

Erradicación de la Violencia Contra las Mujeres en las Américas:

Violencia contra mujeres indígenas en el marco de las relaciones familiares: pautas para decidir la procedencia de acuerdos reparatorios

Claudio Nash Rojas
Director del Proyecto

Catalina Lagos Tschorne
Constanza Nuñez Donald
Investigadoras

Minda Bustamante Soldevilla
Consuelo Labra Videla
Consultoras Externas



CENTRO DE DERECHOS HUMANOS



Erradicación de la Violencia Contra las Mujeres en las Américas:

**Violencia contra mujeres indígenas en el marco de las relaciones familiares:
pautas para decidir la procedencia de acuerdos reparatorios**



**EMBAJADA DE FINLANDIA
SANTIAGO DE CHILE**

Este documento se ha realizado con la ayuda financiera de la Embajada de Finlandia en Chile. El contenido del mismo es responsabilidad exclusiva del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y en ningún caso debe considerarse que refleja la posición de la Embajada de Finlandia en Chile.

PRESENTACIÓN

El Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile es una institución académica de alcance regional. Nuestro principal objetivo ha sido la contribución a la construcción de democracias sólidamente fundadas en el pleno respeto de los derechos humanos. Para cumplir con nuestro mandato desarrollamos actividades de investigación, docencia y de articulación de redes.

En la actualidad nuestros esfuerzos están centrados en el Acceso a la Justicia de sectores que se encuentran en situaciones de discriminación en el goce y ejercicio de sus derechos. Por ello, hemos mantenido nuestras áreas tradicionales de trabajo, pero se han ampliado los temas que nos interesan y también hemos redefinido las prioridades temáticas metodológicas. Hemos mantenido las dos áreas principales de trabajo: democracias y derechos humanos y mujeres y derechos humanos. Pero hemos ampliado el alcance de cada una. En materia de democracia, nos ha parecido central darle prioridad al trabajo vinculado con personas privadas de libertad. En materia de derechos humanos y mujeres, hemos ampliado el alcance del trabajo a las cuestiones relacionadas con la orientación sexual y la identidad de género. De ahí que nuestra área de trabajo hoy se denomina Mujeres, Género y Derechos Humanos.

Pero hay un tema que nos ha parecido esencial tratar de manera integral y ambas áreas han coordinado esfuerzos en este sentido: acceso a la justicia de pueblos indígenas en la región. La situación de exclusión, marginación y violencia de que son víctimas los pueblos indígenas en toda la región nos ha motivado a prestar especial atención al trabajo vinculado con sus problemas, fundamentalmente, aquellos vinculados al acceso a la justicia en condiciones de igualdad.

Al haber priorizado esta línea de trabajo nos encontramos con situaciones que a la fecha no habíamos visto. Una de las que nos ha parecido especialmente difícil es la situación de las mujeres indígenas y una de las facetas ha sido la de la violencia doméstica de que son objeto y la respuesta del Estado frente a ella. De ahí que nos

preocupó particularmente la noticia de que en la zona sur del país, con fuerte presencia de población mapuche, se estaban aceptando en sede penal acuerdos reparatorios en materia de violencia doméstica, en circunstancia que dichos acuerdos están explícitamente prohibidos por la legislación nacional. Al adentrarnos en el tema, nos dimos cuenta que la cuestión era más compleja, ya que estaban en pugna dos aproximaciones al tema que no nos parecen adecuadas. Las soluciones eran de lo que hemos llamado en este estudio “alternativas excluyentes”; en efecto, las sentencias de la Corte de Apelaciones de Temuco y de la Corte Suprema chilena daban cuenta que había un conflicto entre las normas de protección de las mujeres y aquellas de protección de los pueblos indígenas y que era necesario optar por una de estas protecciones en desmedro de la otra. Esta perspectiva excluyente no daba cuenta de la realidad de discriminación múltiple que viven las mujeres indígenas y tampoco daba cuenta que en la solución del conflicto había que tener en consideración que la titular de derechos es una mujer y es indígena, siendo ambas calidades esenciales para su construcción como sujeto de derechos.

Este informe tiene por objetivo poner al alcance del lector pautas concretas para la solución de estos casos desde una perspectiva integral. Se exploran una serie de argumentos para demostrar que no es dable entregar una solución simplificada ni excluyente. Asimismo, se dan argumentos desde la teoría de los derechos humanos para fundar dicha solución integrada. Finalmente, se entregan pautas concretas de solución de casos. Además, acompañamos un estudio de derecho comparado, preparado por la experta en derecho consuetudinario Minda Bustamante, que explora las experiencias comparadas en la región sobre solución de conflictos del mismo tipo del que se dio en Chile.

Nos hemos basado metodológicamente en un ejercicio de control de convencionalidad, que es el instrumento que la Corte Interamericana ha establecido para garantizar el pleno cumplimiento de las obligaciones del Estado. Además, hemos tenido en cuenta la obligación de todo intérprete de buscar aquella interpretación que

de mejor forma garantice los derechos humanos de las personas involucradas en cada caso concreto.

Como es una costumbre en el trabajo del Centro, la propuesta que hemos hecho ha sido discutida con los actores involucrados en el tema. No nos interesa hacer un estudio académico que esté desvinculado con la realidad, por ello organizamos una serie de talleres en Temuco para dialogar con distintos actores sobre la temática. Conversamos con representantes zonales del Sernam, Ministerio Público, Carabineros, Defensoría Penal Pública, organizaciones de mujeres indígenas, organizaciones de mujeres que trabajan con mujeres indígenas, Instituto Nacional de Derechos Humanos, entre otros. Estos talleres fueron esenciales para ajustar los alcances de las propuestas que aquí se formulan.

Este estudio pasa a formar parte de una serie de investigaciones desarrolladas por nuestro Centro en materia de violencia contra las mujeres: Erradicación de la Violencia Contra las Mujeres en las Américas: el Rol de los Operadores de Justicia. La primera de estas investigaciones fue el “Protocolo de actuación para Operadores de Justicia frente a la Violencia contra las Mujeres en el marco de las relaciones de pareja”, del año 2011.

Todo este esfuerzo no habría sido posible sin el apoyo de muchas personas e instituciones. Particularmente, queremos agradecer a la embajada de Finlandia en Chile que financió este proyecto y se comprometió activamente con él, participando en algunos de los talleres en Temuco. En todo caso aclaramos que ni las instituciones participantes en los talleres ni la embajada de Finlandia son responsables de lo que en este texto se propone, que es de exclusiva responsabilidad de nuestro Centro y los investigadores a cargo del proyecto.

Esperamos, muy sinceramente, que este estudio sea una contribución a la protección de los derechos humanos de las mujeres indígenas que sufren violencia y merecen una respuesta integral y justa por parte del Estado.

Claudio Nash Rojas

Director del proyecto

Catalina Lagos Tschorne

**Coordinadora del Programa Mujeres,
Género y Derechos Humanos**

ÍNDICE

1. PROBLEMA PLANTEADO: ACCESO A LA JUSTICIA DE MUJERES-INDÍGENAS EN CONTEXTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO	8
2. ESTÁNDARES INTERNACIONALES APLICABLES A LA MATERIA.....	11
2.1 VIOLENCIA CONTRA LA MUJER	11
2.2 DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS	20
2.3 DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA	26
3. ACUERDOS REPARATORIOS EN CASOS DE VIOLENCIA CONTRA MUJERES-INDÍGENAS EN EL MARCO DE RELACIONES FAMILIARES	32
3.1. CORTES DE APELACIONES.....	34
3.2. CORTE SUPREMA.....	37
3.3. TEMAS RELEVANTES QUE SURGEN DE AMBAS SOLUCIONES Y LA ERRADA PERSPECTIVA DE SOLUCIÓN DE ALTERNATIVAS EXCLUYENTES.....	39
4. PROPUESTA INTEGRADORA.....	41
4.1 DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE QUE AFECTA A LAS MUJERES-INDÍGENAS	41
4.2. DISCRIMINACIÓN ESTRUCTURAL QUE AFECTA A LAS MUJERES-INDÍGENAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA.....	42
4.3 MEDIDAS PARA ERRADICAR LA VIOLENCIA EXIGIBLES DEL ESTADO	45
5. INTERPRETACIÓN PRO PERSONA	48
6. CRITERIOS NORMATIVOS PARA RESOLUCIÓN DE CASOS DE VIOLENCIA CONTRA MUJERES QUE SEAN CULTURALMENTE SENSIBLES	52
6.1. INTERPRETACIÓN CULTURALMENTE SENSIBLE	53
6.2. TRATO DIFERENCIADO E INTERPRETACIÓN CULTURALMENTE SENSIBLE	57
6.3. CRITERIOS DE VALIDACIÓN DEL TRATO DIFERENCIADO RESPECTO DE MUJERES-INDÍGENAS QUE SUFREN DE VIOLENCIA.....	59
7. CONCLUSIONES.....	62
8. ANEXOS.....	64

8.1 EXTRACTOS DE JURISPRUDENCIA NACIONAL	64
8.2 JUSTICIA INDÍGENA Y JUSTICIA ORDINARIA EN LA REGIÓN ANDINA: EXPERIENCIAS DE ACCESO A LA JUSTICIA DE MUJERES INDÍGENAS EN AMÉRICA LATINA.....	75

1. Problema planteado: Acceso a la justicia de mujeres-indígenas en contextos de violencia de género

El acceso a la justicia en condiciones de igualdad es un derecho humano fundamental sobre el que se construye toda sociedad verdaderamente democrática e inclusiva. Para aquellos grupos que se encuentran en una situación de discriminación estructural, el acceso a la justicia constituye una condición básica para el goce efectivo de los derechos y con ello, el reconocimiento de su identidad y condición humana. En el caso de las mujeres, se ha demostrado que el acceso a la justicia, en especial la protección frente a la violencia, tiene además repercusiones tangibles en las posibilidades de este grupo de superar la pobreza. Cuando se trata de mujeres-indígenas, quienes viven de manera diferenciada múltiples formas de exclusión, un efectivo acceso a la justicia cobra aún mayor relevancia.

Ahora bien, en materia de violencia contra las mujeres, Chile ratificó la Convención Interamericana para Prevenir, Erradicar y Sancionar la Violencia Contra la Mujer (Convención Belém do Pará)¹ y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación de la Mujer (CEDAW)². Asimismo, en 2005, entró en vigencia la Ley N° 20.066 de Violencia Intrafamiliar, la cual consagra una serie de aportes relevantes relacionados con deberes del Estado en materia de protección, labor policial, régimen de sanciones y rol del Servicio Nacional de la Mujer (SERNAM) en el sistema penal. En materia de derechos indígenas, Chile ratificó el Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes³, el cual reconoce una serie de derechos colectivos políticos, territoriales y económicos, sociales y culturales de los

¹ Ratificada por el Estado de Chile con fecha 24/10/1996, promulgada mediante el Decreto N° 1640 de 1998 y publicada en el Diario Oficial con fecha 11/11/1998.

² Ratificada por el Estado de Chile con fecha 17/07/1980, promulgada mediante el Decreto N° 789 de 1989 y publicada en el Diario Oficial con fecha 09/12/1989.

³ Ratificado por el Estado de Chile con fecha 15/09/2008, promulgado mediante el Decreto N° 236 de 2008 y publicado en el Diario Oficial el 14/10/2008.

pueblos indígenas, entre ellos, el acceso a la justicia de sus miembros, tomando en cuenta además sus costumbres y derecho consuetudinario. En seguimiento a la implementación de estos compromisos internacionales, el Comité de la CEDAW recomendó al Estado de Chile en 2012, entre otras cosas: “21(b). 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 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 justicia”⁴.

La intersección de estos marcos normativos (mujeres y pueblos indígenas) trae consigo importantes desafíos para Chile, en el ámbito de las obligaciones que adquiere el Estado para garantizar los derechos humanos de las mujeres-indígenas a través de la administración de la justicia. En lo que respecta al derecho de acceso a la justicia, se hace necesaria una práctica judicial no sólo con perspectiva de género, sino que culturalmente sensible, que tome en consideración las distintas identidades y formas de dominación y exclusión que operan en la vida de las mujeres-indígenas.

En esta materia, las prácticas de los operadores de justicia en los últimos años han sido fuertemente cuestionadas. En particular, han habido importantes controversias en relación con la aplicación de justicia a mujeres-indígenas, entre las que destaca el caso de Gabriela Blas (pastora Aymara), condenada a 12 años de presidio mayor, por abandono con resultado de muerte de su hijo de tres años. Para muchos, este caso es un claro ejemplo de cómo el sistema de justicia hasta ahora ha sido incapaz de garantizar adecuadamente los derechos de las mujeres-indígenas, en la medida en que

⁴ CEDAW. Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto de Chile, adoptadas por el Comité en su 53° 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].

sigue primando la invocación de estereotipos y prejuicios, así como un amplio desconocimiento de las culturas indígenas en Chile.

Las controversias constatadas en el tratamiento de casos de mujeres-indígenas como el de Gabriela Blas, se han hecho también evidentes en el manejo y resolución de casos de violencia intrafamiliar denunciada por mujeres-indígenas y tramitadas en sede penal. En efecto, se ha constatado una tendencia reciente de los defensores penales públicos de solicitar, con base en la aplicación de los artículos 9 y 10 del Convenio 169 de la OIT, la procedencia de acuerdos reparatorios o conciliación entre víctimas e imputados mapuche, a pesar de estar vedado por la propia legislación sobre la materia (art. 19 de la Ley de Violencia Intrafamiliar). Algunos tribunales del país (incluidas la Corte de Apelaciones de Temuco y la Corte Suprema de Justicia) han admitido dicha solicitud, argumentando aplicación de la “costumbre indígena”. La Fiscalía de esa región, por su parte, se ha opuesto a la aplicación de tales acuerdos invocando las normas internacionales que garantizan a la mujer una vida libre de violencia. Para algunos sectores de la sociedad civil, la admisión de estos acuerdos reparatorios constituye una violación de los derechos de las mujeres-indígenas, ya que no se trataría de la costumbre indígena probada en juicio, sino de la aplicación de estereotipos sobre los roles de la mujer en situaciones de violencia. El propio INDH ha intervenido en uno de estos procesos a través de un *amicus curiae* solicitando la revocación del fallo que concedía el acuerdo⁵. Para dicha institución, existe una tensión entre los derechos de la mujer y los derechos colectivos de los pueblos indígenas, en la que deben primar los primeros.

El presente estudio se centra en la idea de generar espacios de diálogo y reflexión colectiva con el fin de fortalecer las capacidades de los operadores de justicia (fiscales y defensores penales) y de la sociedad civil, en la interpretación y aplicación integral

⁵ INDH. Amicus Curiae ante Corte de Apelaciones de Temuco, causa rol 388-2012, junio 2012. Disponible en: <<http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/114/violencia-contra-mujer-contexto-indigena-temuco?sequence=1>> [consulta: 09 de septiembre de 2013].

del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) para el adecuado tratamiento de casos de violencia intrafamiliar en que se vean afectadas mujeres-indígenas, desde una perspectiva de género y culturalmente sensible.

2. Estándares internacionales aplicables a la materia

A continuación, se analizarán los estándares internacionales referidos a la violencia contra las mujeres y los derechos de los pueblos indígenas, de manera tal de tener una base normativa y jurisprudencial que nos permita tener una visión amplia de las obligaciones del Estado, con el fin de que el tratamiento que se dé a los casos en que estén en tensión ambos derechos, tenga una respuesta integral con sustento en el DIDH.

2.1 Violencia contra la mujer

La Declaración sobre la Eliminación de la Violencia Contra la Mujer (ONU) entiende por violencia contra las mujeres: “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 privada” (artículo 1).

Por su parte, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer establece: La expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas políticas, económicas, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera (art 1).

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), existe un instrumento específicamente desarrollado para combatir la violencia contra las mujeres: la Convención Belém do Pará (1984), instrumento que reconoce el derecho que tienen las mujeres víctimas de violencia al acceso a la justicia en condiciones de igualdad.

Su artículo 1 dispone 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”, mientras que el artículo 2 señala: “Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica: a) que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual; b) que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y c) que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, dondequiera que ocurra”.

Por su parte, en el art. 7 se señalan las obligaciones específicas del Estado, dentro de las cuales es importante destacar algunas:

“Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en 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:

b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer;

f. establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos;

g. establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces

h. adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención”.

En el ámbito de los poderes judiciales de la región, en 2008, se suscribieron las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de Grupos en Situación de Vulnerabilidad. Es importante destacar algunas de ellas referidas al acceso a la justicia de las mujeres, en condiciones de igualdad:

Regla 1: “Las presentes Reglas tienen como objetivo garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna, englobando el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos que permitan a dichas personas el pleno goce de los servicios del sistema judicial”.

Regla 17: “La discriminación que la mujer sufre en determinados ámbitos supone un obstáculo para el acceso a la justicia, que se ve agravado en aquellos casos en los que concurra alguna otra causa de vulnerabilidad”.

Regla 18: “Se entiende por discriminación contra la mujer toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.

Regla 19: “Se considera 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, mediante el empleo de la violencia física o psíquica”.

Regla 20: “Se impulsarán las medidas necesarias para eliminar la discriminación contra la mujer en el acceso al sistema de justicia para la tutela de sus derechos e intereses legítimos, logrando la igualdad efectiva de condiciones. Se prestará una especial atención en los supuestos de violencia contra la mujer, estableciendo mecanismos eficaces destinados a la protección de sus bienes jurídicos, al acceso a los procesos judiciales y a su tramitación ágil y oportuna”.

El Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (CDH) emitió en relación con el artículo 3 del Pacto, la Observación General N° 28 (2000) sobre igualdad entre hombres y mujeres, en la que estableció una cuestión central para la interpretación de los derechos cuando su titular -en el caso concreto- es una mujer: es necesario reconocer que los factores culturales influyen en la discriminación contra la mujer. Al respecto, dispone que:

“La desigualdad que padecen las mujeres en el mundo en el disfrute de sus derechos está profundamente arraigada en la tradición, la historia y la cultura, incluso en las actitudes religiosas. (...) Los Estados Partes deben cerciorarse de que no se utilicen las actitudes tradicionales, históricas, religiosas o culturales como pretexto para justificar la vulneración del derecho de la mujer a la igualdad ante la ley y al disfrute en condiciones de igualdad de todos los derechos previstos en el Pacto”⁶.

Por su parte, el Comité de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW), en su Recomendación General N° 19 entendió que la definición de discriminación contra la mujer del artículo 1 de la Convención, abarca:

“[L]a violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada. Incluye actos que infligen daños o

⁶ CDH. Observación General No.28. Artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (La igualdad entre hombres y mujeres), 68° período de sesiones, U.N. Doc.HRI/GEN/1/Rev.7 at 207 (2000), párr.5.

sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad”⁷.

En el mismo sentido, en la Recomendación General N° 25 (2004) reconoce la situación de discriminación que sufre la mujer e insta a los Estados a que tomen medidas transformadoras al respecto “[L]os Estados Partes están obligados a hacer frente a las relaciones prevalecientes entre los géneros y a la persistencia de estereotipos basados en el género que afectan a la mujer no sólo a través de actos individuales sino también porque se reflejan en las leyes y las estructuras e instituciones jurídicas y sociales”⁸.

En el caso *A.T vs. Hungría* (2003) el mismo Comité CEDAW estableció que “en muchas ocasiones que las actitudes tradicionales según las cuales se considera a la mujer como subordinada al hombre contribuyen a la violencia contra ella”. Lo que permite constatar que frecuentemente el contexto dado por factores culturales incita a que se produzcan discriminaciones hacia las mujeres.

En el SIDH, tanto la Comisión (CIDH) como la Corte Interamericana (Corte IDH) se han referido en su jurisprudencia a la necesidad de que el Estado garantice el derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia y han calificado a la discriminación como una forma de violencia que debe ser erradicada del continente. Para poder comprender cabalmente los alcances de esta jurisprudencia, obligatoria para los Estados parte del SIDH, Chile entre ellos, haremos mención al desarrollo específico sobre violencia contra la mujer y también algunas referencias a los alcances generales de la obligación de garantía en tanto reacción frente a las violaciones graves de derechos humanos.

En el *Caso María da Penha vs. Brasil* (2001), la Comisión desarrolló su primer análisis respecto a la violencia contra la mujer y las dificultades de acceso a la justicia:

⁷ CEDAW. Recomendación General No.19, 11° período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 at 84 (1994), párr.6.

⁸ CEDAW. Recomendación General No. 25, 30° período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 319 (2004), párr.7.

“Dado que esta violación contra Maria da Penha forma parte de un patrón general de negligencia y falta de efectividad del Estado para procesar y condenar a los agresores, considera la Comisión que no sólo se viola la obligación de procesar y condenar, sino también la de prevenir estas prácticas degradantes. Esa ineffectividad judicial general y discriminatoria crea el ambiente que facilita la violencia doméstica, al no existir evidencias socialmente percibidas de la voluntad y efectividad del Estado como representante de la sociedad, para sancionar esos actos”⁹.

