidad del Cauca, 2014.
- . «Género y colonialidad: en busca de claves de lectura y de un vocabulario estratégico descolonial». En *Feminismos y poscolonialidad*, editado por Karina Bidaseca y Vanessa Vasquez, 17-48. Buenos Aires: Godot.
- SERVICIO NACIONAL DE LA MUJER. *Orientaciones Técnicas 2012. Modelo de Intercención Centros de la Mujer. Chile Acoge*. Gobierno de Chile, 2012, 342.
- SILVA VILELA, Ana Laura. «Violência Colonial e Criminologia: Un confronto a partir do documentário Concernig Violence.» *Revista Direito & Páxis* 20, nº 20, (febrero 2018): 1-20.

- SOARES DE ARAUJO, Bruna Stéfanni, y María Luiza CAXIAS ALBANO. «Sobre as rupturas de um discurso universal de direitos humanos diante de uma criminologia decolonial feminista nos crimes relacionados a drogas.» *Revista de Criminologías e Políticas Criminais* 2, nº 1 (janeiro 2016): 57-74
- STANGELAND, Per. «Malos tratos y homicidios en la pareja: una visión intercultural.» *Revista de Derecho Penal y Criminología* (UNED), nº 15 (2004): 241-260.
- TAGUIEFF, Pierre André. «El racismo.» *Debate Feminista* 24 (octubre 2001): 3-14.
- TALADRIZ EGUILUZ, Maria Jose. «La comisión por omisión en el delito de maltrato habitual.» *Revista Jurídica del Ministerio Público*, nº 37 (diciembre 2008): 263-271.
- TÁPIA BALLESTEROS, Patricia. «Chile. Ley N° 20.066 Establece ley de violencia intrafamiliar y de la Ley N° 20.480 Modifica el Código Penal. Tutela penal de la mujer en el ordenamiento chileno.» En *Régimen jurídico de la violencia de género en Iberoamérica y España. Un estudio de las leyes integrales de segunda generación*, de Elena Blanca Marin de Espinosa Ceballos (dir.), 79-105. Editorial Thomson Reuters Aranzadi, 2015.
- TOLEDO VASQUEZ, Patsili. *Femicidio/feminicidio*. 1ª edición. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Didot, 2014.
- . *Derecho a Vivir una Vida Libre sin Violencia*. Editado por Lorena Fries. Santiago de Chile: Corporación Humanas, 2007.
- TOMANINO, John. «Aboriginal (Nunga) Courts.» *Information Bulletin. Office of Crime Statistics and Research* (Government of South Australia), nº 39 (2004): 1-16.
- UGARTE, José Luis Cataldo. «El Convenio 169 desde el Derecho del Trabajo: la discriminación laboral.» En *Derecho y Pueblo Mapuche. Aportes para la discusión*, de Centro de Derechos Humanos de la Universidad de la Universidad Diego Portales, editado por Helena Olea Rodriguez, 134-154. Santiago de Chile, 2013.
- UNICEF. https://www.unicef.org/lac/pueblos_indigenas.pdf (último acceso: 28 de febrero de 2017).

- VADO GRAJALES, Luis Octavio. «Medios Alternativos de Resolución de Conflictos.» 369-389.
<https://www.cejamericas.org/Documentos/DocumentosIDRC/7nuevo.pdf>, s.f.
- VALDIVIA ORTIZ DE ZARATE, Veronica. «Estatismo y neoliberalismo: un contrapunto militar Chile 1973-1979.» *Historia (Santiago)* 34 (2001): 167-226.
- VAN WEEZEL, Alex. «La sistemática de los delitos de lesiones en el Código Penal y el régimen introducido por la Ley N° 20.066 sobre Violencia Intrafamiliar.» *Informes en Derecho, Doctrina Procesal Chilena*, 2007: 1-25.
- . «Lesiones y violencia intrafamiliar.» *Revista Chilena de Derecho* 35, n° 2 (2008): 223-259.
- VARGAS PAVEZ, Macarena. «Mediación obligatoria. Algunas razones para justificar su incorporación.» *Revista de Derecho XXI*, n° 2 (diciembre 2008): 183-202.
- . «Mediación familiar en Chile. La experiencia de Programas de Resolución de Conflictos anexo a Tribunales.» *Resolución Alternativa de Conflictos*, 2001.
- VEIT STRASSNER, M. A. «La Iglesia chilena desde 1973 a 1993: De buenos samaritanos, antiguos contrahetes y nuevos aliados. Un análisis prolitológico.» *Teología y Vida XLVII* (2006): 76-94.
- VERA GAJARDO, Antonieta. «Un acercamiento interseccional al discurso de la tradición en casos de violencia a mujeres Mapuche.» Editado por Universidad de los Andes. *Revista de Estudios Sociales*, n° 64, abril 2018.
- . «Moral, representación y "feminismo mapuche" elementos para formular una pregunta.» *Polis. Revista Latinoamericana*, n° 38 (2014): 1-18.
- VERDESIO, Gustavo. «Colonialismo acá y allá: reflexiones sobre la teoría y la práctica de los estudios coloniales a través de fronteras culturales.» En *Términos claves de la teoría postcolonial latinoamericana: despliegues, matices, definiciones*, editado por Laura Catelli, & María Elena Lucero, 12-24. Rosario, Argentina: UNR Editora. Editorial de la Universidad Nacional de Rosario, 2012.
- VIJAYARASA, Ramona. «Enfrentando la historia de Australia: verdad y reconciliación para las generaciones robadas.» *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos* 4, n° 7 (2007): 128-153.