En este caso, la Comisión reconoce el carácter de violación estructural de la violencia contra las mujeres y la relación que ello tiene con su falta de acceso a la justicia.

El informe realizado por la Comisión *sobre Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia* (2007) da cuenta de que la situación de discriminación y violencia respecto a las mujeres es generalizada en las Américas:

“La CIDH ha podido constatar que la violencia y la discriminación contra las mujeres todavía son hechos aceptados en las sociedades americanas, lo cual se refleja en la respuesta y en el tratamiento de los casos de violencia por parte de los funcionarios de la administración de la justicia y de la policía. En consecuencia, es evidente la necesidad de que los Estados diseñen y fortalezcan programas de capacitación para funcionarios del sistema de justicia y de la policía sobre el problema de la violencia contra las mujeres como una grave violación a los derechos humanos y su obligación de ofrecer un trato digno y humano a las víctimas cuando intentan acceder a instancias judiciales”¹⁰.

La Comisión también en este informe hace ver las dificultades que existen para que las mujeres puedan acceder a los sistemas de justicia:

“La CIDH observa con especial preocupación la baja utilización del sistema de justicia por parte de las víctimas de violencia contra las mujeres y su persistente desconfianza en que las instancias judiciales sean capaces de remediar los hechos sufridos. Entre las

⁹ CIDH. Caso No. 12.051 Maria da Penha Maia Fernandez vs. Brasil, Informe 54/01 de 16 de abril de 2001, párr.56.

¹⁰ CIDH. Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas. OEA/Ser.L/V/II. Doc.68, 20 enero de 2007, párr.11.

razones acreditadas se encuentran la victimización secundaria que pueden recibir al intentar denunciar los hechos sufridos; la falta de protecciones y garantías judiciales para proteger su dignidad, seguridad y privacidad durante el proceso, así como la de los testigos; el costo económico de los procesos judiciales; y la ubicación geográfica de las instancias judiciales receptoras de denuncias. De la misma manera, la CIDH destaca con preocupación la falta de información disponible a las víctimas y sus familiares sobre la forma de acceder a instancias judiciales de protección y el procesamiento de los casos”¹¹.

Además de estos obstáculos, la Comisión identifica en su informe ciertas trabas o dificultades que afectan a las mujeres-indígenas en particular:

“La CIDH ha recibido de varias fuentes y mediante la implementación de los mecanismos del sistema interamericano, información sobre los obstáculos que enfrentan las mujeres indígenas para acceder a la justicia, generalmente relacionados con la exclusión social y discriminación étnica que han sufrido históricamente. A lo anterior, se une la dificultad que enfrentan las mujeres indígenas por la inaccesibilidad geográfica de los territorios indígenas. Para acceder a la justicia deben realizar largas caminatas de varios días inclusive, por tierra o por agua, para llegar a la ciudad más cercana a denunciar los hechos de violencia sufridos, lo que genera además dificultades de índole probatorio. La Comisión ha sido informada que los problemas de acceso a la justicia no terminan con la llegada a la ciudad, porque ahí enfrentan otros problemas; de tipo económico, de falta de información, de ubicación en contextos urbanos y de manera muy habitual denuncian que el desconocimiento del idioma utilizado en los tribunales de justicia impide acceder a ella”¹².

Por su parte, la Corte IDH ha señalado que en aquellos casos en que se han producido violaciones de los derechos y libertades convencionales, el Estado tiene el deber de actuar en el ámbito interno de forma tal que se determine la verdad de los hechos violatorios de la Convención, se juzgue y sancione a los responsables, y se repare a las

¹¹ *Ibidem*, párr.172.

¹² *Ibidem*, párr. 199.

víctimas. Todo ello en el entendido que las situaciones de impunidad pueden inducir a futuras violaciones de derechos humanos¹³.

En efecto, según el criterio de la Corte, en aquellos casos en que el Estado no cumpla con las obligaciones complementarias a que hemos hecho referencia, se estaría en una situación de impunidad que viola la obligación de garantía que pesa sobre los Estados. Al respecto, la Corte IDH ha señalado:

“[entendiéndose como impunidad] la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana, toda vez que el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares”¹⁴.

Incluso, la Corte ha señalado que la falta de respuesta del Estado puede provocar una situación de “impunidad crónica”:

“La Corte reconoce que en el presente caso impera la impunidad de los autores materiales e intelectuales responsables de los hechos. A la fecha de esta Sentencia, después de más de veintidós años de ocurridos los hechos del presente caso, no se ha identificado, juzgado y sancionado a los responsables de la desaparición forzada de Marco Antonio Molina Theissen. Por lo tanto, se ha configurado una situación de impunidad que constituye una infracción del deber del Estado al que se ha hecho referencia, lesiona a la víctima y a sus familiares y propicia la repetición crónica de las violaciones de los derechos humanos de que se trata”¹⁵.

¹³ C. Nash. Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho - Universidad de Chile, 2da ed.2009, pp. 67-78.

¹⁴ Corte IDH. Caso Paniagua y otros vs. Guatemala, párr. 173. En el mismo sentido, ver Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam, párr. 203.

¹⁵ Corte IDH. Caso Molina Theissen vs. Guatemala, párr. 79. En el mismo sentido ver: Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala, párr. 95; Caso Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala, párr. 126; Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, párr. 266; Caso Goiburú y otros vs. Paraguay, párr. 164; Caso

A modo de síntesis, la Corte IDH ha señalado que el deber de garantía pasa a constituir un deber de prevención:

"El deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales"¹⁶.

La Corte IDH, en la sentencia recaída en el caso *González y otras ("Campo Algodonero")*, tuvo oportunidad de referirse pormenorizadamente al estándar de la debida diligencia en materia de violencia contra las mujeres, estableciendo que:

"De todo lo anterior, se desprende que los Estados deben adoptar medidas integrales para cumplir con la debida diligencia en casos de violencia contra las mujeres. En particular, deben contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo y con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias. La estrategia de prevención debe ser integral, es decir, debe prevenir los factores de riesgo y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva a los casos de violencia contra la mujer. Asimismo, los Estados deben adoptar medidas preventivas en casos específicos en los que es evidente que determinadas mujeres y niñas pueden ser víctimas de violencia. Todo esto debe tomar en cuenta que en casos de violencia contra la mujer, los Estados tienen, además de las obligaciones genéricas contenidas en la Convención Americana, una obligación reforzada a partir de la Convención Belém do Pará (...)"¹⁷.

En virtud de la normativa y jurisprudencia analizada, podemos extraer los mínimos que son necesarios tener en consideración en los casos de violencia contra la mujer, de

Vargas Areco vs. Paraguay, párr. 153; Caso La Cantuta vs. Perú, párr. 222 y; Caso Escué Zapata vs. Colombia, párr. 165.

¹⁶ Corte IDH. Caso Godínez Cruz vs. Honduras, párr. 185 primera parte.

¹⁷ Corte IDH. Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México, párr.258.

manera de evaluar la legitimidad de la conducta desplegada por el Estado para enfrentar estos casos:

- Obligación de investigar los hechos de violencia, con participación de las víctimas, donde las autoridades no entorpezcan la investigación y de ser necesario se adopten medidas efectivas para fortalecer la capacidad investigativa del Estado.
- Evitar un mensaje de impunidad que pudiera ser entendido como una forma de tolerancia del Estado respecto de la violencia sufrida por las mujeres. Incluso, esta podría ser caracterizada en nuestra región como una suerte de “impunidad crónica” en palabras de la Corte.
- Finalmente, adoptar medidas que apunten efectivamente hacia de prevención de estas situaciones de violencia. Particularmente, desarrollando medidas de protección efectiva en casos de amenaza de violencia y de reparación cuando corresponda.

Como conclusión, podemos señalar que lo relevante en esta materia será determinar qué características especiales debe adoptar esta respuesta estatal en materia de violencia contra las mujeres de forma tal que dicha acción sea efectivamente preventiva. Este es un estándar de derechos humanos que el Estado no puede ignorar en la solución de conflictos de esta naturaleza.

2.2 Derechos de los pueblos indígenas

En el sistema de Naciones Unidas hay una norma específicamente dirigida a la protección de minorías. Al efecto, el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala:

“En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en

común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”.

Sin embargo, el Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes es el único instrumento internacional de carácter convencional que regula sistemáticamente los derechos de los pueblos indígenas, ya que si bien existe la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (DDPI) (2007), recordemos que ésta no es un tratado.

La influencia del Convenio N° 169 en Latinoamérica se ha reflejado en su carácter de modelo inspirador de reformas constitucionales y legales en la materia, y ha sido empleado e invocado por las propias comunidades y pueblos indígenas, órganos públicos y miembros de la sociedad civil, para defender los derechos e intereses de los miembros de estas comunidades. En este contexto, el Convenio ha sido aplicado tanto en la jurisprudencia internacional (por ejemplo, en el SIDH) y por los mecanismos propios de la OIT (procesos de diálogo y quejas), como por la jurisprudencia nacional.

Al ser este un tratado internacional (que contempla derechos, y por tanto obligaciones para el Estado en su aplicación) implica que se debe realizar una producción y adecuación de la normativa nacional y de las políticas públicas para cumplir con sus mandatos, a partir de su vigencia en Chile en 2009, luego de su ratificación en 2008.

El Tribunal Constitucional chileno, en el año 2000, declaró como autoejecutables las normas referidas a la consulta previa y el consentimiento libre e informado, sin embargo, declaró como programáticas la mayoría de las disposiciones del Convenio. Esta interpretación inicial, ha sido morigerada en las resoluciones de algunos tribunales, en las que se ha hecho aplicación íntegra del articulado (por ejemplo, la Corte Suprema ha utilizado el mismo concepto de territorio contemplado en el Convenio para analizar problemáticas referidas al derecho de propiedad)¹⁸.

¹⁸ Sentencia en el caso 2211-2012, interpuesto por la comunidad de los Huascoaltinos sobre el proyecto minero “El Morro”. En este caso la CS señala que si se va a desarrollar un proyecto minero en territorio

Al ser el Convenio 169 de la OIT, un tratado internacional que establece obligaciones positivas (acciones) y negativas (omisiones) para el Estado, el alcance que se debe dar a sus prescripciones normativas debe ir más allá de una mera enunciación formal de sus disposiciones en la argumentación que utilicen los fallos nacionales, sino que debe contemplar su aplicación sustantiva. En este sentido, es relevante el avance que ha tenido la jurisprudencia nacional, no sólo al aplicar disposiciones del Convenio 169 de la OIT en la fundamentación de ciertos fallos, sino también en orden a relacionar la dignidad del ser humano con el respeto a sus particularidades culturales y al deber de promoción que tiene el Estado respecto de los derechos humanos (Corte de Apelaciones de Temuco. Francisca Linconao con Forestal Palermo. Fallo recurso de protección Rol No.1773-2008, 16 de septiembre de 2009, considerandos 2° y 3°).

En este contexto, hay un acuerdo en que la efectividad y plenitud del goce de derechos por parte de miembros de comunidades indígenas pasa por el reconocimiento de sus particularidades culturales, en cuya base está su dignidad y autonomía.

Sobre esta base de respeto y reconocimiento a las particularidades culturales, el Convenio 169 de la OIT también contempla normas para interpretar ciertos tipos penales. El artículo 8 establece que *“al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario”*, asimismo el artículo 9.2 señala que *“Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia”*. De esta forma, en virtud del Convenio se puede argumentar un cambio en la aplicación de tipologías penales (por ejemplo, en lo referente a prácticas sexuales, abandono de menores y usurpación de tierras), y permite aplicar ciertas eximentes de responsabilidad y atenuantes (error de prohibición, estado de necesidad, etc.).

que pertenece a una comunidad indígena, debe realizarse una consulta previa en el marco del Convenio 169 de la OIT.

Respecto a la aplicación de normas consuetudinarias, cabe recordar que el Convenio 169 de la OIT establece en el artículo 8.2 que *“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”*, además, el artículo 9 consagra *“en la medida que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros”*. Finalmente, en la imposición de penas se debe tener en cuenta el factor cultural, así como preferir las penas no privativas de libertad (artículo 10). Con esto, se quiere recalcar que la aplicación diferenciada de ciertas normas, no implica una vulneración de los derechos fundamentales del sistema jurídico nacional, y en este sentido, la aplicación diferenciada deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

En conclusión, lo que está en la base del Convenio, es la obligación de realizar una interpretación culturalmente sensible de los derechos fundamentales cuando son ejercidos por miembros de pueblos indígenas, pues es la única forma en que éstos puedan gozar y ejercer sus derechos en condiciones de igualdad y no discriminación. Sin embargo, esta interpretación estará limitada porque la aplicación de los usos y costumbres indígenas no puede ser una excusa para violar los derechos humanos de los miembros de dichas comunidades, situación que se hace más evidente en el caso de mujeres indígenas.

Otro instrumento internacional relevante es la DDPI. Con la adopción por parte de la Asamblea General de la ONU, el 13 de Septiembre de 2007, de esta declaración, culmina un largo proceso de gestación normativa en el ámbito de los derechos de los pueblos indígenas.

La Declaración reconoce la “urgente necesidad de respetar y promover los derechos intrínsecos de los pueblos indígenas, que derivan de sus estructuras políticas, económicas y sociales y de sus culturas, de sus tradiciones espirituales, de su historia y de su concepción de la vida, especialmente los derechos a sus tierras, territorios y recursos” y se presenta como “un nuevo paso importante hacia el reconocimiento, la promoción y la protección de los derechos y las libertades de los pueblos indígenas” y proclama solemnemente este “ideal común que debe perseguirse en un espíritu de solidaridad y respeto mutuo”.

Más allá de la discusión sobre la fuerza vinculante de la Declaración, esta resolución internacional juega de todos modos un papel en el Derecho Internacional ya que esta será una guía orientadora utilizable para precisar el alcance y contenido de un derecho humano establecido en algún tratado.

Desde el punto de vista de la jurisprudencia internacional, uno de los desarrollos más importantes a considerar en esta temática es el que ha hecho la Corte IDH. Este tribunal ha sostenido que el Convenio 169 de la OIT forma parte del corpus iuris internacional en materia de derechos de los pueblos indígenas (Corte IDH. *Caso Yakye Axa vs Paraguay*, párr. 163), sirve para suplir los déficits de regulación nacional e internacional en ésta materia (Corte IDH. *Caso Yakye Axa vs Paraguay*, párr. 127, Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, párr. 117, Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, párr. 92), y sirve para complementar la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) (Corte IDH. *Caso Yakye Axa vs Paraguay*, párr. 151). Por tanto, debe tomarse en consideración a la hora de resolver casos que puedan tener impacto en miembros de comunidades indígenas.

La forma en que se produce esta complementariedad es a través de la interpretación. La interpretación particular que se debe dar a las normas jurídicas parte de un análisis en torno a la especial situación en que se encuentran los pueblos indígenas (pobreza y exclusión) y un factor cultural preponderante. La necesaria consideración de estos

elementos para garantizar, en condiciones de igualdad, el pleno goce y ejercicio de los derechos ha sido recalcada por la Corte IDH en el caso “*Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*”:

“Debido a que el presente caso trata sobre los derechos de los miembros de una comunidad indígena, la Corte considera oportuno recordar que, de conformidad con los artículos 24 (Igualdad ante la Ley) y 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la Convención Americana, los Estados deben garantizar, en condiciones de igualdad, el pleno ejercicio y goce de los derechos de estas personas que están sujetas a su jurisdicción. Sin embargo, hay que resaltar que para garantizar efectivamente estos derechos, al interpretar y aplicar su normativa interna, los Estados deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural. El mismo razonamiento debe aplicar la Corte, como en efecto lo hará en el presente caso, para valorar el alcance y el contenido de los artículos de la Convención Americana, cuya violación la Comisión y los representantes imputan al Estado”¹⁹.

Desde un punto de vista de las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos, cuando estamos frente a un caso en el que se puede ver afectado un titular de derechos humanos perteneciente a una comunidad indígena, debemos tener en consideración las particularidades culturales a la hora de interpretar las normas que apliquen al caso concreto y para ello el Convenio 169 es un instrumento obligatorio y la Declaración de NU sobre Derechos de los Pueblos Indígenas es una guía relevante.

Ello implica que el intérprete al momento de decidir el contenido y alcance de cada derecho y libertad, debe reparar en las particularidades culturales del titular de derechos. Esto a fin de determinar el contenido y alcance, así como la relevancia de los instrumentos a los que hemos hecho referencia: Convenio 169 de la OIT y Declaración de NU sobre Derechos de los Pueblos Indígenas.

¹⁹ Corte IDH. Caso Yakye Axa vs. Paraguay, párr. 51.

Asimismo, por expresa referencia de estos instrumentos, para aplicar correctamente estas particularidades culturales deben tomarse en consideración los usos y costumbres de la comunidad de la cual es miembro la persona indígena cuyos derechos están siendo interpretados.

2.3 Derecho de acceso a la justicia

Un tercer elemento a considerar en estos casos, es el derecho de acceso a la justicia. Esto es relevante en los casos que nos ocupan ya que, es en el marco del ejercicio de este derecho, específicamente en casos de violencia contra mujeres-indígenas, en el que se han producido controversias respecto a la procedencia de una forma alternativa de dar por terminado el conflicto sin sentencia definitiva que establezca responsabilidades del agresor y sanciones al mismo.

El derecho de acceso a la justicia no está establecido como tal en los tratados internacionales, es decir, este ha sido concebido a partir de la lectura conjunta de diversas disposiciones. Por ejemplo, en el SIDH, hay normas relevantes que permiten configurar este derecho, como son el artículo 25.1 y 8.1 de la CADH:

Artículo 25.1 “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”.

Artículo 8. Garantías Judiciales. “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

En este sentido, ha sido la jurisprudencia de los organismos de protección (en mayor medida el SIDH) la que ha desarrollado el contenido y alcance de este derecho a partir

de las obligaciones que emanan de los artículos 1.1, 8 y 25 de la CADH. En relación con el acceso a la justicia, las Reglas de Brasilia (2008) nos ofrecen un instrumento que busca garantizar dicho derecho referido a personas en “situación de vulnerabilidad”, interesándonos enfatizar aquí los referidos a pueblos indígenas y mujeres, ya que son ellos quienes se ven directamente afectados por las barreras económicas y culturales además de la discriminación.

En el SIDH ha habido un profundo desarrollo del derecho de acceso a la justicia. Mencionaremos algunos elementos que nos parece fundamental tener en consideración para resolver el tema que nos convoca.

En términos generales, este derecho obliga al Estado a proporcionar a toda persona la posibilidad de acceder a los mecanismos necesarios para la protección de sus derechos. Siendo más precisos, el derecho de acceso a la justicia contempla el derecho de toda persona a accionar, en instancias judiciales o de otro tipo²⁰, para tutelar sus derechos y solucionar sus controversias, a fin de alcanzar una respuesta acorde a derecho y ejecutable, obtenida ante un órgano competente, independiente e imparcial, luego de un procedimiento en el que se cumpla con las garantías de un debido proceso que asegure la igualdad de condiciones entre las partes que participan en él²¹. Como se observa, este derecho no se reduce al acceso a los tribunales, sino que también comprende el derecho a un procedimiento llevado a cabo de acuerdo a las garantías del debido proceso y a una respuesta conforme a derecho, que se ejecute de forma efectiva.

Por otra parte, debemos resaltar que el acceso a la justicia es un derecho que, como todos, debe ser ejercido y gozado en condiciones de igualdad. Esto implica que el Estado debe garantizar que las personas que forman parte de grupos en condición de

²⁰ Veremos en el apartado 4.1.1. que siempre debe existir la instancia judicial como opción para las personas que estimen que se han vulnerado sus derechos por parte de un órgano no judicial.

²¹ P. Acosta. El derecho de acceso a la justicia en la jurisprudencia interamericana. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo, Bogotá, 2007, p. 50.

vulnerabilidad puedan ejercer este derecho de manera equivalente a los demás. Por este motivo, es necesario, para cumplir con los compromisos internacionales, que el Estado asuma un rol activo y adopte un conjunto de medidas especiales que permitan que ciertos sujetos en situación desventajada, como las mujeres-indígenas, puedan acceder efectivamente a la justicia para la protección de sus derechos.