- VILLEGAS DÍAZ, Myrna (dir.). «Violencia contra la mujer en Chile y Derechos Humanos. Informe temático 2017.» Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2018.
- «Comentario al Proyecto de Ley sobre Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia (boletín N° 11077-07)» presentado en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados, 11 de abril de 2017. Acta de la 255°/365° sesión. Disponible en <https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=100906&prmTIPO=DOCUMENTOCOMISION> (consultado: 25 de junio de 2018)
- «Entre la exculpación y la justificación. Apuntes de legislación comparada latinoamericana sobre pluralismo jurídico y derecho penal.» *Revista de Derecho XXV*, n° 2 (2012): 177-205.
- «Sistemas sancionatorios indígenas y Derecho penal. ¿Subsiste el Az Mapu?» *Política criminal* 9, n° 17 (julio 2014): 213-247.
- «El delito de maltrato habitual en la Ley 20.066 a la luz del derecho comparado.» *Política Criminal* 7, n° 14 (diciembre 2012): 276-317.
- VILLEGAS DÍAZ, Myrna, y Eduardo MELLA-SEGUEL. *Cuando la costumbre se vuelve ley. La cuestión penal y la pervivencia de los sistema sancionatorios indígenas en Chile*. Primera. Santiago de Chile: LOM ediciones (Colección Derecho en Democracia), 2017.
- VIZCARRA LARRAÑAGA, María Beatriz, y Ana María POO FIGUEROA. «Violencia de parejas en estudiantes universitarios del sur de Chile.» *Universitas Psychologica* 10, n° 1 (2011): 89-98.
- WALSH, Catherine . «Interculturalidad crítica y pedagogía de-colonial: apuestas (des) de el in-surgir, re-sistir y re-vivir.» *Revista educação intercultural hoje em América Latina*, 2009: 1-29.
- WALSH, Catherine. «¿Son posibles unas ciencias sociales/culturales otras?» *Nómadas* (Universidad Central), n° 26 (Abril 2007): 102-113.
- YRGOYEN FAJARDO, Raquel. «Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y del derecho indígena en las políticas indigenistas y ell constitucionalismo andino.»

En *Pueblos Indígenas y Derechos Humanos*, de Mikel BERRAONDO, 537-566. Bilbao: Instituto de Derechos Humanos. Universidad de Deusto, 2006.

ZEREPA CASTRO, María Beatriz. «El tratamiento Jurídico de la violencia doméstica por los Tribunales de Familia, a la luz de la Ley 20.066 "Sobre violencia intrafamiliar".» *Revista de Derecho* (Universidad de Concepción) 80, nº 213-232 (en-dic 2012): 153-180.

II. LEGISLACIÓN

Constitución Política de la República de Chile. En línea <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302&idVersion=2017-05-04>

1. Decretos

- Decreto 79, de 4 de octubre de 2016, que Promulga la revisión sustantiva del N°1 del Acuerdo con el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo sobre el Proyecto: “Apoyo a la Generación de espacios de diálogo entre Pueblos Indígenas y el Sector Público” <http://bcn.cl/24u3p>
- Decreto 400, de 6 de febrero de 2015, que fija Texto refundido, coordinado y sistematizado de Ley 17.798, sobre control de armas <http://bcn.cl/1v2mw>
- Decreto 19, de 18 de enero de 2001, en línea <http://bcn.cl/1vtms>
- Decreto Ley N° 15.231 de 23 de mayo de 1978, que Fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley N° 15.231, sobre Organización y Atribuciones de los Juzgados de Policía Local, <http://bcn.cl/1uy01>

2. Leyes

- Ley 1.552, de 30 de agosto de 1902, Código de Procedimiento Civil.
- Ley 10.271, de 2 de abril de 1952, Introduce diversas modificaciones en el Código Civil, <http://bcn.cl/1vluj>
- Ley N° 14.550 de 3 de marzo de 1961, que Crea los Juzgados de Letras de Menores y Modifica las Leyes, <http://bcn.cl/1wwrf>

- Ley N° 16.441, de 18 de mayo de 1984, que Crea el Departamento de Isla de Pascua, <http://bcn.cl/1vy0j>
- Ley N° 17.798, de 21 de octubre de 1972, Establece el control de armas, <http://bcn.cl/1v8xv>)
- Ley 18.287, de 7 de febrero de 1984, Establece procedimiento ante los Juzgados de Policía Local, <http://bcn.cl/1uuwq>
- Ley N° 19.253 de 5 de octubre de 1993, que Establece Normas sobre Protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de desarrollo Indígena, <http://bcn.cl/1uw3z>
- Ley 19.325, de 27 de agosto de 1994, Establece Normas sobre Procedimientos y Sanciones relativos a los actos de violencia intrafamiliar, <http://bcn.cl/1uw7t>
- Ley 19.450, de 15 de mayo de 1997, que Sustituye escalas de multas que señala y modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, la Ley 18.287 y el Decreto ley N° 645, de 1925.
- Ley 19.585, de 26 de octubre de 1998, Modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación, <http://bcn.cl/1ux3t>
- Ley 19.628, de 28 de agosto de 1999, Sobre Protección de la vida privada, <http://bcn.cl/1uv2v>
- Ley N° 19.828, de 27 de septiembre de 2002, que crea el Servicio Nacional del Adulto Mayor, en concreto el artículo 1° establece que adulto mayor es toda persona mayor de 60 años. En línea <http://bcn.cl/1v31p>
- Ley N° 19.947 que Establece Nueva ley de matrimonio civil, de 17 de mayo de 2004. 17 de mayo de 2004. <http://bcn.cl/1uw6m>
- Ley 19.968, de 30 de agosto de 2004, Crea los Tribunales de Familia, <http://bcn.cl/1uw0y>
- Ley 20.084, de 7 de diciembre de 2005, que Establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la Ley Penal. 2005. <http://bcn.cl/1uvyu>
- Ley 20.066, de 7 de octubre de 2005, que establece la Ley de violencia Intrafamiliar
- Ley 20.286 de 15 de septiembre de 2008, Introduce modificaciones orgánicas y procedimentales a la Ley N° 19.968, que crea los Tribunales de familia

- Ley 20.427 de 18 de marzo de 2010, Modifica la Ley. N° 20.066, de violencia intrafamiliar y otros cuerpos legales para incluir el maltrato del adulto mayor en la legislación nacional
- Ley 20.480, de 18 de diciembre de 2010, que Modifica el Código Penal y la Ley N° 20.066 sobre violencia intrafamiliar, estableciendo el “femicidio”, aumentando las penas aplicables a este delito y reforma las normas sobre parricidio, <http://bcn.cl/1v3dw>
- Ley 20.507, de 8 de abril de 2011, que Tipifica los Delitos de Tráfico Ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal, <http://bcn.cl/1v15w>
- Ley 20. 820, de 20 de marzo de 2015, crea el Ministerio de la mujer y la equidad de género, y modifica las normas legales que indica.
- Ley 20. 830, de 21 de abril de 2015, que Crea el Acuerdo de Unión Civil.
- Ley N° 20.931, de 5 de julio de 2016, Facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal en dichos delitos, <http://bcn.cl/1wg75>
- Ley 20.968, de 22 de noviembre, de 2016, que Tipifica delitos de tortura y de tratos crueles, inhumanos y degradantes, en línea <http://bcn.cl/1yi9x>
- Ley 21.013 de 6 de junio de 2017, Tipifica el nuevo delito de maltrato y aumenta la protección de las personas en situación de especiales.

3. Proyectos de Ley

- Proyecto de Ley que Modifica el Código civil en materia de régimen patrimonial del matrimonio y otros cuerpos legales que indica (Boletín N° 432-07), presentado vía Mensaje del Ejecutivo, el día 6 de agosto de 1991, <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/6914/>
- Proyecto de Ley que “Modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y otros cuerpos legales en materias relativas al delito de violación” presentado vía mensaje presidencial el 3 de agosto de 1993, <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/6584/>
- Proyecto de Ley que crea los Tribunales de familia, del 3 de noviembre de 1997, Mensaje Presidencial N° 81-338

- Proyecto de Ley que modifica el Código Penal en lo tocante a la tipificación del delito de tortura (Boletín Legislativo N° 9.589-17), 9 de septiembre de 2015. Primer trámite constitucional, discusión particular ante la comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios, Cámara de los Diputados, en línea, <https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmTIPO=DOCUMENTOCOMUNICACIONCUENTA&prmID=7792> (consultado 1 de febrero 2017)
- Proyecto de Ley Modifica el Código Penal para tipifica el acoso sexual callejero (Boletín N° 9936-07) ingreso por moción parlamentaria el 17 de marzo de 2015, en línea <https://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmID=10158&prmTIPO=INICIATIVA> (consultado el 15/02/2018)
- Proyecto de Ley sobre Derecho de las mujeres a una vida libre de violencia (Mensaje N° 307-364), ingreso por Mensaje de S. E. la Presidenta de la República, el 24 de noviembre de 2016, en línea https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=11592&prmBoletin=11077-07 (consultado el 6/02/2018)

4. Historia de la Ley

- Historia de la Ley N° 19.253, Establece normas sobre protección fomento y desarrollo de los indígenas y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena. 5 de octubre de 1993. www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/3850/1/HL19253.pdf.
- Historia de la Ley N° 19.304, de 20 de abril de 1994, que Modifica artículo 8° del Código Penal y el artículo 66 de la Ley N° 16.618, que fija texto de la Ley de Menores, en línea <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7026/>
- Historia de la Ley 19.325, Establece normas sobre procedimiento y sanciones relativos a los actos de violencia intrafamiliar
- Historia de la Ley N° 19.335, Establece régimen de participación en los gananciales, y modifica el código civil, la Ley de matrimonio civil, el código penal, el código de procedimiento y otros cuerpos legales que indica. 23 de septiembre de 1994. <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/6914/> (último acceso: 14 de enero de 2018).