La Corte IDH ha configurado el derecho de acceso a la justicia, en parte, a partir del artículo 8.1²², entendiendo que las garantías consagradas en este artículo sólo pueden desenvolver su fin protector si antes se garantiza, en igualdad de condiciones, el acceso de las personas a los tribunales o cualquier otro órgano que ejerza jurisdicción. De esta forma, el artículo 8 consagra dos aspectos importantes del derecho al acceso a la justicia: el derecho a la acción y el derecho a que el procedimiento se siga de acuerdo a las garantías que componen el debido proceso. En este sentido, la Corte IDH ha señalado:

“Esta disposición [artículo 8.1] de la Convención consagra el derecho de acceso a la justicia. De ella se desprende que los Estados no deben interponer trabas a las personas que acudan a los jueces o tribunales en busca de que sus derechos sean determinados o protegidos. Cualquier norma o medida del orden interno que imponga costos o dificulte de cualquier otra manera el acceso de los individuos a los tribunales, y que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia, debe entenderse contraria al precitado artículo 8.1 de la Convención”²³.

El otro derecho utilizado por la Corte IDH para configurar el derecho de acceso a la justicia es el numeral 1 del artículo 25 de la CADH. Para la Corte, este artículo obliga a los Estados a establecer en sus jurisdicciones un recurso efectivo ante violaciones a los derechos humanos y también consagra el derecho de acceso a la justicia en su sentido

²² Como veremos más adelante la Corte da forma plena a este derecho a partir, también, del artículo 25 de la CADH, que consagra el derecho a la tutela judicial de los derechos fundamentales.

²³ Corte IDH. Caso Cantos vs. Argentina, párr. 50.

amplio, es decir, todos los escenarios posibles de acceso a la administración de justicia²⁴.

En el mismo sentido, el sistema de Naciones Unidas, a partir del artículo 2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, pone hincapié en la necesidad de que los recursos judiciales sean efectivos y accesibles, es decir, que puedan cumplir con su función de tutela de derechos fundamentales. Para el Comité del Pacto, estos recursos deben tener en cuenta la condición de vulnerabilidad de ciertos grupos de personas:

“En el párrafo 3 del artículo 2 se dispone que, además de proteger eficazmente los derechos reconocidos en el Pacto, los Estados Parte habrán de garantizar que todas las personas dispongan de recursos accesibles y efectivos para reivindicar esos derechos. Esos recursos se deben adaptar adecuadamente para tener en cuenta la vulnerabilidad especial de ciertas clases de personas, en particular los niños”²⁵.

La jurisprudencia interamericana, respecto del ejercicio de este derecho por parte de miembros de comunidades indígenas, ha tenido especial énfasis en recalcar la importancia de la efectividad. Por ejemplo, en el caso *Comunidad Mayagna Sumo Awas Tigni vs. Nicaragua* (2001), si bien la legislación interna de Nicaragua contemplaba recursos, la Corte llega a la conclusión que, respecto del caso específico, esto es, la delimitación y demarcación de territorio indígena, la legislación interna “no establece un procedimiento específico para la demarcación y la titulación de las tierras ocupadas por comunidades indígenas, atendiendo a sus características particulares”.

A juicio de la Corte, para el caso de la propiedad indígena era necesario un procedimiento específico, que atendiera a las características especiales de la propiedad indígena. Por último, para comprobar la violación del derecho convencional, la Corte IDH tiene en consideración un aspecto factual, cual es, que en Nicaragua no se

²⁴ *Ibidem*, párr. 52.

²⁵ CDH. Observación General No.31. Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los estados partes en el Pacto, 80º período de sesiones, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 29 de marzo de 2004, párr.15.

han titulado tierras de carácter indígena. Todos estos elementos la hacen concluir que “no existe un procedimiento efectivo para delimitar, demarcar y titular las tierras comunales indígenas”.

A juicio de la Corte, para dar efectividad a los recursos y conforme lo preceptuado en el artículo 1.1 de la CADH, el Estado debía asegurarse de diseñar y consagrar normativamente un recurso eficaz y asegurar la debida aplicación de dicho recurso por parte de sus autoridades judiciales. La sentencia concluye su análisis en los siguientes términos:

“La Corte considera que es necesario hacer efectivos los derechos reconocidos en la Constitución Política y en la legislación nicaragüense, de conformidad con la Convención Americana. En consecuencia, el Estado debe adoptar en su derecho interno, de conformidad con el artículo 2 de la Convención Americana, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de la propiedad de los miembros de la Comunidad Mayagna Awas Tingni, acorde con el derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres de ésta”²⁶.

En los casos Comunidad Indígena Yakye Axa y Comunidad Indígena Sawhoyamaxa, el tema era la efectividad de los procedimientos de reivindicación de tierras. La Corte señaló que dichos procedimientos debían ser efectivos y tramitados de acuerdo con las normas del debido proceso. En particular, en el caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa la Corte entró al análisis del procedimiento administrativo diseñado por el Paraguay para la reivindicación de tierras. Estableció que este no reunía los requisitos mínimos conforme a la Convención Americana. En efecto, la Corte señaló que dicho procedimiento tenía un énfasis en aspectos económicos y que no consideraba el elemento central que debe tenerse en cuenta al resolver casos sobre propiedad indígena: elemento cultural. Además, el procedimiento solo contemplaba un rol mediador de la autoridad estatal, sin que esta tuviera facultades resolutorias, lo

²⁶ Corte IDH. Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, párr.138.

que le quitaba efectividad al procedimiento. Finalmente, señaló que dicho procedimiento estaba basado en gestiones administrativas (informes) que eran de cargo del Estado impulsar, lo que no ocurría en la práctica.

De esta forma, la Corte concluyó en dicho caso, que a la luz de la obligación general del art. 1.1 de la CADH, queda establecida la obligación del Estado de tomar todas las medidas necesarias en el derecho interno para crear un mecanismo eficaz que tenga en consideración los aspectos culturales involucrados para un real goce y ejercicio del derecho a la propiedad indígena.

En este sentido, estas conclusiones pueden ser extrapoladas a las obligaciones que tiene el Estado de asegurar efectivamente todo derecho de las comunidades indígenas a través de mecanismos eficaces y que tengan en consideración las particularidades culturales propias de las etnias del continente.

No puede dejar de mencionarse el hecho de que los recursos para hacer exigibles los derechos reconocidos a los pueblos indígenas deberán ser culturalmente accesibles, esto es, en cuanto a su presentación y tramitación. Deberán adecuarse a las tradiciones comunitarias, a la lengua, a las formalidades propias de la cultura y ser resueltos de acuerdo con un procedimiento adecuado a los fines perseguidos. Si no se cumple con estos requisitos, los recursos no debieran ser considerados adecuados para la efectiva protección de los derechos indígenas.

Al respecto, en el caso *Fernández Ortega y otros vs. México*, sobre una mujer indígena que fue violada sexualmente por militares que se encontraban en el Estado de Guerrero en el marco de la lucha contra la delincuencia organizada, la Corte IDH consideró que la imposibilidad de denunciar el delito de que fue objeto y de recibir información en su idioma en los momentos iniciales “implicó, en el presente caso, un trato que no tomó en cuenta la situación de vulnerabilidad de la señora Fernández Ortega, basada en su idioma y etnicidad. Con base a lo anterior, la Corte considera que el Estado incumplió su obligación de garantizar, sin discriminación, el derecho de

acceso a la justicia”²⁷. Y luego agregó que “(...) reitera que durante la investigación y el juzgamiento, el Estado debe asegurar el pleno acceso y capacidad de actuar de la víctima en todas las etapas. En un caso como el presente en el que la víctima, mujer e indígena, ha tenido que enfrentar diversos obstáculos en el acceso de la justicia, el Estado tienen el deber de continuar proporcionando los medios para que la víctima acceda y participe en las diligencias del caso, para lo cual debe asegurar la provisión de intérprete y apoyo desde una perspectiva de género, en consideración de sus circunstancias de especial vulnerabilidad”²⁸.

3. Acuerdos reparatorios en casos de violencia contra mujeres-indígenas en el marco de relaciones familiares

Tras el análisis de los estándares internacionales aplicables a la materia (violencia contra la mujer, pueblos indígenas y derecho de acceso a la justicia), corresponde estudiar el marco normativo y la jurisprudencia referida a la problemática que nos preocupa: acuerdos reparatorios en casos de violencia contra la mujer indígena en el marco de relaciones familiares.

El tema que provoca la discusión en este estudio es la aprobación de acuerdos reparatorios (AR) en casos de violencia doméstica, pese a que existe prohibición expresa de dichos acuerdos en conformidad a la legislación nacional. El fundamento para aprobar dichos acuerdos en la jurisprudencia, ha sido considerar las particularidades culturales de los involucrados en los casos de violencia, esto es, miembros de comunidades indígenas mapuches, y que es un hecho público y notorio que los miembros de dichas comunidades resuelven sus conflictos mediante la negociación.

²⁷ Corte IDH. Caso Fernández Ortega vs. México, párr. 201.

²⁸ Corte IDH. Caso Fernández Ortega vs. México, párr. 230.

Técnicamente, en los casos de acuerdos reparatorios, lo que se debate es la aplicación del artículo 19 de la ley de Violencia Intrafamiliar (VIF) al delito de lesiones leves que, por ocurrir en el ámbito familiar, son menos graves. El Código Procesal Penal (CPP) señala los casos de aceptación de los AR incluye las lesiones menos graves.

El artículo 19 de la ley de VIF dispone:

“Improcedencia de acuerdos reparatorios. En los procesos por delitos constitutivos de violencia intrafamiliar no tendrá aplicación el artículo 241 del Código Procesal Penal”.

Por su parte, el artículo 241 del CPP regula los acuerdos reparatorios, señalando que:

“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 (...)”.

Estas normas, para resolver casos en que se han visto involucradas mujeres-indígenas, han sido leídas en conjunto con los artículos 8 y 9 del Convenio 169 de la OIT, que como reseñábamos, regulan la utilización de la costumbre indígena en el ámbito penal. En efecto, el artículo 8 señala que *“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 ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes”; mientras que el artículo 9 se refiere a la utilización de los métodos tradicionales de resolución de conflictos: “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”.

A continuación, analizaremos los diversos debates que se generan en la jurisprudencia nacional, a propósito de la aplicación de esta normativa a casos donde son mujeres-indígenas las afectadas por violencia intrafamiliar. Es decir, aquellos casos en que – basados en la supuesta costumbre indígena- se han aprobado acuerdos reparatorios en casos de violencia intrafamiliar y aquellos que –sobre la base de la especialidad de la ley de VIF y los derechos de la mujer- se ha rechazado dicha alternativa.

3.1. Cortes de Apelaciones

i. Sentencias que aprobaron los acuerdos reparatorios

El fallo más representativo de la jurisprudencia que ha aprobado los acuerdos reparatorios en la Corte de Apelaciones de Temuco, en el marco de casos de violencia intrafamiliar donde las afectadas son mujeres-indígenas, es la sentencia del recurso de apelación, rol 581-2012²⁹. En este caso los argumentos centrales fueron:

²⁹ Corte de Apelaciones de Temuco. Rol 581-2012, 2 de agosto de 2012.

1. Tanto la víctima como el imputado pertenecían al pueblo mapuche, conforme a la ley 19.253, artículo 2 (apellidos indígenas).
2. Que el hecho controvertido es la norma jurídica que debe primar: por una parte la aplicación de acuerdos reparatorios, pese a que se encuentra prohibido por el artículo 19 de la Ley 20.066 y por otra parte, la aplicación del Convenio 169, norma que a juicio de la Corte es “de rango superior y que obliga a respetar los métodos de resolución de conflictos de los pueblos originarios”.
3. Establece un criterio probatorio relevante. Señala que “es un hecho público y notorio en esta Región, que las personas de la etnia mapuche, históricamente han resuelto sus conflictos, incluso algunos de mayor gravedad que los que motivan esta causa, mediante la negociación, por cuanto es propio de su cultura resolver de esta manera los conflictos, razón por la cual resulta plenamente aplicable el Convenio 169 ya referido por sobre la Ley 20.066” (considerando 3).
4. Por último, hace una referencia a los efectos que tendría continuar con el proceso penal y señala: “... actuar de otra manera, impidiendo el término del conflicto de la forma que se ha producido, implicaría desintegrar a una familia que ha podido recomponerse mediante una solución que les parece justa, lo que estaría en contradicción con el Convenio ya referido que obliga a fortalecer la integración de los pueblos, más aún cuando de esta manera se contribuye a cumplir con el interés superior de fortalecer la familia de acuerdo a lo que establece la Constitución Política de la República”.
5. Por último, hace expresa referencia a los artículos 9 y 10 del Convenio 169 de la OIT.

ii. Sentencias que rechazan los acuerdos reparatorios

En otros casos, se han rechazado los acuerdos reparatorios por la Corte de Apelaciones, fundándose dichas sentencias también en la primacía del Convenio 169 de la OIT y, particularmente, en el límite que este mismo Convenio establece a la aplicación de la costumbre indígena, cual es, la legislación interna. En este caso, la legislación interna prohibiría este tipo de acuerdos.

Los principales argumentos del tribunal son³⁰:

1. Un argumento de equidad que haría improcedente una interpretación que permitiera los acuerdos reparatorios. Establece el tribunal: “Que, desde el punto de vista de la pura equidad, repugna aceptar que el marido pueda causar lesiones a su mujer sin que exista sanción impuesta por el ordenamiento jurídico. Un acuerdo reparatorio carece de seriedad si se considera que las más de las veces la mujer acepta el perdón del agravio con tal de mantener la unidad del hogar” (considerando 5°).
2. En segundo lugar, establece que las normas relativas a la protección de la mujer frente a la violencia, son parte de los límites que el sistema legal interno establece a la aplicación del Convenio: “Que en el caso de autos el artículo 9 del citado Convenio N°169 establece un límite para la represión de los delitos cometidos por sus miembros. Ese límite es `el ordenamiento jurídico Nacional`. En efecto, nuestro ordenamiento jurídico contiene el artículo 19 N°1 y 3 de nuestra Carta Base; además de los derechos internacionalmente reconocidos y ratificados por nuestro país. Entre estos últimos destaca la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. No debe olvidarse que esta última convención afirma que `la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades

³⁰ Los argumentos citados corresponden a: Corte de Apelaciones de Temuco. Rol 220-2013, 3 de mayo de 2013.

fundamentales y limita total o parcialmente a la mujer el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades” (considerando 6°).

3. Que este sería un límite legal, cualquiera sea la etnia de la mujer (considerando 7°).

4. Terminado su razonamiento, la Corte de Apelaciones, hace referencia a las siguientes normas: artículo 9 del Convenio N°169 de la OIT, artículo 19 de la Ley N°20.066, y artículo 19 N°1 y 3 de la Constitución Política.

3.2. Corte Suprema

En contra de los jueces de la Corte de Apelaciones de Temuco que dictaron una resolución que aprobó los acuerdos reparatorios³¹, se interpuso un recurso de queja ante la Suprema Corte. Este tribunal, conociendo del recurso, lo rechazó y dejó a firme la resolución³²:

A continuación, transcribiremos los principales considerandos de este fallo, para dar cuenta de su línea argumental:

“3° Que la primera cuestión que se evidencia del recurso, es que tanto ante el Juez de Garantía de Lautaro como ante la Corte de Apelaciones de Temuco, se discutió sobre la procedencia y/o aplicación del Convenio 169 de la OIT al caso concreto, en relación a dos cuestiones fundamentales: primacía de esa norma por sobre la ley especial de violencia intrafamiliar, o, de contrario, de aquel Convenio sobre esa Ley; y, luego, dos cuestiones de prueba: si los involucrados pertenecían o no a la etnia mapuche y cuál sería el sistema de resolución de conflictos en ésta.

“4° Que, claramente, la primera cuestión es de interpretación jurídica, puesto que ha de razonarse en torno a si el Convenio, en cuanto tratado internacional incorporado al ordenamiento jurídico interno, lo hace como ley común o con rango constitucional, de

³¹ Corte de Apelaciones de Temuco. Rol 955-2011, 27 de octubre de 2011.

³² Corte Suprema. Rol 10635-2011, 4 de enero de 2012.

modo que sólo en este último caso pudiera tener preeminencia sobre la ley 20.066. Pudiera también generarse discusión en torno a la especialidad de los cuerpos normativos, puesto que uno atiende al hecho y el otro, a los sujetos. Pero, sea cual sea la discusión, el tema es de interpretación legal.

“5° Que, de otra parte, la segunda cuestión, que corresponde a una de prueba, efectivamente no fue abordada por el Juez de Garantía de Lautaro, pero sí lo fue por la Corte de Apelaciones de Temuco, cuyos integrantes, conociendo de un recurso de revisión de hechos y de derecho, se encontró en situación de completar el fallo en esa parte y así lo hizo, puesto que precisó que los involucrados pertenecían a la etnia mapuche, por así estar dispuesto en el artículo 2° de la ley 19.253 y, luego, que es un hecho público y notorio en esa zona que los mapuches solucionan sus conflictos a través de la negociación, en cuya virtud bien podían arribar como solución satisfactoria para todos ellos, a una disculpa pública.

“6° Que en este escenario, ocurre que en cuanto se impugna una cuestión de interpretación, esta Corte ha resuelto en fallos anteriores que no corresponde hacer uso de la vía disciplinaria cuando la supuesta grave falta o abuso se hace consistir en una determinada interpretación jurídica, puesto que la simple circunstancia de no compartirse los razonamientos de los jueces no puede en ningún caso conformar una falta o abuso, siempre que se hayan señalado los motivos o razones por los cuales se ha concluido de una u otra forma, que es lo que ha ocurrido en la especie.

“Además, y en lo que atañe a las cuestiones probatorias, los argumentos que se han esgrimido por la Corte –disposición legal y hecho público y notorio en la zona- son válidos y, por ende, no susceptibles de revisión en esta sede.

“7° Que, en consecuencia, no se advierte de los antecedentes de autos que se haya incurrido en la grave falta o abuso que se reclama, por lo que esta acción disciplinaria no puede prosperar.” (Corte Suprema, rol 10635-2011, 04 de enero de 2011).

En resumen, la Corte sostiene:

1. La supremacía del Convenio 169 por sobre la ley de VIF, permite la aplicación de la costumbre. La C.S. entendió que era un problema de interpretación, y que hacían bien los jueces en su labor interpretativa al aplicar de manera preferente el Convenio.
2. Cuestiones de orden probatorio que era necesario resolver:
 - a. Si los involucrados efectivamente pertenecen al pueblo indígena mapuche y
 - b. Si efectivamente este es el sistema de resolución de conflictos de los mapuches.
3. La Corte Suprema comparte la opinión de la Corte de Apelaciones, en orden a que por aplicación del art. 2° de la ley indígena, los apellidos son suficientes para aplicar el Convenio 169 de la OIT.

En cuanto a si se trataba o no de una costumbre mapuche, también comparte la opinión de que es un hecho público y notorio la solución por medio de negociación y considera que ésta puede ser una disculpa pública a la afectada. El voto de minoría, señala que efectivamente no hay un problema de interpretación, que no hay obscuridad en los preceptos involucrados, pero que debe primar la ley de VIF. Señala que el objetivo de la norma que prohíbe los acuerdos reparatorios es igualar la inexistencia de igualdad entre víctima y victimario y la constatación de que los avenimientos han sido inadecuados para enfrentar esta violencia intrafamiliar. Además, se sostiene que el artículo 9 del Convenio 169 establece como límite expreso a la aplicación de la costumbre, su incompatibilidad con el ordenamiento jurídico nacional

3.3. Temas relevantes que surgen de ambas soluciones y la errada perspectiva de solución de alternativas excluyentes

De los argumentos expuestos en la jurisprudencia analizada, es relativamente clara la controversia: si se aplican los acuerdos reparatorios por considerar preferente la aplicación del Convenio 169 y la utilización de la costumbre indígena como método de

resolución de conflictos; o aplicar la ley de VIF en cuanto ésta establecería límites a la aplicación del Convenio. Estas soluciones, claramente dan cuenta de una perspectiva construida sobre alternativas excluyentes, que no parece una perspectiva correcta para resolver el conflicto.

En efecto, considerando los diferentes aspectos que concurren en estos casos, entendemos que estamos ante una situación compleja, cual es, la intersección en estos casos de diversas formas de discriminación de las mujeres-indígenas. No es posible resolver el aparente conflicto entre la legislación sobre violencia contra la mujer y las normas de respeto de la costumbre indígena haciendo primar una sobre la otra. Es necesario buscar una fórmula que valore ambos elementos, ya que ambos son constitutivos de la esencia de la titular de derechos: ser mujer y ser indígena.

Además, hay un elemento relevante del cual los fallos de mayoría en uno y otro sentido no se han hecho cargo y es que estamos ante un caso de trato diferenciado respecto de la mujer indígena y para que este trato sea legítimo es necesario dar razones que lo justifiquen.

Finalmente, es necesario tener en consideración que el intérprete está obligado a realizar un ejercicio de control de convencionalidad, esto es, analizar en el caso concreto cuál es la interpretación que de mejor forma garantiza los derechos humanos de los sujetos involucrados y da fiel cumplimiento a las obligaciones internacionales del Estado. Este ejercicio, en la jurisprudencia analizada, no se ha realizado a cabalidad, pues el optar por un camino u otro de manera absoluta, deja fuera del análisis muchos elementos que deben ser tomados en consideración a la hora de resolver el conflicto: el intérprete debe hacerse cargo de que estamos ante una situación compleja que requiere una respuesta que considere al titular de derecho como un todo: mujer e indígena.