- Historia de la Ley 19.968, Crea los Tribunales de Familia, <https://www.google.es/search?q=historia+de+la+ley+que+crea+los+tribunales+de+familia&oq=historia+de+la+ley+que+crea+los+tribunales+de+familia&aqs=chrome..69i57j69i64.11270j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8#>
- Historia de la Ley N° 19.585, Modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en Materia de Filiación. 26 de octubre de 1998.
- Historia de la Ley N° 19.617, Modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y otros cuerpos legales, en materias relativas al delito de violación.
- Historia de la Ley N° 20.066, que Establece ley de violencia intrafamiliar.. <https://www.bcn.cl/historiadela ley/nc/historia-de-la-ley/5563/>.

5. Solicitud de transparencia

- Solicitud de transparencia a la Defensoría Penal Pública Mapuche, n° 32.922, resulta por la Unidad de Estudios de la Defensoría Regional de La Araucanía.
- Solicitud de transparencia la Fiscalía Nacional, n° 6263, resuelta por la Unidad Especializada en Derechos Humanos, Violencia de Género y Delitos Sexuales.

6. Convenios y Tratados Internacionales

6.1. Naciones Unidas

- Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948, disponible en, http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf
- Declaración y Programa de acción Viena. Aprobado por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 25 de junio de 1993. Obtenido de http://www.ohchr.org/Documents/Events/OHCHR20/VDPA_booklet_Spanish.pdf

- Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, Resolución de la Asamblea General 48/104 del 20 de diciembre de 1993, disponible en, <http://www1.umn.edu/humanrts/instree/spanish/Se4devw.htm>
- Declaración sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada por la Asamblea General en la 107ª Sesión plenaria de 13 de septiembre de 2007, disponible en, http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf
- Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto de Chile, adoptadas por el Comité en su 53º período de sesiones (1 a 19 de octubre de 2012), disponible en, <http://acnudh.org/wp-content/uploads/2013/01/CEDAW-Chile-2012-ESP.pdf>
- Resolución 1541 (XV) Principios que deben servir de guía a los Estados Miembros para determinar si existe o no la obligación de transmitir la información que se pide en el inciso E del artículo 73 de la Carta, del 15 de diciembre de 1960, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, disponible en, [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/1541\(XV\)&Lang=S&Area=RESOLUTION](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/1541(XV)&Lang=S&Area=RESOLUTION)
- Resolución 34/180 de la Asamblea General de Naciones Unidas, aprueba la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer el 18 de diciembre de 1979
- Resolución 48/163 de 18 de febrero de 1994 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, disponible en, <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/48/163&Lang=S>
- Resolución 59/174 de 20 de diciembre de 2004 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, disponible en, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/486/73/PDF/N0448673.pdf?OpenElement>

6.2. Organización Internacional del Trabajo

- Convenio N° 107 de Sobre Poblaciones Indígenas y Tribales (en adelante Convenio 107) aprobada el 26 de junio de 1957, disponible en, http://www.oas.org/dil/esp/afrodescendientes_instrumentos_internacionales_convenio_107.pdf

- Convenio N° 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de 7 de junio de 1989, http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C169

7. Organización de Estados Americanos

- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer, de 7 de junio de 1994, disponible en, <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>
- Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI). *Declaración sobre el femicidio*, Aprobada en la Cuarta Reunion del Comité de Expertas/os (CEVI), celebrada el 15 de agosto de 2008, en Washington, D.C., disponible en, <https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/declaracionfemicidio-es.pdf>

8. Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia

- Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano, aprobada entre los días 27-29 de noviembre del año 2002, en la VII Cumbre Judicial Iberoamericana, disponible en, http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/4253/carta_derechos.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de los Grupos en Situación de Vulnerabilidad son aprobadas entre los días 4 y 6 de marzo de 2008, en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, disponible en, <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf?view=1>

9. Legislación extranjera

9.1. Legislación española

Ley Orgánica 10/ 1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en línea, http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo10-1995.html

Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, en línea, <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-20>

Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en línea, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2004-21760>

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en línea, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-3439>

9.2. Legislación australiana

Domestic Violence (Family Protection) Act No. 42.(Queensland, 5 de may de 1989).

III. JURISPRUDENCIA

1. Jurisprudencia de tribunales chilenos

Tribunal Constitucional, Rol 1248, *Requerimiento de la Juez de Familia Suplente de Peñaflores para que dirima la contienda de competencias trabada con el Ministerio Público en causa RIT F-453-2008, por violencia intrafamiliar*, de 4 de noviembre de 2008.

— Rol 1272, *Contienda de competencia trabada entre la Jueza de Familia de Punta Arenas y el Ministerio Público en la causa RIT F-591-2008, por violencia intrafamiliar*, de 27 de noviembre de 2008.

Corte Suprema, Rol 10635-2011. Recurso de queja. *Ministerio Público contra Yonel Carlos Cheuquellán Reinao*. Sentencia de fecha 4 de enero de 2012.

— Rol 592-2012. Recurso de queja. *Ministerio Público contra Rosamel Segundo Poza Huechumpán*. Sentencia de fecha 25 de enero de 2012.

Corte de Apelaciones de Arica, Rol 136-07. Recurso de nulidad de sentencia por error de derecho en sentencia condenatoria por lesiones leves en contexto de violencia intrafamiliar, de 24 de agosto de 2007.

Corte de Apelaciones de Concepción, Rol 78/2018. Recurso de amparo, Resolución n° 14, de 19 de abril de 2018.

— Rol de causa n° 418/2017. Recurso de Reforma procesal penal, Resolución n° 115365 de 6 de junio de 2017.

Corte de Apelaciones de Santiago, Rol de causa n° 1068/2017 (Civil), Resolución n° 87751, de 29 de enero de 2016.

— Rol de causa n° 13816/2016, sobre Recurso de Protección. Resolución n° 315079, de 8 de abril de 2016.

— Rol de causa n° 37/2016 que resuelve recurso de Reforma Procesal Penal, Resolución n° 1284172, de 7 de diciembre de 2016.

Corte de Apelaciones de Temuco, Rol 1773-2008. Recurso de Protección, de 16 septiembre de 2009 *Francisca Linconao con Forestal Palermo*

— Rol 955-2011. Recurso de apelación. *Ministerio Público contra Yonel Carlos Cheuquellán Reinao*. Sentencia de fecha 27 de octubre de 2011.

— Rol 1034-2011. Recurso de apelación. *Ministerio Público contra Roberto Nahuelñir Seguel*. Sentencia de fecha 23 de noviembre de 2011.

— Rol 1192-2011. Recurso de apelación. *Ministerio Público contra Rosamel Segundo Poza Huechumpán*. Sentencia de fecha 4 de enero de 2012.

— Rol 18-2012. Recurso de apelación. *Ministerio Público contra José Luis Namoncura Quiñinao*. Sentencia de fecha 19 de enero de 2012.

- Rol 43-2012. Recurso de apelación. *Ministerio Público contra Caupolicán Zúñiga Aillapán*. Sentencia de fecha 24 de enero de 2012.
- Rol 134-2012. Recurso de apelación. *Ministerio Público contra Marcos Segundo Lincon Huenchumán*. Sentencia de fecha 23 de febrero de 2012.
- Rol 169-2012. Recurso de apelación. *Ministerio Público contra Marta Hueche Huenteleo*. Sentencia de fecha 5 de marzo de 2012.
- Rol 388-2012. Recurso de apelación. *Ministerio Público contra Jorge Álvaro Huenchullán Cayul*. Sentencia de fecha 4 de junio de 2012.
- Rol 499-2012. Recurso de apelación. *Ministerio Público contra Luis Alejandro Marileo Llancajón*. Sentencia de fecha 17 de julio de 2012.
- Rol 581-2012. Recurso de apelación. *Ministerio Público contra Solan Inés Landeros Hueche*. Sentencia de fecha 2 de agosto de 2012.
- Rol 635-2012. Recurso de apelación. *Ministerio Público contra Sergio Alejandro Huaracán Curihuentro*. Sentencia de fecha 21 de agosto de 2012.
- Rol 970-2012. Recurso de apelación. *Ministerio Público contra José Redemio Necul Paine*. Sentencia de fecha 18 de diciembre de 2012.
- Rol 955-2012. Recurso de apelación. *Ministerio Público contra Juan Alejandro Collonao Collonao*. Sentencia de fecha 19 de diciembre de 2012.
- Rol 220-2013. Recurso de apelación. *Ministerio Público contra Alfredo Sergio Cheuque Marín*. Sentencia de fecha 3 de mayo de 2013.
- Rol 653-2013. Recurso de apelación. *Ministerio Público contra Héctor Enrique Ñanco Lillo*. Sentencia de fecha 16 de agosto de 2013.
- Rol 1047-2013. Recurso de apelación. *Ministerio Público contra Ernesto Huentecol Huentecol*. Sentencia de fecha 9 de diciembre de 2013.
- Rol 99-2014. Recurso de apelación. *Ministerio Público contra Humberto Levimil Quintriqueo*. Sentencia de fecha 11 de febrero de 2014.

- Rol 967-2015. Recurso de apelación. *Ministerio Público contra Humberto Isaías Cayul Raín*. Sentencia de fecha 21 de septiembre de 2015
- Rol 1104-2015. Recurso de apelación. *Ministerio Público contra Cornelio Segundo Hueichaqueo Paineo*. Sentencia de fecha 19 de octubre de 2015.
- Rol 934-2015. Recurso de apelación. *Ministerio Público contra Salvador Cayupán Paillaqueo*. Sentencia de fecha 16 de noviembre de 2015.

Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol 598-15. Recurso de nulidad. Sentencia de 24 de septiembre de 2015.

Juzgado de Garantía de Carahue, Rit 785-2011. *Ministerio Público contra Rosamel Segundo Poza Huechumpán*. Acuerdo reparatorio de fecha 19 de diciembre de 2011.

- Rit 680-2011. *Ministerio Público contra José Luis Namoncura Quiñinao*. Acuerdo reparatorio de fecha 29 de diciembre de 2011.
- Rit 536-2011. *Ministerio Público contra Caupolicán Zúñiga Aillapán*. Acuerdo reparatorio de fecha 5 de enero de 2012.
- Rit 743-2011. *Ministerio Público contra Marta Hueche Huenteleo*. Acuerdo reparatorio de fecha 22 de febrero de 2012.
- Rit 671-2011. *Ministerio Público contra Luis Alejandro Marileo Llancapán*. Acuerdo reparatorio de fecha 21 de junio de 2012.
- Rit 543-2010. *Ministerio Público contra Sergio Alejandro Huaracán Curihuentro*. Acuerdo reparatorio de fecha 6 de agosto de 2012.
- Rit 1091-2011. *Ministerio Público contra Jorge Álvaro Huenchullán Cayul*. Acuerdo reparatorio de fecha 1 de febrero de 2012.

Juzgado de Garantía de Curacautín, Rit 316-2013. *Ministerio Público contra Héctor Enrique Ñanco Lillo*. Acuerdo reparatorio de fecha 25 de julio de 2013.

- Rit 392-2015. *Ministerio Público contra Humberto Isaías Cayul Raín*. Acuerdo reparatorio de fecha 1 de septiembre de 2015.

Juzgado de Garantía de Lautaro, Rit 461-2011. *Ministerio Público contra Yonel Carlos Cheuquellán Reinao*. Acuerdo reparatorio de fecha 4 de octubre de 2011.

Juzgado de Garantía de Nueva Imperial, Rit 1111-2011. *Ministerio Público contra Marcos Segundo Lincon Huenchumán*. Acuerdo reparatorio de fecha 7 de febrero de 2012.

— Rit 1011-2012. *Ministerio Público contra Solan Inés Landeros Hueche*. Acuerdo reparatorio de fecha 14 de julio de 2012.

— Rit 196-2015. *Ministerio Público contra Salvador Cayupán Paillaqueo*. Acuerdo reparatorio de fecha 25 de agosto de 2015.

— Rit 830-2015. *Ministerio Público contra Cornelio Segundo Hueichaqueo Paineo*. Acuerdo reparatorio de fecha 5 de octubre de 2015.

Juzgado de Garantía de Temuco, Rit 7104-2011. *Ministerio Público contra Roberto Nahuelñir Seguel*. Acuerdo reparatorio de fecha 8 de noviembre de 2011.

— Rit 5095-2013. *Ministerio Público contra Ernesto Huentecol Huentecol*. Acuerdo reparatorio de fecha 19 de noviembre de 2013.

— Rit 9141-2013. *Ministerio Público contra Humberto Levimil Quintriqueo*. Acuerdo reparatorio de fecha 23 de enero de 2014.

Juzgado de Garantía de Traiguén, Rit 820-2011. *Ministerio Público contra José Redemio Necul Paine*. Acuerdo reparatorio de fecha 19 de noviembre de 2012.

— Rit 338-2011. *Ministerio Público contra Juan Alejandro Collonao Collonao*. Acuerdo reparatorio de fecha 26 de noviembre de 2012.

— Rit 81-2013. *Ministerio Público contra Alfredo Sergio Cheuque Marín*. Acuerdo reparatorio de fecha 20 de marzo de 2013.

Tribunal de Garantía de San Bernardo, Rol 4074-2006, de 19 de agosto de 2006.

2. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

- *Caso «Comunidad Indígena Yakye Axa» vs Paraguay* (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 17 de junio de 2005, disponible en, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf
- *Caso «Comunidad Indígena Sawhoyamaya» vs Paraguay* (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 29 de marzo de 2006, disponible en, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf
- *Caso «Pueblo Saramaka vs Surinam»*, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 28 de noviembre de 2007, disponible en, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf
- *Caso «Atala Riffo y niñas» vs. Chile*, (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 24 de febrero de 2012, Serie C No. 239, disponible en, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf

3. Jurisprudencia de otros países

Corte Constitucional de Colombia Sentencia T-349/96, de 1996 M. P. Carlos Gaviria Díaz, disponible en, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-349-96.htm>

- Sentencia T-523/97 de 1997, M. P. Carlos Gaviria Díaz, disponible en, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/T-523-97.htm>

IV. REFERENCIAS WEB

3.1. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile

- *Miembros del Congreso Nacional de Chile. Reseñas biográficas. Parlamentarios por período.* 27 de enero de 2018, disponible en, https://www.bcn.cl/historiapolitica/resenas_parlamentarias/index.html?categ=por_periodo&periodo=1990-2018
- *Miembros del Congreso Nacional de Chile. Reseñas biográficas. Parlamentarios por período.* 27 de enero de 2018, disponible en,

https://www.bcn.cl/historiapolitica/resenas_parlamentarias/index.html?categ=por_periodo&periodo=1990-2018