4. Propuesta integradora

A continuación, queremos esbozar algunos antecedentes que es necesario tener en consideración a la hora de formular una propuesta para solucionar estos casos en los que aparentemente colisionan los derechos colectivos de los pueblos indígenas con los que tienen las mujeres-indígenas como derechos individuales. Para ello, tendremos presente la particular situación que viven las mujeres-indígenas, marcadas por la discriminación estructural en el goce y ejercicio de los derechos; las medidas que debe adoptar el Estado en estos casos y luego, resumiremos las bases de una interpretación sistemática pro persona que nos permita compatibilizar la efectividad de la protección de la mujer en casos de violencia doméstica y el cumplimiento de los compromisos internacionales del Estado de Chile.

4.1 Discriminación múltiple que afecta a las mujeres-indígenas

La discriminación y la violencia no afectan siempre en la misma medida a todas las mujeres, ya que algunas están expuestas al menoscabo de sus derechos en base a más de un factor de riesgo³³. La interacción simultánea de varios motivos de discriminación en un mismo sujeto, como lo son el sexo combinado con la etnia, la raza, la situación socioeconómica o la orientación sexual, entre otras, posee un efecto multiplicador de las consecuencias de la violencia y la discriminación y les hace particularmente vulnerables a ellas³⁴.

En ese sentido, la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer expresa preocupación “por el hecho de que algunos grupos de mujeres, como por

³³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. “Estándares jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el sistema interamericano de derechos humanos: desarrollo y aplicación”, publicado el año 2011, OEA Ser.L/V/II.143 Doc.60,párr. 28.

³⁴ C. Chacartegui. Mujer, discriminación múltiple y exclusión social. En: O. Pérez de la Fuente. (ed.) Mujeres: Luchando por la igualdad, reivindicando la diferencia. Madrid, Dykinson, 2010, pág. 41.

ejemplo las mujeres pertenecientes a minorías, las mujeres-indígenas, las refugiadas, las mujeres migrantes, las mujeres que habitan en comunidades rurales o remotas, las mujeres indigentes, las mujeres recluidas en instituciones o detenidas, las niñas, las mujeres con discapacidades, las ancianas y las mujeres en situaciones de conflicto armado son particularmente vulnerables a la violencia”³⁵.

Por su parte, la Convención de Belém do Pará, tomando en cuenta esta cuestión, dispone en su artículo 9, que para la adopción de las medidas que establece en el Capítulo III (artículos 7 y 8) “(...) los Estados Partes tendrán 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. En igual sentido se considerará a la mujer que es objeto de violencia cuando está embarazada, es discapacitada, menor de edad, anciana, o está en situación socioeconómica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad”.

Esta situación de discriminación múltiple debe ser un elemento central al momento de interpretar el contenido y el alcance de los derechos humanos de las mujeres-indígenas, en este caso el derecho de acceso a la justicia en situaciones de violencia intrafamiliar.

4.2. Discriminación estructural que afecta a las mujeres-indígenas víctimas de violencia

Para resolver adecuadamente un caso en que la titularidad de derechos radique en una mujer indígena, debemos prestar atención al contexto en el que dicha mujer goza y ejerce sus derechos. Por ello, es relevante a los efectos de nuestro estudio, explicar por qué sostenemos que las mujeres-indígenas son víctimas de una situación de violación sistémica de sus derechos.

Para caracterizar las violaciones sistémicas o estructurales de derechos, se debe tener en consideración que en estos casos es la organización del Estado (la institucionalidad) la que permite y facilita las violaciones de los derechos y libertades fundamentales de ciertos grupos de la población (situación de los niños y niñas, indígenas, migrantes y las mujeres). Además, estas estructuras jurídicas y políticas funcionan sobre la base de ciertos estándares culturales que hacen posible mantener vigentes dichas prácticas violatorias, en particular, la invisibilización de los derechos de los grupos desprotegidos. Por tanto, los esfuerzos para hacer frente a estas violaciones deben apuntar tanto a las condiciones jurídicas y políticas, como a las culturales que hacen posible que estas violaciones sistémicas ocurran.

Nos parece que la violencia contra las mujeres-indígenas se ubica justamente dentro de este último grupo de violaciones. A continuación, haremos un esbozo con los argumentos que pueden darse en este sentido.

Cuando hablamos de violencia contra las mujeres-indígenas estamos refiriéndonos a la violación de derechos a las mujeres pertenecientes a un cierto grupo o colectivo en tanto miembros de éste. En los casos de violencia doméstica, es posible ver normalmente la violación de diversos derechos humanos consagrados convencionalmente, tales como, vida, integridad personal, debido proceso, recurso judicial efectivo, entre otros. El grupo se define de manera amplia, son las mujeres-indígenas como parte de un colectivo, pero donde los actos de violencia son individuales y en contextos particulares, cual es, el doméstico. En cuanto a la respuesta, esta es uniforme por parte de los Estados: omisión de sus obligaciones de prevención y garantía y traspaso de responsabilidad a las víctimas. De ahí que sea posible concluir en este punto que las violaciones de derechos humanos que sufren las mujeres-indígenas en contextos de violencia doméstica, tienen directa relación con las estructuras político-institucionales y jurídicas que actúan en conjunto con patrones culturales que permiten la perpetuación de estas violaciones.

El punto sobre la respuesta del Estado, en este caso debe ser ampliado, porque es un aspecto central de la violencia doméstica que sufren las mujeres-indígenas. El aspecto central en este tema, es que la violencia contra las mujeres, en particular, la violencia doméstica no son casos individuales sino que obedecen a una práctica y esa práctica puede llegar a constituir un cierto patrón sistemático de conducta, además se considera que la violencia domestica si bien vulnera derechos individuales debe ser asumido como un problema de orden público y no privado. En efecto, la respuesta del Estado no es una negligencia individual, sino que un patrón de conducta frente a los casos de violencia en contra de la mujer. Más que una presunta actitud o falla psicológica de los agentes del poder público, lo que realmente es determinante es la *conducta objetiva* del Estado (la debida diligencia para evitar violaciones de los derechos humanos). Se puede, así, ciertamente llegar a la configuración de la responsabilidad del Estado a partir de la violación de sus obligaciones internacionales convencionales en materia de protección de los derechos humanos. Sobre dicha responsabilidad reposa el deber de prevención³⁶.

Un segundo elemento que debe tenerse en cuenta en los casos de violencia estructural, es el cultural, que en este caso cumple un doble rol: por una parte, provoca la invisibilización de la violencia como una violación de derechos humanos y por otra, es causa basal de la violencia misma. Esto es central en los casos de violencia contra mujeres-indígenas. Sobre la invisibilización de la violencia contra las mujeres en general como una situación de violación de sus derechos humanos no asumida como tal es particularmente relevante respecto de las mujeres-indígenas, ya que su situación sufre un doble efecto, en tanto mujer y en tanto indígena.

En el caso *Inés Fernández Ortega vs. México*, la Corte IDH señala:

“(…) En general, la población indígena se encuentra en una situación de vulnerabilidad, reflejada en diferentes ámbitos, como la administración de justicia y los servicios de salud, particularmente, por no hablar español y no contar con intérpretes, por la falta

³⁶ Corte IDH. Voto disidente del Juez A. A. Cançado Trindade, Caso El Amparo (reparaciones), párr. 21.

de recursos económicos para acceder a un abogado, trasladarse a centros de salud o a los órganos judiciales y también por ser víctimas de prácticas abusivas o violatorias del debido proceso. Lo anterior ha provocado que integrantes de las comunidades indígenas no acudan a los órganos de justicia o instancias públicas de protección de los derechos humanos por desconfianza o por miedo a represalias, situación que se agrava para las mujeres indígenas puesto que la denuncia de ciertos hechos se ha convertido para ellas en un reto que requiere enfrentar muchas barreras, incluso el rechazo por parte de su comunidad y otras “prácticas dañinas tradicionales”³⁷.

Y a continuación agrega:

“Entre las formas de violencia que afectan a las mujeres en el estado de Guerrero se encuentra la `violencia institucional castrense`. La presencia del ejército cumpliendo labores policiales en Guerrero ha sido un tema controvertido en relación con los derechos y libertades individuales y comunitarias, y ha colocado a la población en una situación de gran vulnerabilidad, afectando a las mujeres de una manera particular. De acuerdo con la Secretaría de la Mujer del estado de Guerrero “[l]as mujeres indígenas siguen padeciendo las consecuencias de una estructura patriarcal ciega a la equidad de género, especialmente en instancias como fuerzas armadas o policiales, donde se les entrena para la defensa, el combate o el ataque a criminales, pero no se les sensibiliza en los derechos humanos de la comunidad y de las mujeres”³⁸.

4.3 Medidas para erradicar la violencia exigibles del Estado

Frente a estos casos de violaciones estructurales de derechos humanos, la respuesta que se exige del Estado se hace más intensa y más específica.

En primer lugar, corresponde se tomen las medidas generales de garantía. En este sentido, se deberán adoptar las medidas internas para la difusión de los derechos y su

³⁷ Corte IDH. Caso Fernández Ortega vs. México, párr.78.

³⁸ *Ibidem*, párr.79.

conocimiento por parte de los agentes del Estado y la ciudadanía. Se debe garantizar que esta información sea culturalmente accesible a las mujeres-indígenas.

En segundo lugar, en caso de ciertas características del titular de derecho o en caso de situaciones de violaciones de derechos humanos la Corte Interamericana ha señalado que el Estado debe adoptar medidas especiales destinadas a asegurar el pleno goce y ejercicio de los derechos. En efecto, la Corte, al fijar los alcances de los derechos ha establecido como criterio general, que las obligaciones del Estado deben ser analizadas a la luz de cada situación particular y, por tanto, “los supuestos de incumplimiento deberán determinarse en cada caso en función de las necesidades de protección (...)”³⁹. A objeto de no incurrir en responsabilidad internacional y dar cumplimiento a la obligación positiva antes señalada, surgen para el Estado “deberes especiales, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como extrema pobreza o marginación y niñez”⁴⁰.

Respecto de las mujeres que viven situaciones de violencia, la Corte ha señalado la obligación del Estado de tomar medidas de debida diligencia:

“La Corte considera que el deber de investigar efectivamente, siguiendo los estándares establecidos por el Tribunal tiene alcances adicionales cuando se trata de una mujer que sufre una muerte, maltrato o afectación a su libertad personal en el marco de un contexto general de violencia contra las mujeres. En similar sentido, la Corte Europea ha dicho que cuando un ataque es motivado por razones de raza, es particularmente importante que la investigación sea realizada con vigor e imparcialidad, teniendo en cuenta la necesidad de reiterar continuamente la condena de racismo por parte de la sociedad y para mantener la confianza de las minorías en la habilidad de las autoridades de protegerlas de la amenaza de violencia racial. **El criterio anterior es totalmente**

³⁹Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, párr. 117. El caso trata la desaparición forzada y la ejecución extrajudicial, entre otros delitos, de los habitantes del corregimiento de Pueblo Bello a manos de un grupo de paramilitares.

⁴⁰*Ibidem*, párr. 154.

aplicable al analizarse los alcances del deber de debida diligencia en la investigación de casos de violencia por razón de género”⁴¹.

En el caso *Rosendo Cantú y otra vs. México*, en que la víctima (directa) era una niña indígena, la Corte IDH sostuvo:

“La Corte anteriormente ha señalado que, de conformidad con el artículo 19 de la Convención Americana, el Estado debe asumir una posición especial de garante con mayor cuidado y responsabilidad, y debe tomar medidas o cuidados especiales orientados en el principio del interés superior del niño. En tal sentido, el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y a los derechos de los niños, en consideración a su condición particular de vulnerabilidad. De conformidad con sus obligaciones convencionales, efectivamente, el Estado debió haber adoptado medidas especiales a favor de la señora Rosendo Cantú, no sólo durante la denuncia penal, sino durante el tiempo en que, siendo una niña, estuvo vinculada a las investigaciones ministeriales seguidas con motivo del delito que había denunciado, máxime por tratarse de una persona indígena, pues los niños indígenas cuyas comunidades son afectadas por la pobreza se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad. La obligación de proteger el interés superior de los niños y niñas durante cualquier procedimiento en el cual estén involucrados puede implicar, *inter alia*, lo siguiente: i) suministrar la información e implementar los procedimientos adecuados adaptándolos a sus necesidades particulares, garantizando que cuenten con asistencia letrada y de otra índole en todo momento, de acuerdo con sus necesidades; ii) asegurar especialmente en casos en los cuales niños o niñas hayan sido víctimas de delitos como abusos sexuales u otras formas de maltrato, su derecho a ser escuchados se ejerza garantizando su plena protección, vigilando que el personal esté capacitado para atenderlos y que las salas de entrevistas representen un entorno seguro y no intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado, y iii) procurar que los niños y niñas no sean interrogados en más ocasiones que las necesarias para evitar, en la medida de lo posible, la revictimización o un impacto traumático en el niño”⁴².

⁴¹ Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, párr.293.

⁴² Corte IDH. Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, párr. 201.

En síntesis, la lectura de los derechos, desde la situación real en que se encuentra su titular, puede obligar al Estado a adoptar medidas especiales para garantizar efectivamente el pleno goce y ejercicio de los derechos en condiciones de igualdad.

5. Interpretación pro persona

Como punto de partida sabemos que la interpretación en materia de derechos humanos tiene particularidades, y dentro de este sistema, el principio *pro persona* cumple variadas funciones como: a) Preferencia interpretativa, y b) Preferencia normativa; pero, además tiene un límite, pues no puede ser interpretado de tal forma que afecte el equilibrio del sistema. Si bien el objetivo es llegar a una interpretación integral, que permita el pleno goce y ejercicio de los derechos para casos difíciles, donde los titulares presentan características particulares, o el contexto es determinante, esta interpretación no puede afectar la coherencia del sistema.

Este principio se encuentra consagrado en las normas específicas sobre interpretación de los tratados de derechos humanos, y que consagra la interpretación acorde a los objetivos y fines de los tratados, su carácter dinámico y su integralidad.

En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 5.2 dispone:

“No podrá admitirse restricción alguna o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado”.

Por su parte, el Tratado regional americano recoge en su artículo 29 estos criterios hermenéuticos:

“Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) Permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b) Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- c) Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d) Excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

Como sabemos, la esencia y base sobre la cual se construye el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es justamente la efectividad en la protección de los Derechos Humanos, de modo que si tomamos en consideración las herramientas que nos entrega el Derecho Internacional, en especial, el criterio que nos dice que se debe interpretar la norma internacional en consideración del objeto y fin del Tratado, puede concluirse que la interpretación debe ser siempre a favor del individuo titular de derechos.

La primera aplicación del principio *pro persona*, es la preferencia interpretativa, y es la principal que utiliza la Corte. Su alcance se refleja en la Opinión Consultiva N°5:

“La anterior conclusión se deduce claramente del artículo 29 de la Convención, que contiene las normas de interpretación, cuyo literal b) indica que ninguna disposición de la Convención, puede ser interpretada en el sentido de: Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados.

"En consecuencia, si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona

humana. Si la propia Convención establece que sus regulaciones no tienen efecto restrictivo sobre otros instrumentos internacionales, menos aún podrán traerse restricciones presentes en esos otros instrumentos, pero no en la Convención, para limitar el ejercicio de los derechos y libertades que ésta reconoce”⁴³.

Esta preferencia interpretativa tiene dos manifestaciones: a) La interpretativa extensiva de los derechos, y b) La interpretativa restringida de los límites.

La interpretación extensiva tiene tres manifestaciones. En primer lugar, que el principio pro persona debe ser una guía en el sentido de que los derechos deben ser interpretados de la manera más amplia posible, para dar efectividad a su concreción en el caso en cuestión y dotar a la norma de un efecto útil, para que logre garantizar el goce y ejercicio de los derechos de las personas. La segunda manifestación de esta interpretación extensiva son aquellos casos en que existe más de una interpretación posible de un texto. En este caso, debe preferirse aquella que de mejor manera respete y garantice el pleno goce y ejercicio de derechos. Una tercera manifestación de la interpretación extensiva serían aquellos casos en los cuales la norma es contraria a la CADH y no es posible su interpretación conforme al tratado. En dichos casos de acuerdo con el principio pro persona la norma podría ser inaplicada en el asunto en concreto.

En cuanto a la interpretativa restringida de los límites, es posible señalar que la Convención de Viena (1969) dispone que uno de los elementos para interpretar los tratados lo constituye el fin y el objeto, (que en el caso de los tratados que nos ocupan apunta a la protección de los derechos humanos), como consecuencia la interpretación de dichos convenios siempre debe hacerse a favor del individuo. Así, los límites legítimos de las obligaciones del Estado (básicamente suspensiones y restricciones de derechos) siempre deben de interpretarse de manera taxativa. El equilibrio de la interpretación se obtiene orientándolo en el sentido más favorable al destinatario y

⁴³ Corte IDH. OC-5/85, La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana Sobre Derechos Humanos), 13 de noviembre 1985, párr.52.

respetando el principio de proporcionalidad en la afectación de los derechos. Otro punto que hay que tener en consideración es que este principio se aplica no sólo en relación con las normas sustantivas de los tratados de derechos humanos (es decir, las que contienen disposiciones sobre los derechos protegidos), sino también en relación con las normas procesales. Pues siempre se debe preferir aquella interpretación que mejor garantice un efecto útil, es decir, que sea una eficaz garantía de los derechos de la persona tanto en el ámbito sustantivo como procedimental.

El segundo uso que tiene este principio, se refiere a la preferencia de normas, que a su vez tiene dos manifestaciones: a) preferencia de la norma más protectora, b) la conservación de la norma más favorable.

La preferencia normativa, aporta una solución práctica de gran importancia respecto al supuesto de colisión de normas como ocurre en la materia que nos ocupa. Esta interpretación desplaza la tradicional discusión sobre la jerarquía de las normas; ya que teniendo como fin último la protección de los derechos de la persona, lo que importa es la aplicación de la norma que mejor dé vigencia a los derechos humanos, sin importar la posición que ocupe en el entramado jurídico. Cuando el principio se manifiesta de la primera manera, mediante la aplicación de la norma más protectora, permite al juez seleccionar de entre varias normas concurrentes o al menos de entre dos normas, aquella que su contenido ofrezca una protección más favorable a la persona o aquella que contenga de manera más especializada la protección que se requiere para el individuo o víctima en relación con sus derechos humanos. Y cuando el principio se manifiesta mediante la conservación de la norma más favorable, se añade un elemento de temporalidad, ya que se trata de casos en los que una norma posterior puede dejar sin aplicación o incluso derogar una norma anterior de igual o inferior jerarquía, ya sea de manera expresa o tácita con el fin de proteger de mejor manera los derechos humanos.

Finalmente, debemos señalar que este mecanismo no se puede utilizar ilimitadamente, pues tiene un límite: la integridad del sistema⁴⁴. Exceder dicho límite recurriendo al principio *pro persona* ocasiona justamente el efecto adverso al buscado con su aplicación, pues el sentido del principio es orientar la interpretación de la norma en el sentido más favorable a la persona humana, ya sea interpretando los derechos de la forma más amplia posible, o interpretando de manera restringida los límites.

En conclusión, en los casos que nos preocupan, debemos preferir aquellas interpretaciones que restrinjan de menor manera los derechos y deberán concurrir argumentos fuertes para aceptar dichas restricciones. Asimismo, debemos preferir aquella interpretación que sea coherente con la situación compleja en que se encuentran las mujeres-indígenas que sufren violencia doméstica y han accedido a la justicia ordinaria.

6. Criterios normativos para resolución de casos de violencia contra mujeres que sean culturalmente sensibles

Finalmente, atendiendo los elementos que hemos presentado, nos parece que estamos en condiciones de señalar cuál debiera ser el razonamiento que nos permita resolver estos casos relativos a la procedencia o improcedencia de los acuerdos reparatorios en casos de violencia contra las mujeres-indígenas.

Para ello, vamos a desarrollar dos argumentos, por una parte, cuál es la base de un razonamiento culturalmente sensible; por otra, de qué forma debemos resolver un caso de trato diferenciado atendido el razonamiento culturalmente sensible. Finalmente, propondremos algunos criterios normativos que permitan la aplicación de esta solución frente a casos concretos.

⁴⁴ Así lo estableció la Corte en el Asunto Viviana Gallardo y otras, donde afirma: “En consecuencia, el equilibrio de la interpretación se obtiene orientándola en el sentido más favorable al destinatario de la protección internacional, siempre que ello no implique una alteración del sistema”. (Corte IDH. Asunto Viviana Gallardo y otras, No.101/81, 13 de noviembre de 1981, párr.16).

6.1. Interpretación culturalmente sensible

Una interpretación culturalmente sensible pasa por considerar el contexto en el que se desarrollan las comunidades indígenas y las particularidades culturales de sus titulares a la hora de interpretar sus derechos. Esta es la única forma en que los miembros de las comunidades indígenas pueden gozar y ejercer sus derechos y libertades en condiciones de igualdad y no discriminación. Esta ha sido la forma en que la Corte y la Comisión están abordando el tema indígena en la actualidad y es perfectamente compatible con las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos.

Esta interpretación no excluye la posibilidad de conflictos entre derechos individuales y el interés de la comunidad. En efecto, es posible que el reconocimiento de ciertos usos y prácticas culturales de los miembros de pueblos indígenas genere situaciones que afecten los derechos humanos de quienes componen la comunidad indígena o de quienes se relacionan con ésta. Este es el problema central, ya que de no mediar la especial valoración de los usos y costumbres de las comunidades indígenas, este interés no podría imponerse respecto de los derechos humanos de aquellos que entran en conflicto con los intereses de la comunidad.

Sobre esta materia se pronunció la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *caso Yatama vs. Nicaragua*:

“La Corte estima que el Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que los miembros de las comunidades indígenas y étnicas de la Costa Atlántica de Nicaragua puedan participar, en condiciones de igualdad, en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que inciden o pueden incidir en sus derechos y en el desarrollo de dichas comunidades, de forma tal que puedan integrarse a las

instituciones y órganos estatales y participar de manera directa y proporcional a su población en la dirección de los asuntos públicos, así como hacerlo desde sus propias instituciones y de acuerdo a sus valores, usos, costumbres y formas de organización, siempre que sean compatibles con los derechos humanos consagrados en la Convención⁴⁵.

Esta es una base, pero debe ser profundizada. En efecto, la teoría de los derechos humanos nos da la posibilidad de establecer límites legítimos al pleno goce y ejercicio de los derechos. Es decir, afirmar que el goce y ejercicio de los derechos fundamentales en condiciones de igualdad tiene límites, y que estos están dados por la imposibilidad -en este ejercicio- de afectar ilegítimamente los derechos humanos de los miembros de las comunidades y de las personas que interactúan con ellas.

Esto es iluminador para enfrentar conflictos que se puedan suscitar al interior de las comunidades indígenas. Estos son los casos más difíciles de resolver y por tanto, requieren una especial sensibilidad, por una parte, para hacerse cargo de las particularidades culturales y permitir la plena expresión del pluralismo y por la otra, que el sistema normativo resulte en una efectiva protección de los derechos de quienes se encuentran en una situación de vulnerabilidad al interior de las comunidades indígenas. En este sentido, respuestas simplificadas, donde siempre prima la costumbre o lo que las autoridades comunitarias consideran como costumbre, sin considerar los derechos humanos de que son titulares los individuos, no son aceptables si nos tomamos en serio los derechos humanos. Los derechos humanos son un límite al poder, incluso un límite al poder de las comunidades indígenas. Un claro ejemplo de esto es la mutilación genital femenina, en este caso, si esta es una costumbre de la comunidad, es una costumbre que el Estado no puede legitimar y la comunidad tendrá que cambiar dicha costumbre sin posibilidad de escudarse en el pluralismo jurídico para legitimarla. En el mismo sentido, la protección frente a la violencia contra las mujeres debe ser un límite infranqueable donde las costumbres

⁴⁵ Corte IDH. Caso Yatama vs. Nicaragua, párr.225.

culturales no pueden justificar dichas prácticas. Por ello es que la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia Contra la Mujer (ONU) dispone que “[l]os 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” (artículo 4).

La segunda cuestión es determinar los requisitos que deben cumplirse respecto de los derechos que sí pueden ser limitados. Parece razonable considerar que algunos derechos pueden ser limitados legítimamente, cuando su pleno ejercicio pueda poner en riesgo la existencia de la comunidad o la preservación de usos y costumbres que son esenciales para su sobrevivencia. En este sentido, una sociedad democrática que valora la diferencia y el pluralismo, debe tener en consideración este elemento a la hora de ponderar los conflictos entre derechos, por una parte de la persona y por otra, de la comunidad. Podrían ser atendibles restricciones de derechos que apunten a preservar particularidades culturales de la comunidad, por ejemplo, el derecho de propiedad colectiva, prácticas religiosas, uso de lenguaje tradicional, entre otros.

El tema de la legitimidad de los acuerdos reparatorios, pese a la prohibición explícita en la legislación chilena, nos plantea la problemática del pluralismo jurídico, específicamente, la influencia de la interpretación culturalmente sensible en el goce y ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas. Una manera de ejercer los derechos en condiciones de igualdad y no discriminación, consiste en superar el paradigma de la neutralidad en la interpretación, incorporando la situación de vulnerabilidad que afecta a las comunidades indígenas y el factor cultural preponderante al análisis. La consideración de estos elementos permite que la aplicación neutral de las normas, que genera situaciones de discriminación, se atenúe y vaya en la línea de una interpretación evolutiva de los derechos que permita dar concreción al principio de universalidad.

Para lograr el pleno goce y ejercicio de los derechos es necesario tener en cuenta las particularidades culturales y la forma de goce y ejercicio a partir de las condiciones en que viven las comunidades indígenas. Esto permite -en ciertos casos- un trato diferenciado justificado, por ejemplo, la aplicación de medidas de acción afirmativa. Esta es la aplicación concreta del principio de universalidad, entendido como la plena realización de los derechos de todos y todas, incluidos los miembros de las comunidades indígenas.

Al efecto, la CIDH en su informe *sobre Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia* (2007), sostuvo que:

“El acceso a la justicia de las mujeres indígenas implica por un lado, el acceso a la justicia del Estado y por otro, el reconocimiento y respeto del derecho indígena; ambos sistemas deben ser compatibles con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. La CIDH ha expresado la necesidad de que los Estados instauraren y apliquen un sistema judicial acorde con la diversidad cultural existente en los países, así como mecanismos que permitan reconocer y promover efectivamente el derecho indígena, conforme a sus normas tradicionales, tomando como parámetro las normas internacionales sobre derechos humanos”.⁴⁶

Vimos, sin embargo, que esta salida no está exenta de complicaciones y por esto es importante recalcar que este ejercicio de los derechos sin discriminación, no puede implicar afectaciones a los derechos humanos de los miembros de las comunidades indígenas, particularmente, porque ellos se encuentran en una situación de vulnerabilidad en el goce y ejercicio de sus derechos. En este sentido, la necesidad de establecer límites es necesaria desde la teoría de los derechos humanos, para precisamente dar efectividad al principio de universalidad y protección, cuidando no desnaturalizar el derecho consuetudinario indígena ni imponer restricciones que impliquen el desconocimiento de la existencia de sociedades multiculturales. Esta es la aplicación, asimismo, del principio de universalidad, pero ahora al interior de las

⁴⁶ CIDH. Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas. OEA/Ser.L/V/II. Doc.68, 20 enero de 2007, párr. 200.

comunidades indígenas. La aplicación de los usos y costumbres indígenas, no pueden ser una excusa para violar los derechos humanos de los miembros de dichas comunidades, en particular, de aquellos tradicionalmente excluidos, como mujeres, niños y niñas y personas con capacidades distintas.

6.2. Trato diferenciado e interpretación culturalmente sensible

La cuestión que nos parece medular en materia de acuerdos reparatorios es si existe alguna justificación para tratar distinto a las mujeres-indígenas que sufren violencia de aquellas mujeres no indígenas que la sufren. Sabemos que la forma más genérica de infracción al derecho de igualdad es que se produzca una situación que afecte el derecho que tienen las personas a un igual trato por parte de la autoridad, esto es, que a través de una acción u omisión se haga una diferencia (exclusión, preferencia, u otra forma) entre dos sujetos que están en una situación comparable. También sabemos que es posible que un trato diferenciado en algunos casos sea legítimo, pero esta no es una facultad discrecional del Estado, sino que al efecto deben concurrir tres elementos: objetividad, razonabilidad de dicho trato diferenciado y que busque un fin legítimo. El mismo Comité de Derechos Humanos lo ha expresado en los siguientes términos:

“[E]l Comité observa que no toda diferenciación de trato constituirá una discriminación, si los criterios para tal diferenciación son razonables y objetivos y lo que se persigue es lograr un propósito legítimo en virtud del Pacto”⁴⁷.

Por tanto, cada vez que la autoridad incurra en una acción diferenciadora respecto de sujetos que se encuentren en una situación comparable, deberá acreditar que la medida se basa en una decisión objetiva y no sujeta a la discrecionalidad de la autoridad; que tiene un propósito legítimo, y lo serán únicamente aquellos que son aceptados por los instrumentos de derechos humanos; y, finalmente, que sea

⁴⁷ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS. Comentario General N° 18: No Discriminación. 11 de Septiembre 1989, en U.N. Doc.: HRI/GEN/1/Rev.7, de 12 de mayo de 2004, párr. 13.

razonable, entiendo por tal una medida necesaria, adecuada, conducente y proporcional.

La segunda forma de infracción al derecho de igualdad son los casos en que la autoridad trata de la misma forma a sujetos que se encuentran en una situación disímil. En estos casos la autoridad está obligada a tomar medidas diferenciadas que permitan a todos los titulares del derecho de igualdad su goce y ejercicio en condiciones de igualdad. De ahí que no sólo se justifiquen estas medidas, sino que estas son obligatorias para la autoridad. En este sentido se ha pronunciado la Corte Interamericana:

“Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe tener en cuenta los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas”⁴⁸.

En síntesis, las formas de afectación del derecho de igualdad consisten en acciones u omisiones que implican un trato desigual a los iguales, salvo que dicha medida sea objetiva, razonable y persiga un fin legítimo; y, acciones u omisiones que consistan en un trato igual a los desiguales, esto es, que no se tomen medidas eficaces para establecer mínimas condiciones para un ejercicio de derechos en condiciones equivalentes.

⁴⁸ Corte IDH. Caso Baldeón García vs. Perú, párr. 202.

6.3. Criterios de validación del trato diferenciado respecto de mujeres-indígenas que sufren de violencia

La controversia que se pueda generar con motivo de una aplicación diferenciada de la ley penal (posibles colisiones de derechos), siempre debe tener presente que los criterios hermenéuticos que se utilicen sean los propios del sistema de derechos humanos, y que el límite a esta aplicación se da cuando se constatan vulneraciones a estos derechos.

Los desafíos de una interpretación diferenciada de derechos respecto de titulares indígenas, siempre será un tema difícil para el intérprete. Sin embargo, una de las tareas de los operadores de justicia es realizar una aplicación e interpretación de la ley que tienda a la efectividad del sistema de protección de los derechos humanos. En esta perspectiva, hay que tener presente que el pluralismo en el contexto de una sociedad democrática debe ser una guía en el actuar, al valorar la dignidad de cada individuo y su autodeterminación como base para la no discriminación.

Respecto de estos desafíos, el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de Naciones Unidas se constituyen como una guía de interpretación fundamental a la hora de incorporar los derechos de los pueblos indígenas a cualquier tipo de decisión jurisdiccional o de políticas públicas. Asimismo, es uno de los principales elementos del corpus iuris internacional en materia de derechos de los pueblos indígenas y sirve para suplir el déficit de regulación nacional e internacional en este ámbito. En la materia que nos convoca, es una poderosa herramienta para promover cambios personales e institucionales que garanticen una mejor defensa penal a imputados indígenas en el marco de un proceso penal.

Específicamente en materia de acuerdos reparatorios, estamos ante una situación donde nos debemos preguntar si es objetivo y destinado a un fin legítimo y razonable el trato diferenciado que viven las mujeres-indígenas cuyos casos de violencia llegan a la justicia penal. Parece objetivo, ya que el razonamiento que han utilizado los tribunales, aplica este criterio diferenciado considerando la pertenencia de los

involucrados a algún pueblo indígena conforme a la legislación vigente. Es posible sostener que este trato diferenciado persigue un fin legítimo que es la valoración de los usos y costumbres indígenas a la hora de resolver conflictos entre sus miembros.

Lo que merece una mayor atención es la razonabilidad de la medida. Para que un trato diferenciado sea razonable es necesario que sea: necesario, conducente y proporcional. La necesidad de este trato diferenciado puede ser justificada, ya que estamos ante un interés legítimo de considerar las particularidades culturales del contexto en que se desenvuelven las mujeres-indígenas, por lo que es necesario tomar en cuenta si una solución de la legislación común las pone o no en un estatus conflictivo respecto de su comunidad. Esta es una cuestión que debiera ser demostrada en cada caso concreto. Además, se debe demostrar la conducencia de la medida, por ello, en estos casos debe acreditarse que la solución en el ámbito interno de la comunidad permite proteger a la mujer de que una situación de este tipo no se repita, esto es, que la respuesta implica una sanción seria y que no envía un mensaje de impunidad.

Finalmente, es necesario que se demuestre que este trato diferenciado es proporcional, esto es, que la afectación del derecho de las mujeres-indígenas es la menor posible para lograr satisfacer el interés opuesto (colectivo). En este caso se debe demostrar que el trato diferenciado satisface un interés concreto de la comunidad, que es su sobrevivencia cultural, única forma en que pueda justificarse que la respuesta penal frente a la violencia contra la mujer indígena no siga el camino que seguiría en caso de que la víctima de la misma no sea indígena. Por tanto, en el caso concreto no solo debiese demostrarse la costumbre, sino que además, que este es un elemento cultural sensible y valorado por la comunidad y que su incumplimiento pone en riesgo su supervivencia. Esta exigencia fuerte dice relación con el derecho que se va a afectar, que es el de una medida de protección a las mujeres que sufren violencia doméstica.

Sólo en la medida que concurra en cada caso cada uno de estos elementos, podríamos justificar un trato diferenciado respecto de las mujeres-indígenas.

Analicemos la aplicación de este razonamiento a los casos concretos en Chile. En aquellos fallos que aceptan los acuerdos, no basta con invocar la legislación indígena, es necesario que se establezca claramente en el caso concreto la razonabilidad de la medida. Es decir, sería necesario que en el caso concreto se establezca la efectividad de la medida para proteger los derechos de las mujeres-indígenas víctimas de violencia. Para ellos es necesario acreditar en cada caso que en la comunidad a la que pertenece la mujer indígena existe un uso y costumbre que permite la resolución de casos de violencia a través de una sanción y que se han tomado medidas para su no repetición. Además, debe quedar claramente establecido que la mujer indígena ha considerado dicho proceso como suficiente.

Por su parte, en aquellos fallos que rechazan los acuerdos también hay algunas cuestiones a considerar. En estos casos se deberá establecer que no se ha acreditado la existencia de un uso y costumbre que signifique una respuesta eficaz frente al caso de violencia concreto que está siendo sometido a la consideración de la justicia. Y que si este uso y costumbre ha sido probado y la mujer indígena lo ha aceptado libremente, se debe establecer claramente cuáles son las razones para no valorarlo como suficiente y dar argumentos suficientes de que esta decisión del tribunal no pone en riesgo la supervivencia cultural de la comunidad.

Un caso interesante en el derecho comparado –que sigue estos criterios- es el del pueblo Kiwcha del Chimborazo, Ecuador. En la práctica de esta comunidad indígena se dan 4 elementos de cumplimiento de estándares cuando se hace justicia en comunidad: a) hay una reacción de la comunidad frente al hecho de afectación de derechos de las mujeres; por lo general, las familias de las partes son las primeras en intervenir. De no llegar a un acuerdo se acude al Cabildo, b) la repuesta comunitaria incluye careos entre las partes y la decisión por parte de la comunidad. El proceso se lleva a cabo con participación de ambas partes involucradas, testigos y familiares. Una

vez que se llega a un acuerdo ambas partes firman un acta en el que el agresor se compromete a no cometer nuevamente la conducta después de cumplir una sanción que fue impuesta por el cabildo y, c) finalmente, como una forma de cumplir el acta y los compromisos a los que se llegó en el proceso, se nombra a alguien de la familia que pueda garantizar que ello se cumpla.

De esta forma, vemos que es posible generar acuerdos en los que no se vulnere el derecho individual de las mujeres ya que ellas son escuchadas y el agresor sancionado. Se cumple también el ejercicio del derecho propio del pueblo indígena ya que esta forma de aplicar justicia es reconocida por la constitución Ecuatoriana y los operadores de justicia, compatibilizando así ambas esferas del derecho: los individuales con los colectivos.

7. Conclusiones

La aplicación de acuerdos reparatorios en casos de violencia intrafamiliar en contra de mujeres-indígenas ha planteado una situación compleja que evidencia la necesidad de instaurar una práctica judicial con perspectiva de género y culturalmente sensible que garantice el derecho de acceso a la justicia sin discriminación a las mujeres-indígenas, y que tome en consideración las distintas identidades y formas de dominación y exclusión que operan sus vidas.

Las mujeres-indígenas reúnen en sí mismas –al menos- dos motivos de discriminación: el sexo y la etnia. El ser mujer e indígena constituyen elementos constitutivos de la esencia de estas titulares de derechos y determinan la intersección de dos marcos normativos (los referidos a los derechos de las mujeres y a los derechos de los pueblos indígenas), no siendo posible hacer primar uno por sobre el otro.

La judicialización en sede penal de casos de violencia contra mujeres-indígenas ha planteado la controversia de si se deben aplicar los acuerdos reparatorios por considerar preferente la aplicación del Convenio 169 y la utilización de la costumbre indígena como método de resolución de conflictos, o si por el contrario, se debe

aplicar la ley de VIF (y su prohibición de adoptar estos acuerdos) en cuanto ésta establecería límites a la aplicación del Convenio. Sin embargo, no pueden darse soluciones binarias en que un sistema prima sobre el otro, ya que las mujeres-indígenas pertenecen a ambos y, por tanto, es necesario compatibilizarlos.

Con el objeto de generar espacios de diálogo y reflexión colectiva y de fortalecer las capacidades de operadores de justicia y de la sociedad civil, a lo largo del presente estudio se han entregado diferentes herramientas cuyo uso –esperamos- permitirá realizar una interpretación y aplicación integral del DIDH en los casos de violencia contra mujeres-indígenas, desde una perspectiva de género y culturalmente sensible.

Esquemáticamente podemos resumir dichas pautas en las siguientes:

1. Hay estándares internacionales respecto de violencia contra las mujeres, derechos de pueblos indígenas y acceso a la justicia en condiciones de igualdad que el Estado chileno se encuentra obligado a cumplir.
2. La situación de violencia contra mujeres-indígenas merece una especial atención ya que no sólo sufren de violencia sistémica como todas las mujeres de la región, sino que su situación se agrava por su pertenencia a pueblos indígenas que también sufren de discriminación estructural y exclusión social.
3. Los casos sobre procedencia o no de los acuerdos reparatorios no pueden ser resueltos sobre una base de alternativas excluyentes en que un sistema prima sobre el otro, ya que las mujeres-indígenas pertenecen a ambos y, por tanto, es necesario compatibilizarlos.
4. Para resolver estos casos, es necesario una interpretación pro persona que sea culturalmente sensible y que tome en consideración la condición de mujer y de indígena de la víctima de violencia.

5. Esta interpretación debe servir de base para determinar si el trato diferente de que son objeto las mujeres-indígenas que sufren violencia es legítimo en una sociedad democrática multicultural.

6. La razonabilidad de la medida de trato diferenciado deberá acreditar en cada caso que existe un uso y costumbre en la comunidad a la que pertenece la mujer víctima de violencia que da una mejor solución a la situación de violencia, que dicho uso y costumbre satisface a la víctima y que da garantías de no repetición. Acreditándose estos elementos, la mantención de la prohibición del acuerdo reparatorio, deberá basarse en hechos concretos para fundamentar que dicho rechazo no pone en riesgo las particularidades culturales de dicha comunidad.

8. Anexos

8.1 Extractos de jurisprudencia nacional

Corte de Apelaciones de Temuco. Rol 955-2011, sentencia de 27 de octubre de 2011.

1. Que consta del mérito de los antecedentes, que tanto víctimas como imputado tienen apellidos indígenas, de manera que su calidad de tal es indiscutida atendido lo previsto en el artículo 2° de la Ley 19.253.

2. Que en consecuencia, la controversia en estos autos consiste en determinar si pueden los intervinientes arribar a acuerdos reparatorios, pese a que se encuentra prohibido por el artículo 19 de la Ley 20.066 y ello por aplicación del Convenio 169, norma de rango superior y que obliga a respetar los métodos de resolución de conflictos de los pueblos originarios.

3. 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, razón por la cual resulta plenamente aplicable el Convenio 169 ya referido por sobre la Ley 20.066.