- . *Reseña biográfica Francisco Melivilu Henríquez*, disponible en, [https://www.bcn.cl/historiapolitica/resenas_parlamentarias/wiki/Francisco Melivilu Henr%C3%ADquez](https://www.bcn.cl/historiapolitica/resenas_parlamentarias/wiki/Francisco_Melivilu_Henr%C3%ADquez) (último acceso: 25 de enero de 2018).
- . *Reseña Biográfica Maximo Errazuriz Eguiguren*, disponible en, [https://www.bcn.cl/historiapolitica/resenas_parlamentarias/wiki/Maximiano Errázuriz Eguiguren](https://www.bcn.cl/historiapolitica/resenas_parlamentarias/wiki/Maximiano_Errázuriz_Eguiguren) (último acceso: 8 de octubre de 2018).
- . *Reseña Biográfica Sergio Ojeda Uribe*, disponible en, [https://www.bcn.cl/historiapolitica/resenas_parlamentarias/wiki/Sergio Ojeda Uribe](https://www.bcn.cl/historiapolitica/resenas_parlamentarias/wiki/Sergio_Ojeda_Uribe) (último acceso: 12 de enero de 2018).
- . *Reseñas Biográficas Andrés Pío Bernardino Chadwick Piñera*, disponible en, [https://www.bcn.cl/historiapolitica/resenas_parlamentarias/wiki/Andrés P%C3%ADo Bernardino Chadwick Piñera](https://www.bcn.cl/historiapolitica/resenas_parlamentarias/wiki/Andrés_P%C3%ADo_Bernardino_Chadwick_Piñera) (último acceso: 14 de enero de 2018).
- . *Reseñas Biográficas Baldemar Carrasco Muñoz*, [https://www.bcn.cl/historiapolitica/resenas_parlamentarias/wiki/Baldemar Carrasco Muñoz](https://www.bcn.cl/historiapolitica/resenas_parlamentarias/wiki/Baldemar_Carrasco_Muñoz) (último acceso: 12 de enero de 2018).
- . *Reseñas Biográficas Carlos Hernán Bosselin Correa*, [https://www.bcn.cl/historiapolitica/resenas_parlamentarias/wiki/Carlos Hernán Bosselin Correa](https://www.bcn.cl/historiapolitica/resenas_parlamentarias/wiki/Carlos_Hernán_Bosselin_Correa) (último acceso: 12 de enero de 2018).
- . *Reseñas Biográficas Inés Leonor Enríquez Frodden*, disponible en, [https://www.bcn.cl/historiapolitica/resenas_parlamentarias/wiki/In%C3%A9s Leonor Enr%C3%ADquez Frodden](https://www.bcn.cl/historiapolitica/resenas_parlamentarias/wiki/In%C3%A9s_Leonor_Enr%C3%ADquez_Frodden) (último acceso: 27 de enero de 2018).
- . *Reseñas Biográficas Jorge Miguel Otero Lathrop*, disponible en [https://www.bcn.cl/historiapolitica/resenas_parlamentarias/wiki/Jorge Miguel Otero Lathrop](https://www.bcn.cl/historiapolitica/resenas_parlamentarias/wiki/Jorge_Miguel_Otero_Lathrop) (último acceso: 14 de enero de 2018).
- . *Reseñas Biográficas José Ruiz de Giorgio*, disponible en, [https://www.bcn.cl/historiapolitica/resenas_parlamentarias/wiki/Jos%C3%A9 Ruiz de Giorgio](https://www.bcn.cl/historiapolitica/resenas_parlamentarias/wiki/Jos%C3%A9_Ruiz_de_Giorgio) (último acceso: 13 de enero de 2018).

- . *Reseñas Biográficas Juan José Bustos Ramírez*, disponible en https://www.bcn.cl/historiapolitica/resenas_parlamentarias/wiki/Juan_Jos%C3%A9_Bustos_Ram%C3%ADrez (último acceso: 14 de enero de 2018).
- . *Reseñas Biográficas Laura Soto González*, disponible en, https://www.bcn.cl/historiapolitica/resenas_parlamentarias/wiki/Laura_Soto_Gonz%C3%A1lez (último acceso: 13 de enero de 2018).
- . *Reseñas Biofráficas María Angélica Cristi Marfil*, disponible en, https://www.bcn.cl/historiapolitica/resenas_parlamentarias/wiki/Mar%C3%ADa_Ang%C3%A9lica_Cristi_Marfil (último acceso: 29 de julio de 20118).
- . *Reseñas Biográficas María Antonieta Saa Díaz*, disponible en, https://www.bcn.cl/historiapolitica/resenas_parlamentarias/wiki/Mar%C3%ADa_Antonieta_Saa_D%C3%ADaz (último acceso 29 de enero de 2018).
- . *Reseñas Biográficas Soledad Avelar Valenzuela*, disponible en, https://www.bcn.cl/historiapolitica/resenas_parlamentarias/wiki/Mar%C3%ADa_Soledad_Alvear_Valenzuela (último acceso: 14 de enero de 2018).
- . *Reseñas Biográficas Tomás Jocelyn Holt Letelier*, disponible en, https://www.bcn.cl/historiapolitica/resenas_parlamentarias/wiki/Tom%C3%A1s_Jocelyn_Holt_Letelier (último acceso: 13 de enero de 2018).
- . *Reseñas Biográficas Ximena Vidal Lázaro*, disponible en, https://www.bcn.cl/historiapolitica/resenas_parlamentarias/wiki/Ximena_Vidal_L%C3%A1zaro (último acceso: 1 de febrero de 2018).