4. Por otra parte, actuar de otra manera, impidiendo el término del conflicto de la forma que se ha producido, implicaría desintegrar a una familia que ha podido recomponerse mediante una solución que les parece justa, lo que estaría en contradicción con el Convenio ya referido que obliga a fortalecer la integración de los pueblos, más aún cuando de esta manera se contribuye a cumplir con el interés superior de fortalecer la familia de acuerdo a lo que establece la Constitución Política de la República.

Y visto lo previsto en los artículos 9 y 10 del Convenio 169, artículo 5° inciso segundo de la Constitución Política de la República, SE CONFIRMA la resolución apelada de fecha cuatro de octubre de dos mil once, que decretó el sobreseimiento definitivo de estos antecedentes a consecuencia de haberse aprobado acuerdo reparatorio entre el imputado YONEL CARLOS CHEUQUENAL REINAO y las víctimas por el delito de lesiones menos graves en contexto de violencia intrafamiliar.

Corte Suprema. Rol 10635-2011, sentencia de 4 de enero de 2012.

1. Que a fs. 13, comparece el abogado Sr. Roberto Chifelle Márquez, en su calidad de Fiscal Regional (S) de la Araucanía, quien deduce recurso de queja contra los Ministros de la Corte de Apelaciones de Temuco Sr. Álvaro Mesa Latorre, Sr. Héctor Toro Carrasco y Sr. Julio César Grandón, por la sentencia que pronunciaron el 27 de octubre de 2011 y por la cual confirmaron la resolución del Juez de Garantía de Lautaro, adoptada en la causal Rit 461-2011, RUC 1100529076-9, seguida contra Yonel Cheuquenal Reinao, en cuya virtud se había aprobado un acuerdo reparatorio celebrado entre el imputado y las víctimas de ese proceso, que corresponde a una investigación por el delito de lesiones menos graves en contexto de violencia intrafamiliar, con lo cual se dispuso, en consecuencia, el sobreseimiento definitivo de la causa.

Explica el recurrente de queja, que el día 25 de mayo de 2011, Cheuquenal Reinao insultó a su hermana Elba Cares Reinao e intentó agredirla, saliendo en su defensa su madre y dos de sus hermanos, a quienes golpeó el primero, resultando la madre de la primera ofendida y sus hermanos con lesiones leves, que de conformidad a lo prevenido en el Código Penal, deben ser estimadas como menos graves.

En la audiencia correspondiente, antes que el imputado contestara en los términos del artículo 395 del Código Procesal Penal, la defensa alegó que aquél pertenecía a la etnia mapuche y que regía, en consecuencia, a su respecto, el Convenio 169 de la OIT que, en particular en sus artículos 9 y 10, establece que en las cuestiones penales debe tenerse en consideración la costumbre de esos pueblos y que en tales casos se buscaba recomponer el equilibrio al interior de la familia y la comunidad, lo que en el Código Procesal Penal correspondía a un acuerdo reparatorio; los que, a pesar de estar prohibidos en la ley 20.066, el Convenio 169 de la OIT debe primar sobre la citada ley.

El recurrente de queja aduce que procuró en esa audiencia que el tribunal rechazara la solicitud del defensor, desde que el artículo 19 de la ley 20.066 prohíbe de modo expreso los acuerdos reparatorios, toda vez que de manera empírica se ha demostrado que tales soluciones resultan ser débiles por no existir pie de igualdad entre los intervinientes y, además, por aplicación del principio de especialidad, en cuya virtud debe aplicarse el artículo 19 de la ley 20.066 por sobre el Convenio 169 de la OIT.

Sin embargo, el juez acogió la solicitud de la defensa, aprobó el acuerdo y sobreseyó la causa, ante lo cual apeló el Ministerio Público, fundado precisamente en que el artículo 19 de la ley 20.066 es una norma de carácter prohibitivo; y, además, en que el artículo 9 del mismo Convenio 169 de la OIT citado por la defensa, ordena que “En la medida que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional... deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurran tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros”.

Asimismo, se alegó ante los Ministros recurridos, que era una cuestión de prueba si el acusado pertenecía o no a la etnia mapuche, lo que no se cumplió; como tampoco se explicitó en qué consistía el método indígena, ni se permitió argumentar en torno a la forma de probar la existencia de ese método y su pertinencia al caso concreto, sino que simplemente se supuso

que el acusado era indígena y también se supuso que en esa etnia los conflictos de violencia intrafamiliar se zanjaban con disculpas públicas.

2. Que en el informe evacuado por los recurridos y que corre agregado a fs. 37, se explicó que los involucrados tienen la calidad de mapuches por así establecerlo el artículo 2 de la ley 19.253, que considera como tales a los que poseen al menos un apellido de ese origen.

Sobre las demás imputaciones, el único juez que suscribió el informe, precisó que los demás argumentos del fallo están contenidos en los considerandos 2°, 3° y 4° de la sentencia, sin que se advierta la comisión de falta o abuso alguno.

3. Que la primera cuestión que se evidencia del recurso, es que tanto ante el Juez de Garantía de Lautaro como ante la Corte de Apelaciones de Temuco, se discutió sobre la procedencia y/o aplicación del Convenio 169 de la OIT al caso concreto, en relación a dos cuestiones fundamentales: primacía de esa norma por sobre la ley especial de violencia intrafamiliar, o, de contrario, de aquel Convenio sobre esa Ley; y, luego, dos cuestiones de prueba: si los involucrados pertenecían o no a la etnia mapuche y cuál sería el sistema de resolución de conflictos en ésta.

4. Que, claramente, la primera cuestión es de interpretación jurídica, puesto que ha de razonarse en torno a si el Convenio, en cuanto tratado internacional incorporado al ordenamiento jurídico interno, lo hace como ley común o con rango constitucional, de modo que sólo en este último caso pudiera tener preeminencia sobre la ley 20.066. Pudiera también generarse discusión en torno a la especialidad de los cuerpos normativos, puesto que uno atiende al hecho y el otro, a los sujetos. Pero, sea cual sea la discusión, el tema es de interpretación legal.

5. Que, de otra parte, la segunda cuestión, que corresponde a una de prueba, efectivamente no fue abordada por el Juez de Garantía de Lautaro, pero sí lo fue por la Corte de Apelaciones de Temuco, cuyos integrantes, conociendo de un recurso de revisión de hechos y de derecho, se encontró en situación de completar el fallo en esa parte y así lo hizo, puesto que precisó que los involucrados pertenecían a la etnia mapuche, por así estar dispuesto en el artículo 2° de la ley 19.253 y, luego, que es un hecho público y notorio en esa zona que los mapuches solucionan sus conflictos a través de la negociación, en cuya virtud bien podían arribar como solución satisfactoria para todos ellos, a una disculpa pública.

6. Que en este escenario, ocurre que en cuanto se impugna una cuestión de interpretación, esta Corte ha resuelto en fallos anteriores que no corresponde hacer uso de la vía disciplinaria cuando la supuesta grave falta o abuso se hace consistir en una determinada interpretación jurídica, puesto que la simple circunstancia de no compartirse los razonamientos de los jueces no puede en ningún caso conformar una falta o abuso, siempre que se hayan señalado los motivos o razones por los cuales se ha concluido de una u otra forma, que es lo que ha ocurrido en la especie.

Además, y en lo que atañe a las cuestiones probatorias, los argumentos que se han esgrimido por la Corte –disposición legal y hecho público y notorio en la zona- son válidos y, por ende, no susceptibles de revisión en esta sede.

7. Que, en consecuencia, no se advierte de los antecedentes de autos que se haya incurrido en la grave falta o abuso que se reclama, por lo que esta acción disciplinaria no puede prosperar. Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 545 y 549 del Código Orgánico de Tribunales, se rechaza el recurso de queja deducido en lo principal de fs. 13 por el Fiscal Regional (S) de la Araucanía Sr. Alberto Chifelle Márquez.

Acordada con el voto en contra de los Ministros Sres. Rodríguez y Ballesteros, quienes estuvieron por acoger el recurso interpuesto y, en consecuencia, invalidar la sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco y en su lugar, revocar el acuerdo reparatorio alcanzado y ordenar la prosecución del juicio.

Para decidir de esta manera tuvieron en consideración los siguientes motivos:

1. Que si bien es efectivo que esta Corte de manera reiterada ha señalado que las cuestiones de interpretación no pueden ser objeto del recurso disciplinario, lo cierto es que ello es así sólo cuando es posible la presencia de interpretaciones diversas, cuyo no es el caso, donde no existe oscuridad alguna en los preceptos involucrados y, por lo tanto, no hay labor interpretativa alguna que realizar. Siendo clara la norma, no había más que aplicarla, sin distingo. 2° Que, en efecto, la Ley N° 20.066 en su artículo 19, prohíbe de modo expreso los acuerdos reparatorios y ello tiene su razón, precisamente en la inexistencia de igualdad entre quienes llegan a un proceso penal como víctimas de lesiones y victimarios a consecuencia de violencia intrafamiliar, estando demostrado que las conciliaciones o avenimientos de ningún tipo han servido a lo largo del tiempo para reparar este grave problema social.

Siendo una norma prohibitiva, simplemente no se pueden celebrar acuerdos de ningún tipo, en forma ni bajo condición alguna. Por su parte, el artículo 9° del Convenio 169 de la OIT, dispone que deberán respetarse los métodos tradicionales de los pueblos indígenas “En la medida que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional...” lo que evidentemente no ocurre en la especie, porque el sistema jurídico nacional, en este tipo de conflictos – exclusivamente- prohíbe la reparación entre las partes.

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

3. Que, por último, no está demás precisar que, siendo un Convenio adoptado por la Organización Internacional del Trabajo, si bien con el carácter de tratado internacional, ocurre que sus disposiciones siendo vinculantes para el país, conforman un conjunto de recomendaciones o proposiciones, tal como se advierte de su preámbulo.

Corte de Apelaciones de Temuco. Rol 499-2012, sentencia de 17 de julio de 2012.

1. Que consta del mérito de los antecedentes, que tanto víctimas como imputado tienen apellidos indígenas, de manera que su calidad de tal es indiscutida atendido lo previsto en el artículo 2° de la Ley 19.253.

2. Que en consecuencia, la controversia en estos autos consiste en determinar si pueden los intervinientes arribar a acuerdos reparatorios, pese a que se encuentra prohibido por el artículo 19 de la Ley 20.066 y ello por aplicación del Convenio 169, norma de rango superior y que obliga a respetar los métodos de resolución de conflictos de los pueblos originarios.

3. 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, razón por la cual resulta plenamente aplicable el Convenio 169 ya referido por sobre la Ley 20.066.

4. Por otra parte, actuar de otra manera, impidiendo el término del conflicto de la forma que se ha producido, implicaría desintegrar a una familia que ha podido recomponerse mediante una solución que les parece justa, lo que estaría en contradicción con el Convenio ya referido que obliga a fortalecer la integración de los pueblos, más aún cuando de esta manera se contribuye a cumplir con el interés superior de fortalecer la familia de acuerdo a lo que establece la Constitución Política de la República.

5. Por último ha de advertirse que la resolución que otorga aprobación al acuerdo reparatorio y aquella que se pronuncia sobre el sobreseimiento definitivo, aparecen dictados en dos épocas del proceso distintas, de suerte que aun de revocarse el sobreseimiento descrito, única resolución apelada, mal podría seguir adelante la tramitación de la presente causa en que el acuerdo reparatorio y la resolución que lo aprueba se encuentran firmes.-

Y visto lo previsto en los artículos 9 y 10 del Convenio 169, artículo 5° inciso segundo de la Constitución Política de la República, SE CONFIRMA la resolución apelada de fecha veintiuno de junio de dos mil doce, que decretó el sobreseimiento definitivo de estos antecedentes a consecuencia de haberse aprobado acuerdo reparatorio entre el imputado y víctima por el delito de lesiones menos graves en contexto de violencia intrafamiliar.

Decisión que fue acordada con el voto en contra del Ministro Sr. Alejandro Vera Quilodrán, quien fue del parecer de revocar la resolución apelada teniendo en cuenta que:

1. Que de conformidad al artículo 242 del Código Procesal Penal, la resolución del acuerdo reparatorio y sobreseimiento definitivo, son resoluciones conjuntas pues “junto con aprobar el acuerdo reparatorio el juez debe dictar el sobreseimiento definitivo”.

Que luego, el sustento de fondo, sustancial y/o material del sobreseimiento definitivo son las argumentaciones o fundamentaciones que hace el juez al aprobar el acuerdo reparatorio.

Estas dos resoluciones jurídicamente no se pueden separar sino tendríamos una resolución (sobreseimiento definitivo) sin sustento normativo y sustancial.

De tal manera de tal manera que la apelación del sobreseimiento definitivo por aprobación de acuerdo reparatorio, no puede ser considerada sin estos elementos sustanciales contenido en la resolución que aprobó el acuerdo reparatorio.

2. Que no es posible aprobar el sobreseimiento definitivo toda vez que no se cumplen los supuestos para aprobar el acuerdo reparatorio, debiendo por ende revocar la resolución apelada, atento a los siguientes argumentos:

2.1 La multiculturalidad, participación y democracia, pilares fundamentales de toda sociedad democrática, suponen como límites los principios de protección de la igualdad de trato y de no discriminación.

2.2 Que el origen de la violencia es por si un elemento de discriminación, y son justamente la situación de género, cultura o su lengua las que en ocasiones erradamente avalan ese origen.

2.3 Que todo ejercicio de derechos supone limitaciones, entre ellas la garantía de la no discriminación y no afcción de la integridad física.

2.4 Que en caso de pugna de un derecho de auto determinación de un pueblo versus el derecho a la integridad física debe interpretarse de manera que ambos maximicen su vigencia.

2.5 Que en el caso de autos el artículo 9 del Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales en los países independientes, establece un límite para la represión de los delitos cometidos por sus miembros y ese límite es “el ordenamiento jurídico nacional”, en el caso de autos el artículo 19 de la ley 20.066, sumado al respeto de la integridad física de toda persona y la no discriminación que se consagra en el artículo 19 N°s. 1 y 3 del Constitución Política de República de Chile y los “derechos internacionalmente reconocidos” (no habla de tratados sobre derechos humanos ratificados y vigentes en el país, lo que deben entenderse incorporados en el primer grupo, ordenamiento jurídico nacional).

2.6 La multiculturalidad y el respeto de las costumbre de los pueblos indígenas debe reconocer como limite la cosificación y respeto de las normas internas de la nación lo que obliga a revocar un sobreseimiento definitivo originado en el acuerdo reparatorio entre dos personas unidas por un lazo étnico y de consanguinidad, en este caso, por razones de derechos fundamentales y no simplemente en la perspectiva ilusoria de la igualdad en la capacidad de negociación amparada en aspectos culturales.

Por lo expuesto y artículo 9 del Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en los Países Independientes, artículo 19 de la ley 20.066, artículo 19 N°s 1 y 3 de la Constitución

Política de 1980 el disidente estuvo por revocar la resolución apelada, que decretó el sobreseimiento definitivo “junto” con la aprobación del acuerdo reparatorio, y dejándolo sin efecto, debiendo quedar la causa en estado de seguir adelante con el procedimiento.

Corte de Apelaciones de Temuco. Rol 581-2012, sentencia de 2 de agosto de 2012.

1. Que consta del mérito de los antecedentes, que tanto víctima como imputada tienen apellidos indígenas, de manera que su calidad de tal es indiscutida atendido lo previsto en el artículo 2° de la Ley 19.253.

2. Que en consecuencia, la controversia en estos autos consiste en determinar si pueden los intervinientes arribar a acuerdos reparatorios, pese a que se encuentra prohibido por el artículo 19 de la Ley 20.066 y ello por aplicación del Convenio 169, norma de rango superior y que obliga a respetar los métodos de resolución de conflictos de los pueblos originarios.

3. 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, razón por la cual resulta plenamente aplicable el Convenio 169 ya referido por sobre la Ley 20.066.

4. Por otra parte, actuar de otra manera, impidiendo el término del conflicto de la forma que se ha producido, implicaría desintegrar a una familia que ha podido recomponerse mediante una solución que les parece justa, lo que estaría en contradicción con el Convenio ya referido que obliga a fortalecer la integración de los pueblos, más aún cuando de esta manera se contribuye a cumplir con el interés superior de fortalecer la familia de acuerdo a lo que establece la Constitución Política de la República.

Y visto lo previsto en los artículos 9 y 10 del Convenio 169, artículo 5° inciso segundo de la Constitución Política de la República, SE CONFIRMA la resolución apelada de fecha 14 de julio de 2012.

Corte de Apelaciones de Temuco. Rol 220-2013, sentencia de 3 de mayo de 2013.

1. El abogado, Fiscal adjunto de la Fiscalía Local de Traiguén, don Ricardo Gutiérrez Riveros, deduce recurso de apelación en contra de la resolución dictada en causa RIT N° 81-2013 y RUC N° 1300118683-8 en cuanto la jueza aprobó un acuerdo reparatorio habido entre víctima – la mujer- y agresor – su marido-. Como consecuencia, se declaró sobreseimiento definitivo.

2. Que la apelación expresa que el Ministerio Público dedujo requerimiento en procedimiento simplificado en contra de Alfredo Sergio Cheuque Marín, el que se fundó en que el requerido agredió a su cónyuge, María del Pilar Contreras Pichuleo, golpeándola, como resultado de lo cual la mujer recibió diversas lesiones. Continúa el recurso que las lesiones son de carácter menos graves y en contexto de violencia intrafamiliar. El artículo 399 del Código Penal sanciona al autor de dichas lesiones, delito que ha de considerarse en grado de consumado. Sigue el recurso exponiendo que, a pesar de la oposición de la Fiscalía, la Juez acogió la petición de la defensa en cuanto a explorar la posibilidad de un acuerdo reparatorio entre autor y víctima. La defensa alegó a favor del requerido las normas del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y del artículo 241 del Código Procesal Penal.

La resolución de la jueza decide dar lugar a lo pedido por la defensa de manera que aprobó el acuerdo reparatorio que consistió en dar disculpas públicas (las que se prestaron en la misma audiencia) y, como consecuencia se decretó sobreseimiento definitivo total de la causa, conforme al artículo 242 del ya citado Código.

3. Que el recurso interpuesto acude a la disposición del artículo 19 de la ley N° 20.066, sobre violencia intrafamiliar, en cuanto declara inaplicables los acuerdos reparatorios que establece el artículo 241 del Código Procesal Penal.

4. Que, así como se ha planteado el asunto, se hace necesario precisar la prevalencia de la norma del Convenio 169 o de las normas de nuestro Código Penal, complementadas estas con aquellas del artículo 19 de la Ley 20.066.

5. Que, desde el punto de vista de la pura equidad, repugna aceptar que el marido pueda causar lesiones a su mujer sin que exista sanción impuesta por el ordenamiento jurídico. Un

acuerdo reparatorio carece de seriedad si se considera que las más de las veces la mujer acepta el perdón del agravio con tal de mantener la unidad del hogar.

6. Que en el caso de autos el artículo 9 del citado Convenio N°169 establece un límite para la represión de los delitos cometidos por sus miembros. Ese límite es “el ordenamiento jurídico Nacional”. En efecto, nuestro ordenamiento jurídico contiene el artículo 19 N°1 y 3 de nuestra Carta Base; además de los derechos internacionalmente reconocidos y ratificados por nuestro país. Entre estos últimos destaca la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. No debe olvidarse que esta última convención afirma que “la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales y limita total o parcialmente a la mujer el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades.

7. Que el respeto a las costumbres de los pueblos indígenas no puede pasar aquel límite que significa el respeto a la mujer, cualquiera sea su etnia.

Y teniendo además presente lo dispuesto en el artículo 9 del Convenio N°169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en los Países Independientes, artículo 19 de la Ley N°20.066, artículo 19 N°1 y 3 de la Constitución Política.

Se revoca la resolución apelada de fecha 20 de marzo de 2013, en cuanto aprobó el acuerdo reparatorio a que se había llegado, y sobreseyó definitivamente la investigación, y en consecuencia se ordena la continuación regular del procedimiento.

8.2 Justicia indígena y justicia ordinaria en la Región Andina: Experiencias de acceso a la justicia de mujeres indígenas en América Latina

Las mujeres en todas las sociedades se enfrentan a la dominación patriarcal y a la violencia, y los sistemas de justicia indígena pueden -y con frecuencia lo hacen- discriminar a las mujeres y obstaculizar su acceso a la justicia del mismo modo que los sistemas de justicia oficiales lo hacen.

Sieder y Sierra. Acceso a la justicia para las mujeres en América Latina, 2010.

Introducción

En los Estados Latinoamericanos, la relación que se ha dado entre el sistema de justicia ordinario-estatal⁴⁹ y el sistema de justicia indígena ha generado conflictos entre éstos para su aplicación y reconocimiento efectivo. Estas controversias o conflictos de interlegalidad se dan incluso en países que reconocen al derecho propio de los pueblos indígenas como un derecho constitucional y colectivo, que debería ser considerado con el mismo rango que el derecho estatal, tales son los casos de Perú, Colombia, Ecuador y Bolivia⁵⁰.

Cuando estas situaciones de interlegalidad o pluralismo jurídico se refieren a vulneración de derechos de mujeres indígenas, la controversia se incrementa, ya que

⁴⁹ Llamamos sistema de justicia ordinario-estatal, al que está conformado por los instrumentos internacionales ratificados por los Estados, junto con la normativa constitucional y legislación nacional.

⁵⁰ Véase: R. Yrigoyen. Hitos del Reconocimiento del Pluralismo jurídico y el Derecho Indígena en el Constitucionalismo Andino. En: M. Berraondo. Pueblos Indígenas y Derechos Humanos. Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, pp. 537-567; H. Brandt. Justicia comunitaria en los Andes. Editorial Roble Rojo, Lima, 2013 y; M.Sierra y R. Sieder. Acceso a la Justicia para las mujeres indígenas en América Latina. CMI Working Paper, México, 2010.

son ellas quienes afrontan mayores dificultades para acceder a la justicia tanto en el sistema ordinario-estatal, por las diversas barreras que deben afrontar⁵¹, como en el caso de la administración de justicia indígena, por diversas situaciones culturales asociadas a las relaciones de género al interior de la comunidad. En el caso de las mujeres indígenas, no se constata la existencia de legislación especial que considere estas tres aristas: mujeres, su pertenencia a pueblos indígenas y acceso a la justicia. En este sentido, el sistema jurídico reproduce las situaciones de discriminación, vulneración de derechos y superposición de normas. En efecto, en general, las respuestas exitosas frente a la discriminación y exclusión que experimentan las mujeres indígenas, no han venido de la legislación, ni de las políticas públicas, sino que ha sido una construcción hecha por las mismas mujeres indígenas.

En este artículo, nos proponemos abordar los conflictos de interlegalidad que se dan en casos de violencia intrafamiliar o violencia doméstica que afectan a mujeres indígenas, y las respuestas que han surgido desde los espacios locales indígenas para enfrentarla y para conseguir que se puedan ejercer los derechos de mujeres indígenas en sociedades plurales, como las de América Latina. En ese sentido, *entendemos por interlegalidad la existencia de una pluralidad de sistemas jurídicos, que se da en sociedades que son a la vez plurales en su composición*⁵².

Para ilustrar la interlegalidad que se da en los países de Latinoamérica, analizaremos las legislaciones nacionales y la relación que se genera entre la normativa internacional, la estatal y la indígena en los países andinos señalados (Bolivia, Perú, Ecuador y Colombia), indagando sobre las formas de coordinación y acoplamiento entre éstos sistemas jurídicos. Asimismo, examinaremos algunas prácticas de administración de justicia indígena y casos en los que se han generado experiencias de coordinación entre justicia indígena y justicia estatal desde un entendimiento intercultural, que abarca las formas de coordinación entre sistemas legales y

⁵¹ Para poder acceder a la justicia, las mujeres indígenas además de las barreras económicas y sociales, se enfrentan con barreras ligadas a discriminación por motivos étnicos e idiomáticos.

⁵² P. Urteaga. Acceso a la justicia para las mujeres rurales. Instituto de Defensa Legal (IDH), Perú, 2004.

específicamente trataremos la reivindicación e inserción paulatina de los derechos individuales de las mujeres indígenas frente a la violencia intrafamiliar.

I

Normativa nacional en América Latina: La violencia en las relaciones familiares en los casos de mujeres indígenas

Producto de la interlegalidad y de la globalización del Derecho⁵³ se ha generado un movimiento constitucional en Latinoamérica que ha favorecido la inclusión de normas que reconocen y valoran sociedades plurales y multiculturales, e incluso, en el caso Boliviano, un Estado plurinacional. Estos procesos de corte constitucional en países como Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú, han venido aparejados en un primer momento a la ratificación del Convenio 169 de la OIT y al desafío de su implementación en los diversos ámbitos de la organización del Estado.

La Constitución Colombiana de 1991, por su parte, reconoce el derecho a la identidad étnica y cultural de la Nación (artículo 7) y el ejercicio de la jurisdicción indígena (artículo 246), y proscribe la discriminación por razones étnicas y de género (artículo 13). En relación con la jurisdicción indígena, la Corte Constitucional se ha pronunciado en diversas sentencias sobre la validez y el reconocimiento de la justicia indígena como una forma propia de ejercer el derecho de administrar justicia a las autoridades indígenas. Asimismo, ha reconocido que la Constitución tiene efectos normativos directos por lo que no sería necesaria la dictación de ley para la coordinación entre sistemas, y ha establecido mediante su jurisprudencia algunos límites que debe respetar la justicia indígena para su ejercicio⁵⁴.

En Perú, la reforma constitucional de 1993 incluyó el reconocimiento del derecho de toda persona a su identidad cultural (artículo 2 inciso 19). Sin embargo, pese a los

⁵³ O. Höffe. La Justicia en el mundo globalizado. Editorial Gedisa, Barcelona, 2011.

⁵⁴ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-139 de 1996.

avances en el reconocimiento de la identidad indígena y de la jurisdicción especial, reconocida en el artículo 149, la Constitución peruana tiene una orientación neoliberal que restringe otros derechos colectivos de los pueblos indígenas, como el derecho a la propiedad e intangibilidad de las tierras de comunidades campesinas y nativas, impulsando la comercialización de tierras y la reversión de las mismas a favor del Estado. Esto último, sumado a la adopción de políticas públicas que desconocen derechos de los pueblos indígenas, ha venido debilitando las organizaciones indígenas y sus formas de organización interna en el Perú⁵⁵.

De todos los procesos de reforma constitucional, el caso de Ecuador, representó una innovación, ya que además de reconocer la pluralidad cultural, integró transversalmente conceptos como interculturalidad⁵⁶ y perspectiva de género. La Constitución de 2008 refleja la incorporación de los estándares internacionales contenidos en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará). En relación con estas últimas, la Constitución hace referencia al derecho de las mujeres de vivir una vida libre de violencia y a la igualdad de género, los que constituyen elementos clave para las luchas de las mujeres indígenas ecuatorianas, tanto en relación a sus derechos

⁵⁵M. Bustamante; L. Del Castillo y C. Monge. *Las Comunidades Campesinas en el Siglo XX*. ALLPA, Lima, 2004.

⁵⁶ Para definir lo que entendemos por interculturalidad queremos tomar la definición que ha esbozado Fidel Tubino: "Cuando en América Latina hablamos de interculturalidad nos referimos a dos fenómenos diferentes: una cosa es la interculturalidad como realidad de hecho y otra cosa es la interculturalidad como propuesta normativa. El primero hace referencia a la constatación de la existencia no sólo de una pluralidad de culturas en un contexto histórico-geográfico determinado, sino sobre todo de la existencia de una compleja diversidad de interrelaciones culturales que existen de hecho. Las culturas no existen, coexisten. Son realidades dinámicas, híbridas, que tienden a relacionarse entre sí y por lo mismo a modificarse incesantemente. Como propuesta normativa, para los PPII la interculturalidad es fundamentalmente un proyecto político que involucra no solo la reforma del Estado-nación actual sino su transformación". F. Tubino. *Pluralismo jurídico, Interculturalidad y Derechos Humanos*. Editorial PUCP, 2004.

como mujeres (individuas), como a sus derechos colectivos en tanto integrantes de pueblos indígenas. Sin embargo, la Constitución no reguló la coordinación entre la justicia ordinaria y la justicia indígena y las propuestas de ley de coordinación no han logrado ser promulgadas, de modo que las experiencias de coordinación existentes a la fecha se han venido dando en la práctica.

La Constitución Boliviana de 2009, consagró la refundación del Estado Boliviano como un Estado plurinacional, reconociendo las diversas nacionalidades que coexisten en su territorio y garantizó los derechos de los pueblos indígenas, entre ellos, tener su propia jurisdicción con el mismo rango legal que la justicia ordinaria. La Constitución, utiliza un lenguaje inclusivo –desde una perspectiva de género- en todo su cuerpo legal, pero no alude de manera específica a los derechos de las mujeres. Un año más tarde, se promulgó la ley 073 de deslinde jurisdiccional, que establece entre sus principios la igualdad de la justicia indígena con la justicia ordinaria, la equidad de género y generacional, el respeto por los derechos humanos y la Constitución y establece que sujetos pueden ser juzgados por la justicia indígena.

Los cuatro países a los que se ha hecho referencia precedentemente reconocen la jurisdicción especial indígena, algunos con mayores autonomías –como es el caso de Bolivia y Ecuador-, otro con autonomía y ejecución directa –Colombia- y otro con la necesidad de adoptar una ley de coordinación entre sistemas legales –Perú-.

II

Análisis comparativo de normativa referida a mujeres y pueblos indígenas en América Latina.

Análisis comparativo de reconocimiento de pluralismo jurídico y legislación sobre protección de mujeres y violencia intrafamiliar						
Instrumentos legales internacionales vinculantes	Hitos	País				
		CHILE	ECUADOR	COLOMBIA	BOLIVIA	PERU
	Ratificación de la CEDAW	1987	1981	1982	1990	1982
	Año de reforma constitucional	1980 ⁵⁷	2008	1991	2009	1993
	Entrada en vigencia del Convenio 169 OIT (vinculante)	Septiembre 2009	Agosto 1998	Agosto 1991	Diciembre 1991	Febrero 1994
	Ratificación de la Convención Belem do Pará (1994)	1996	1995	1996	1994	1996
	Reglas de Brasilia	2008				

⁵⁷Incluimos a Chile en la tabla para fines comparativos con Países de América Latina que después de una reforma constitucional incluyeron el pluralismo jurídico, y los avances de Chile en la legislación que protege a las mujeres en casos de violencia intrafamiliar con respecto del resto de países analizados.

	Reconocimiento del pluralismo jurídico en la Constitución	No	Art. 171 Funciones jurisdiccionales, normas y procedimientos propios de los pueblos indígenas.	Art. 246 Funciones jurisdiccionales, normas y procedimientos propios. Ley de coordinación justicia ordinaria	Cap. IV Jurisdicción indígena originaria campesina. Funciones jurisdiccionales	Art. 149 Funciones jurisdiccionales, autoridades campesinas y nativas. Ley de coordinación justicia ordinaria
Legislación nacional sobre violencia intrafamiliar	Legislación que protege a las mujeres en casos de violencia intrafamiliar.	Si Ley 20.066 Se prohíbe la conciliación	Si Ley 103 de 1995 Desde 2009, No se podrá conciliar ⁵⁸	Si Ley 882 Ley ojos morados Ley 1542 de 2012 No conciliable ⁵⁹	Si Ley 348 2013 Coordinación con la justicia indígena. Conciliación excepcional ⁶⁰	Si Ley 26260 de 1993 Se prohíbe la conciliación desde 2003 ⁶¹ .

⁵⁸El Código Orgánico de la Función Judicial aprobado en el año 2009, dispone la inaplicabilidad de caución mediación, arbitraje o fuero especial para los casos de violencia intrafamiliar”.

⁵⁹ La Ley 1542 de julio de 2012, “no más ojos morados”, prohíbe la conciliación en su artículo 1° y tiene por objeto garantizar la protección y diligencia de las autoridades en la investigación de los presuntos delitos de violencia contra la mujer y eliminar el carácter de querellables y desistibles de los delitos de violencia intrafamiliar e inasistencia alimentaria.

⁶⁰El artículo 46 de la Ley 348 (ley integral para garantizar a las mujeres una vida libre de violencia), establece que la conciliación está prohibida, pero que se podrá conciliar excepcionalmente una vez a pedido de la víctima y no será válida para los reincidentes.

⁶¹ La Ley 26260 contemplaba la conciliación en sus artículos 13, 14 y 15 y ellos fueron derogados en 2003.

En contextos monistas, la emisión de normativa que regule las relaciones entre sistemas jurídicos se dificulta por la falta de comprensión y conocimiento sobre las formas de administrar justicia indígena y debido a que, en concepción de los legisladores, la justicia ordinaria está siempre por sobre las otras⁶². Por lo demás, el proceso de elaboración y emisión de normas jurídicas de por sí establece la hegemonía de un sistema por sobre otro, ya que la adopción de normativa en los países de América Latina se da en congresos monistas y bajo conceptos monistas. Incluso, si se establecen estándares de interculturalidad en las relaciones de interlegalidad y en las relaciones entre autoridades indígenas y judiciales, lo que primará será la percepción liberal occidental por sobre la indígena, ya que se tiende a observar las materias tratadas por los pueblos indígenas con los lentes de la cultura jurídica ordinaria-estatal. Ante esta realidad, y con el objeto de enfrentar de manera adecuada casos que involucren el ejercicio de la jurisdicción indígena, la Corte Constitucional colombiana ha fijado parámetros de interculturalidad que han de utilizarse al analizar y resolver estos casos, estableciendo cuatro mínimos jurídicos en materia de respeto a los derechos humanos y a la dignidad de la persona humana que deben estar presentes en toda forma de administrar justicia. Al respecto, Sierra y Sieder han señalado lo siguiente:

“La [C]orte desarrolló una doctrina de mínimos jurídicos: las autoridades indígenas – como todas las autoridades nacionales- no pueden matar, torturar, o esclavizar a ningún individuo y deben proveer algunas garantías de debido proceso. Sin embargo, la [C]orte inicialmente se mostró abierta a “interpretar” el debido proceso y ciertas prácticas de acuerdo a criterios culturales, por ejemplo, al reconocer que el uso del fuste o látigo como sanción para los indígenas nasa o paez se puede interpretar como una práctica culturalmente específica, sancionada por el colectivo, más que como forma de tortura. No obstante, los jueces no indígenas aún mantienen el poder de decisión sobre qué formas de derecho indígena son aceptables o no”⁶³.

⁶²R. Yrigoyen. *op.cit.*

⁶³M. Sierra y R. Sieder. *op.cit.*, p. 13.

La interculturalidad legal, si bien se reconoce en las normas, pocas veces llega a hacerse efectiva en la práctica, puesto que generalmente priman las visiones positivistas occidentales para observar la administración de justicia indígena, siendo la discriminación en contra de las mujeres una situación transversal a todo sistema de justicia.

Tal como se expresa en el cuadro precedente, los cuatro Estados cuya legislación se ha revisado en el presente estudio reprimen la violencia contra las mujeres en el marco de las relaciones familiares. En Colombia, Ecuador y Perú el empleo de la conciliación en este tipo de conflicto se encuentra proscrita absolutamente, mientras que en el caso de Bolivia se permite su uso excepcionalmente por una vez, quedando proscrita su utilización en caso de reincidencia (Ley 348). En cambio, en la justicia comunitaria o indígena, la conciliación constituye una forma de solución de conflictos frecuentemente empleada. Ahora bien, para poder comprender el diferente tratamiento de la conciliación en la justicia ordinaria y la justicia indígena, es necesario tener en consideración que ambos sistemas se fundan en cosmovisiones diferentes. Como dijera Valentin Ticona, “No hay traducción al quechua del término justicia, sino que para nosotros la justicia es el buen vivir, es decir que todo debe estar en armonía con la cosmovisión de la comunidad”⁶⁴. Desde esa perspectiva, para poder generar el buen vivir hay que buscar y tender puentes, y justamente una de esas formas de crear puentes es la conciliación o negociación que se da generalmente al interior de las familias o ante autoridades tradicionales. Si bien “el proceso” es diferente, lo que no varía es la sanción: el infractor, el agresor merece una sanción. La justicia indígena se centra menos en la privación de libertad y las medidas de protección como formas de castigo –a diferencia del Derecho latinoamericano basado en el Derecho Romano- y pone más énfasis en la reparación a las víctimas y la educación de los infractores para lograr armonía en la convivencia comunitaria.

⁶⁴ Valentin Ticona es un dirigente indígena Ecuatoriano, entrevistado por Miryam Lang y Ana Kucia en su texto. *Mujeres indígenas y justicia ancestral*. UNIFEM, Quito, 2009.

Desde la perspectiva de las mujeres indígenas, en general, el sistema de justicia ordinaria presenta numerosas barreras que dificultan su acceso a la justicia, por lo que la jurisdicción indígena significa para ellas mayor cercanía cultural y menos discriminación. Tanto Sieder y Sierra⁶⁵ como Lang y Kucia⁶⁶ coinciden en que los sistemas de justicia indígenas representan para las mujeres retos y beneficios. Plantean retos, en cuanto estos, al igual que los sistemas de justicia ordinarios, están marcados por patrones patriarcales que se reflejan en la vulneración de los derechos de las mujeres. También presentan beneficios, como la cercanía y la contextualización de la pena en el entorno comunal y su repercusión no solamente en la familia sino que en la comunidad. De esto último da cuenta un caso mencionado por Inés Flores, facilitadora intercultural aymara⁶⁷:

“Durante la celebración de los carnavales se bebe mucho licor y por lo general las personas de la comunidad terminan ebrias. En una de las casas de la comunidad estaban dos compadres celebrando y bebiendo surgieron diferencias de opiniones y empezaron a empujarse y darse golpes mutuamente, uno de ellos cae al piso a causa de un empujón se golpea la cabeza y muere. El caso por ser un homicidio es llevado ante las autoridades policiales y judiciales, por lo que se inicia un proceso de homicidio culposo de oficio y cuya parte afectada (la viuda) no quería continuar. Cuando la facilitadora se entrevista con la viuda le pregunta ¿porqué no quiere que siga el juicio? Ella le dice que si el compadre va preso se quebrarían las relaciones entre familias al interior de la comunidad y que en lugar de haber una sola familia sin padre ahora habría dos, la suya por la muerte del esposo y la de su compadre ya que estaría preso. Por lo tanto quedarían dos mujeres sin sustento y a cargo de sus familias, mientras que si se dejaba libre al compadre, él de acuerdo a las costumbres de la comunidad debía trabajar para dar sustento a ambas familias”.

⁶⁵ M. Sierra y R. Sieder. *Acceso a la Justicia para las mujeres indígenas en América Latina*. CMI Working Paper, México, 2010.

⁶⁶ Lang, Miryam y Kucia, Ana. *op.cit.*

⁶⁷ En julio de 2011, la Defensoría Penal Pública de Santiago, realizó una capacitación a facilitadores interculturales de la Defensoría Penal Pública, en la que la consultora externa de este proyecto, Minda Bustamante, tuvo la oportunidad de conversar con las y los facilitadores, acerca de sus experiencias en relación con los sistemas de justicia indígena.

Básicamente son dos los desafíos o retos que tienen las mujeres -en conjunto con la sociedad- cuando reivindican sus derechos: el primero, reivindicar sus derechos individuales, ya que implica enfrentarse a la comunidad (donde están “sus” hombres) para posicionarse enfatizando que no están en contra de los derechos colectivos y de la cultura indígena, sino que la propia cultura puede enriquecerse si se dejan de lado costumbres que las subordinan a roles establecidos en razón de su género y; el segundo, si deciden acudir al sistema de justicia ordinario, enfrentarse y buscar justicia en un sistema jurídico que tradicionalmente las ha discriminado y les ha negado la justicia. En ese sentido, es un reto también para los Estados, generar procesos de entendimiento intercultural entre justicias que beneficien a las mujeres indígenas.

Se ha constatado que las mujeres indígenas han empezado a asumir roles más activos en la administración de justicia. Sin embargo, el hecho de asumir nuevos cargos y nuevas responsabilidades les ha generado muchas veces costos a nivel comunal y también a nivel familiar ya que desde las concepciones patriarcales una “buena mujer” debe asumir primero su rol como madre y esposa⁶⁸. Vemos así que las mujeres indígenas para el ejercicio de sus derechos, además, tienen que lidiar con factores culturales que pretenden mantenerlas en situación de subordinación. Ellas en general prefieren acudir a los sistemas propios de justicia por la mayor facilidad en el acceso, para no quebrantar las costumbres comunales, y porque muchas de las soluciones intentan recomponer la vida en familia y las sanciones que se imponen a los esposos son “supervisadas” por los miembros de la comunidad. Sin embargo, como ya se señaló, la justicia indígena no está exenta de problemas, sigue girando en torno a patrones patriarcales y es administrada principalmente por hombres.

En los casos específicos que revisaremos a continuación, podremos ver cómo la participación de las mujeres en la administración de justicia ha generado cambios y

⁶⁸M. Lang y A. Kucia. *op.cit.*

reinterpretación de costumbres y sanciones que van en beneficio de ellas y sus derechos; y cómo desde la lucha de las mujeres indígenas por el ejercicio de sus derechos y el acceso a la justicia, se han generado verdaderas propuestas de justicia intercultural, reivindicando por una parte, los beneficios que ofrece el sistema de justicia ordinario y por otra, los que le ofrece el sistema de justicia comunitaria.