3.2. Cámara de los diputados

- Camara de Diputados de Chile. «Mensaje de S. E. la Presidenta de la Republica con el inicia un proyecto sobre el Derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, de 24 de noviembre de 2016 (Mensaje N° 307-364).» Santiago de Chile, disponible en, https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=11592&prmBoletin=11077-07

3.3. Gobierno de Chile

- *Ministerio de Cultura. Consulta Previa a los Pueblos Indígenas para la Creación del Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio*, disponible en, <http://www.cultura.gob.cl/wp-content/uploads/2016/12/dialogo-culturas.pdf>.
- *Ministerio del Medio Ambiente. Consulta a los Pueblos Indígenas*, disponible en, <http://www.consultaindigena.gob.cl/>
- Servicio de Registro Civil e Información del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Gobierno de Chile. *Registro de Violencia Intrafamiliar*. 2018, disponible en, <https://registrocivilwp.srcei.cl/tramites/registro-de-violencia-intrafamiliar-certificado/> (último acceso: 14 de febrero de 2018).
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Gobierno de Chile. *Juzgados de Familia por Regiones*, en línea: <http://familia.minjusticia.gob.cl/media/2013/06/Juzgados-de-Familia.pdf> (último acceso: 6 de junio de 2018)

3.4. Carabineros de Chile

- *Cuenta Pública año 2017. Carabineros en Cifras*. En línea <http://www.carabineros.cl/#> (último acceso: 6 de junio de 2018)
- *Cuenta Pública año 2016. Carabineros en Cifras*. En línea <http://www.carabineros.cl/#> (último acceso: 6 de junio de 2018)
- *Cuenta Pública año 2015. Carabineros en Cifras*. En línea <http://www.carabineros.cl/#> (último acceso: 6 de junio de 2018)
- *Cuenta Pública año 2014. Carabineros en Cifras*. En línea <http://www.carabineros.cl/#> (último acceso: 6 de junio de 2018)

3.5. Policía de Investigaciones de Chile

- *Cuenta Pública 2017. Consolidando el modelo investigativo para Chile. Policía de Investigaciones para Chile*, en línea <https://www.pdichile.cl/centro-de-prensa/cuentas-p%C3%BAblicas> (último acceso: 6 junio de 2018).

3.6. Poder Judicial de Chile

- Estadísticas desde enero 2012 al año 2018. Corte de Apelaciones de Temuco, en línea, <http://www.pjud.cl/cuadro-resumen-estadisticas-anuales-del-poder-judicial-ano-2007-a-2016> (último acceso: 7 de junio de 2018)

3.7. Otras referencias

- Aboriginal Legal Rights Movement, <https://www.alrm.org.au/who-we-are/brief-history/> (último acceso: 19 de julio de 2018)
- *Biografía Diego Ancalao Gavilán*. 25 de enero de 2018, disponible en, <http://biografiadiegoancalao.blogspot.com.es/>.
- <http://www.lacuarta.com/noticia/ministerio-de-la-mujer-incluye-como-femicidio-crimen-entre-pareja-lesbiana/> (último acceso: 9 de abril de 2018).
- Declaración del Parlamento Mapuche de Villarica, en línea http://www.archivochile.com/Pueblos_originarios/declara/POdeclara0009.pdf (consultado el 12 de marzo de 2018).
- Departamento de Servicios Legislativos y Documentales. «Proceso de formación de la Ley.» Disponible en, <https://www.bcn.cl/formacioncivica/>.
- «Soy Temuco.» 25 de enero de 2018. <http://www.soychile.cl/Temuco/Politica/2017/11/19/500251/Conoce-a-los-11-diputados-electos-de-La-Araucania-se-suma-una-mujer-por-primera-vez.aspx>.
- Tejada Dewar, Jennifer. «Las cifras de violencia machista en los países nórdicos duplican las de España.» 31 de agosto de 2018. <http://www.publico.es/sociedad/cifras-violencia-genero-paises-nordicos.html> (último acceso: 2018 de febrero de 8).
- Naciones Unidas, Comisión Jurídica y Social de la Mujer, en línea, <http://www.unwomen.org/es/csw> (último acceso: 21 de junio de 2018).
- Naciones Unidas, IV Conferencia Mundial de la Mujer, en línea, <http://www.unwomen.org/es/how-we-work/intergovernmental-support/world-conferences-on-women> (último acceso: 13 de julio de 2018)