III

Experiencias de coordinación en América Latina para los casos de violencia intrafamiliar

En los países andinos considerados para este estudio, hemos encontrado experiencias de coordinación entre la justicia ordinaria y la justicia indígena, que intentan resguardar de alguna manera el goce y ejercicio de los derechos de las mujeres indígenas. A continuación, se analizarán estas experiencias a partir de ciertos ejes comunes, que nos permitirán posteriormente, hacer un análisis comparativo de las experiencias. Estos ejes son:

- a) Identificación de conflictos: para los fines de este estudio, nos centraremos en la violencia doméstica o violencia intrafamiliar en contra de mujeres indígenas.
- b) Formas de solución de estos conflictos en la justicia indígena: analizaremos de qué manera se administra la justicia indígena, y qué actores son los que intervienen en este proceso.
- c) Sanciones: se dará cuenta de cuáles son los tipos de sanción más utilizados en este contexto y cuál es el sistema de coerción para el cumplimiento de los castigos.
- d) Participación de las mujeres en la administración de justicia: revisaremos cuál es la participación de las mujeres indígenas en el proceso de administración de justicia, ya sea como demandantes o como autoridades impartidoras de justicia y/o colaboradoras.
- e) Experiencia de coordinación: analizaremos cómo se manifiestan y operan las experiencias de coordinación entre sistemas el ordinario y el indígena.

a. Ecuador

En el caso de Ecuador, tanto la antigua Constitución de 1998 como la nueva de 2008, reconocen el pluralismo jurídico y el derecho de los pueblos indígenas del Ecuador a administrar su propia justicia. Con respecto a la situación de las mujeres indígenas y su participación en la administración de justicia, podemos identificar que los cambios más importantes tienen que ver con la inclusión de la participación de las mujeres en las funciones jurisdiccionales, la vinculación de la jurisdicción al territorio, los límites a la jurisdicción indígena acotados a la Constitución y los derechos humanos particularmente de mujeres, niños, niñas. Asimismo, se dispone la obligatoriedad del cumplimiento de las decisiones de la jurisdicción indígena por parte de autoridades estatales y el control de constitucionalidad de sus decisiones.

Con respecto al reconocimiento de las mujeres indígenas, Salgado⁶⁹ sostiene lo siguiente:

“No es para nada casual que en los dos artículos que hacen referencia a la justicia indígena y el derecho colectivo a desarrollar su derecho propio exista una mención expresa a la participación de las mujeres como autoridades y a que tal derecho no podrá vulnerar derechos humanos de mujeres, niños, niñas y adolescentes, particularmente. Y es que han sido varias organizaciones de mujeres indígenas las que han propiciado un debate, en sus comunidades y organizaciones, sobre la violencia y la discriminación que sufren las mujeres al interior del mundo indígena. Su lucha ha ido, tal como en otros países, en dos sentidos, por un lado por el reconocimiento de los derechos como pueblos indígenas frente a una sociedad mestiza dominante atravesada por lógicas coloniales y racistas y por otro lado por un replanteamiento crítico de sus sistemas normativos propios atravesados por lógicas de subordinación a las mujeres”⁷⁰.

⁶⁹ J. Salgado. Violencia contra las mujeres indígenas: entre las “justicias” y la desprotección. Posibilidades de interculturalidad en el Ecuador. Programa Andino de Derechos Humanos, 2009.

⁷⁰ *Ibidem*, p.2

Para ilustrar cómo se ha dado este proceso, analizaremos el caso del pueblo indígena Kichwa de Chimborazo. Para los kichwas mantener la armonía al interior de la comunidad está basada en el buen vivir y los principios que rigen el mundo Kichwa: no robar, no mentir y no ser ocioso⁷¹. De esta forma, imponen el “deber ser” individual y colectivo para el “correcto” y “armónico” funcionamiento del grupo social y, consecuentemente, señalan los comportamientos que aparecen como censurables, en tanto quebrantan el orden comunitario.

- **Identificación de conflictos:** Violencia entre cónyuges o convivientes.
- **Formas de solución de éstos conflictos en la justicia indígena:** De acuerdo a las entrevistas realizadas por Andrea Pequeño⁷², este proceso sigue más o menos el siguiente camino: en primer lugar, se produce/verifica la intervención de las familias en la búsqueda de aclaración y conciliación. De no ocurrir, se acude a las autoridades del cabildo, las que –según la magnitud del problema- llaman a asamblea comunitaria para que se pronuncie sobre el asunto o respalde las medidas por ellos adoptadas. En este ejercicio, la experiencia de los líderes y de las personas de edad avanzada es fundamental. Esta dinámica supone la realización de careos y la decisión acerca de las sanciones aplicables. Luego de ello, se firma un acta en donde constan la resolución y el compromiso de enmendar la conducta. En este último aspecto, algún miembro de la familia asume como garante del futuro y adecuado comportamiento del o los sancionados.
- **Sanciones:** En muchos de los casos, las sanciones imponen penas físicas (como baño de agua fría, ortigazos, latigazos, caminatas descalzas sobre piedras o espinas, el arrodillamiento sobre piedrecillas o maíz mientras se carga peso en los hombros) y /o

⁷¹ M. Lang y A. Kucia. *op.cit.*

⁷² A. Pequeño. Participación y políticas de mujeres indígenas en contextos latinoamericanos recientes. FLACSO, Quito, 2009.

el pago de multas. Se trata de un escarmiento público que censura, tanto a nivel general la acción delictiva, como el acto particular cometido por un integrante de la comunidad. Este, es un ejercicio “ejemplificador” y que “infunde miedo”. Así, de cara a la comunidad, aparecen como medidas que disciplinan y llaman al orden social. Andrea Pequeño señala⁷³ que las sanciones también se han modificado producto de la incursión de iglesias evangélicas en la comunidad, por lo que las sanciones han comenzado a basarse en la biblia y en multas, dejando de lado los castigos físicos.

- **Participación de las mujeres en la administración de justicia:** Las mujeres generalmente asumen el rol de denunciantes, sin embargo, muy pocas lo hacen ya sea por miedo a las represalias, o por temor a romper el orden comunitario. Del estudio realizado por Pequeño⁷⁴, no se detectaron casos de mujeres que cumplan el rol de autoridad. Nos señala esta autora⁷⁵, que a las mujeres les corresponde un rol central en la aplicación de algunas de las sanciones físicas resueltas. Es así que, por ejemplo, las mayores de la familia (abuelas, madres o tías) son las llamadas a ejecutar los ortigazos. Se considera a las mujeres como guardianas de la identidad y la cultura y, por tanto, responsables de la pervivencia del colectivo, ellas asumen la labor de purificar y corregir el comportamiento.

- **Experiencia de coordinación:** Desde algunas organizaciones de mujeres ya se ha venido reivindicando, la necesidad de leyes que protejan a la mujer, tratando de establecer puentes entre las autoridades locales de la justicia ordinaria y las autoridades indígenas. Por ejemplo, se exige que el Estado implemente más comisarías de la mujer en cantones y parroquias. En algunas otras comunidades del Ecuador,

⁷³ A. Pequeño. Violencia de género y mecanismos de resolución comunitaria de conflictos en comunidades indígenas de la sierra Ecuatoriana. En: M. Lang y A. Kucia, *op.cit.*

⁷⁴ *Ibidem.*

⁷⁵ Para profundizar ver: *Ibidem.*

como la de Cotacachi, se han establecido reuniones periódicas de capacitación en los principios de la Ley 103⁷⁶ para autoridades comunales.

La forma de administración de justicia indígena y la justicia ordinaria⁷⁷ aún no es igualitaria. Sin embargo, para Jurguen Brandt⁷⁸, se han dado cambios en la justicia indígena y ahora hay un mayor respeto por los derechos individuales. Este cambio también se ha dado porque los administradores y administradoras de justicia se han capacitado en diversas ONGs y programas del Estado, respecto al respeto y garantía de los derechos individuales. No obstante, este autor observa que la justicia indígena se mantiene vigente y aún hay sanciones basadas en lo comunitario. En el caso de los derechos de las mujeres indígenas, es visible que hay una mayor participación de ellas en la administración de justicia indígena y una mayor demanda de justicia, al conocer más sus derechos.

b. Bolivia:

La Constitución Política del Estado Boliviano reconoce la justicia indígena, como autónoma en su aplicación y con la misma jerarquía que la justicia ordinaria. La justicia indígena ha sido reglamentada en la Ley 073 (ley de deslinde jurisdiccional) que establece que la justicia indígena es una práctica vigente, milenaria, positiva y legal, basada en principios y valores conforme a las prácticas transmitidas de generación en generación, es decir, una visión basada en los derechos cósmicos, y que está reconocida por los sistemas jurídicos de Bolivia desde la entrada en vigencia de la nueva Constitución. La justicia indígena en los pueblos de Bolivia, promueve un

⁷⁶ Ley 103 de 1995 que regula la violencia contra las mujeres y la familia.

⁷⁷ Ver H. Jurguen Brandt. Cambios en la justicia comunitaria y factores de influencia: Perú y Ecuador. Serie de justicia comunitaria, Vol.9, Instituto de Defensa Legal (IDL), Lima, 2013.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 60.

sistema de escarmiento, que busca el resarcimiento de los daños y la reintegración del individuo a la comunidad, como nos señala Boaventura de Sousa⁷⁹.

Tal como se hizo con el caso de Ecuador, ilustraremos cómo se da la relación de interlegalidad, examinando el caso del Pueblo Guaraní, cuyo sistema de justicia ha sido objeto de diversos estudios⁸⁰. En el caso del Pueblo Guaraní, nos señala Boaventura, la justicia se basa en los siguientes principios: la unidad entre comunidades, la autonomía, la libertad, el amor al prójimo y la naturaleza, el respeto a hombres y mujeres y la solidaridad. Sin embargo, las mujeres guaraní, pese a los cambios en las normas bolivianas, que promueven la igualdad entre hombres y mujeres, y los mismos principios en que se basa la justicia guaraní, siguen manteniendo una situación de subordinación frente a los hombres.

- **Identificación de conflictos:** Violencia intrafamiliar, violaciones y agresiones sexuales⁸¹.

- **Formas de solución de éstos conflictos en la justicia indígena:** Primeramente, se tratan de solucionar los problemas al interior de la comunidad, llamando y avisando a las familias a través de la conciliación. En segundo lugar, si ésta solución ya no es posible, se acude a autoridades de la justicia ordinaria. En este sentido, la Capitana Justa Cabrera manifiesta las dificultades que han tenido las mujeres indígenas para que se asuma por parte de la justicia consuetudinaria la resolución de casos de violencia sexual, por lo que se ha tenido que recurrir a la justicia ordinaria:

⁷⁹ B. de Sousa Santos y J. Exeni. Justicia Indígena, Plurinacionalidad e Interculturalidad en Bolivia. Fundación Rosa Luxemburg, Ediciones ABYA YALA, Quito, 2012.

⁸⁰ Ver: *Ibíd.*, p.678 y; M. Lang y A. Kucia. *op.cit.*

⁸¹ El caso de violaciones es frecuente en la zona. Generalmente los casos son derivados directamente a la justicia ordinaria y denunciados ante las autoridades de la policía, pero se debe informar de igual modo a las autoridades comunales. Los casos de violación son considerados como un acto grave y los infractores son expulsados del pueblo.

“asumí la responsabilidad de llevar adelante la defensa de las mujeres, asumiendo diferentes casos de violación y cuando es de violación, hasta las mujeres se ponen en contra de una. Muchas veces me he visto solita ante juez, primeramente llamando a las autoridades de las comunidades. (...) No ha habido mucho oído a la súplica de defender a las mismas mujeres. (...) También así tuve que acudir a la justicia ordinaria. Creo yo que las mujeres asumimos la responsabilidad de la defensa de nosotras mismas, y porque desde las jovencitas que vienen atrás de nosotros, asumir esa responsabilidad de dirigentes, de lideresas. Incluso me han ofrecido sobornos. La dignidad de una mujer no está en venta les respondía yo: lo que yo quiero es justicia, nada más”⁸².

Boaventura señala que estos casos son tratados al interior de la comunidad, buscando la “restauración de las parejas” y el restablecimiento de las relaciones interpersonales. En los casos en los que el agresor no tenga disposición para resolver los conflictos y siga trasgrediendo las normas comunales, se le deriva a la justicia ordinaria⁸³.

- **Sanciones:** Estas se dan de acuerdo a los estatutos y reglamentos del buen vivir que hay en la comunidad, las que pueden consistir en disculpas públicas a las mujeres, con el fin de restituir el orden comunitario, o en hacer llamadas de atención y multas. Los casos de violación son derivados a la justicia ordinaria y en su mayoría son cometidos por “ajenos a la comunidad”, profesores, policías, etc.
- **Participación de las mujeres en administración de justicia:** Por una parte, están las mujeres que acuden a buscar justicia y, a diferencia de Ecuador, sí hay autoridades mujeres, como por ejemplo, la Capitana Justa Cabrera. En los Pueblos de Bolivia, la Capitanía Grande es la máxima autoridad de los pueblos indígenas y pueden administrar justicia⁸⁴.

⁸² M. Lang y A. Kucia. *op.cit.*

⁸³ *Ibidem.*, p.682.

⁸⁴ M. Lang y A. Kucia. *op.cit.*

- **Experiencia de coordinación:** Pese a la existencia de una ley de deslinde, no se han dado experiencias directas de coordinación y en la práctica, la relación que se ha establecido con la justicia ordinaria, es que a ésta llegan los casos más graves que no han tenido solución al interior de la comunidad. Es por esto, que actualmente se está buscando la manera de compatibilizar y armonizar la justicia indígena y la justicia ordinaria, por ejemplo, en otras provincias de la Amazonía, se ha creado la figura de los “promotores del buen trato”.

Bolivia, de entre los países que hemos revisado, es el único que cuenta con una ley de coordinación o de deslinde. En el caso de la protección de los derechos de las mujeres, la coordinación es más visible, pues están más empoderadas, exigiendo que se respeten sus derechos individuales en los contextos indígenas, reclamando participar como autoridades (como en el caso de Charagua) y cuando actúan como demandantes, buscan que se les respete, y se sancione al agresor.

c. Perú:

En Perú se reconoce la jurisdicción indígena desde 1993 como un derecho constitucional de las comunidades campesinas, nativas y pueblos indígenas. El artículo 149⁸⁵ que establece dicho reconocimiento, se encuentra ubicado en el capítulo correspondiente al Poder Judicial, estableciendo además, que mediante una ley especial se incorporarán los mecanismos de coordinación entre los sistemas de justicia o, por lo menos, entre autoridades jurisdiccionales (ley que hasta la fecha no se ha dictado). En la actualidad existen algunas experiencias de coordinación que se han venido dando desde las necesidades de las poblaciones rurales o campesinas, generalmente, en espacios locales.

Las autoridades indígenas varían según las zonas. En el caso del norte del Perú, las instituciones de jurisdicción indígena que gozan de mayor legitimidad son las Rondas

⁸⁵ La Constitución Política del Perú de 1993, reconoce en su artículo 149, la facultad de las autoridades de comunidades campesinas y nativas a administrar su propia justicia con el auxilio de las rondas campesinas, teniendo como límite el respeto de los derechos humanos.

Campesinas, que a su vez, tienen en su interior una Ronda Femenina. En el caso del sur y centro, son las autoridades comunales, y quien está encargado o encargada de administrar justicia es el juez o jueza de paz. Estos últimos son elegidos por su comunidad, pero nombrados y reconocidos por el Poder Judicial para ejercer el cargo y no necesitan ser abogados o tener algún estudio de derecho, sino que administran justicia de acuerdo con las normas de la comunidad y su “leal saber y entender”, reconocidos así por la Constitución del Estado.

En el caso de las Rondas Campesinas, ellas surgen en 1976 como una forma comunitaria de enfrentarse al abigeato y a la delincuencia, y han ido ganando legitimidad, respondiendo a demandas de seguridad, justicia y representación política. Por su función como administradores de justicia, y ofrecer una justicia cercana y rápida, es que son una de las expresiones de pluralismo jurídico en el Perú⁸⁶. La Ley N° 27.908, de Rondas Campesinas, establece que las mujeres participarán tanto en roles directivos como en otros en igualdad de condiciones. En este sentido, en cada Ronda Campesina, hay un comité de Rondas Femeninas que son las encargadas de apoyar en la administración de justicia cuando los casos tengan relación con violencia contra las mujeres, niños y niñas.

Otra figura reconocida en el sistema de la justicia en la zona sur del Perú, sobre todo en el Cusco, son las Defensoras Comunitarias, que son mujeres organizadas frente al problema de la violencia familiar del que son víctimas muchas mujeres indígenas. Forman parte de los sistemas de justicia local, y por lo general, son las encargadas de establecer coordinaciones entre ambos sistemas de justicia, el ordinario-estatal y el indígena, para el respeto de los derechos de las mujeres. Uno de los objetivos de las Defensoras Comunitarias, es visibilizar el problema de la violencia intrafamiliar y de esta forma, hacer notar a las mujeres y a la sociedad que el problema de la violencia no es algo privado, sino que debe ser asumido como un problema de interés público.

⁸⁶ R. Yrigoyen y V. Zulma. Jurisdicción Indígena y Derechos Humanos. CIDH 141º período de sesiones, Washington, 2011.

- **Identificación de conflictos:** Los casos que conocen tanto las Rondas Campesinas como los jueces y juezas de paz, y que están vinculados a las mujeres, son casos de violencia intrafamiliar, alcoholismo, celos e infidelidades, alimento y mantención de hijos e hijas, así como problemas de reconocimiento de hijos e hijas.
- **Formas de solución de conflictos en la justicia indígena:** En general, la conciliación es la forma más utilizada en la resolución de conflictos en la justicia indígena, tanto en el caso de Rondas Campesinas, como en el caso de la justicia de paz. En primer lugar, se hace una denuncia y se cita al denunciado (ya sea por parte del juez o jueza de paz o el Comité de Rondas). Si la conciliación fracasa, el acuerdo forzado es la segunda forma de solución que tienen las Rondas⁸⁷, el Comité de Rondas decide y aplica una sanción. Finalmente, también existe como sanción la multa, que se da, generalmente, en casos de reincidencia. Podemos destacar también, como métodos anticipados de solución de conflicto, las cláusulas de aseguramiento, que son medidas orientadas a asegurar el cumplimiento de los compromisos y de las obligaciones establecidas en las actas. En los casos de violencia intrafamiliar, estas cláusulas se usan en un 50 % de los casos, siendo los garantes de su cumplimiento, los padrinos del matrimonio o un familiar cercano.
- **Sanciones:** Son en general llamadas de atención, trabajo comunal, ejercicios físicos, y en última instancia, el castigo físico, que es ejercido por los familiares de la víctima. Otra de las sanciones es el pago de multas.
- **Participación de las mujeres en administración de justicia:** En el caso de las Rondas Femeninas, ellas, en conjunto con los ronderos, son quienes administran justicia en casos que se afecten derechos de las mujeres, con el fin de proteger sus derechos en situaciones de violencia. Es interesante destacar que son cada vez más las mujeres que ejercen el cargo de juezas de paz, lo que no siempre resulta fácil, ya

⁸⁷ H. Brandt. *op.cit.*

que en algunos casos este cargo les genera conflictos en la comunidad o con sus familias.

- **Experiencia de coordinación:** En algunas comunidades de Cajamarca, se ha logrado tener coordinaciones con la Fiscalía y el Poder Judicial para los casos de violencia intrafamiliar. Sin embargo, muchas veces los fiscales no reconocen la labor de las Rondas Campesinas y allí surgen los conflictos.

En el caso peruano, el trabajo hecho por las defensoras comunitarias es un ejemplo de coordinación local entre sistemas de justicia, puesto que ellas generan diálogos entre las autoridades que administran justicia, tanto ordinaria como indígena, y se encargan de orientar a las mujeres que decidieron romper el silencio y siguen su ruta crítica para que sus voces sean oídas por las autoridades que administran justicia. Lo que ha ido enriqueciendo el trabajo para mejorar el acceso a la justicia de las mujeres en las zonas rurales, ha sido el énfasis en la formación de capital humano y social capaz de implementar cambios y proponer una mirada diferente e intercultural al problema.

d. Colombia:

En el caso de Colombia, la Constitución reconoce la pluralidad étnica y cultural de la Nación en el artículo 7 y el derecho de ejercer la propia justicia en el artículo 246. Para referirnos a los casos de interlegalidad debemos tener en consideración que en el sistema jurídico estatal se encuentra contemplado el fuero indígena, es decir, que el sistema jurídico estatal respeta y reconoce la justicia indígena, particularmente, en el ámbito penal. En efecto, si un indígena comete un delito, no es penalizado conforme al Código Penal común, sino que es juzgado al interior del pueblo, con el límite del respeto a la Constitución y la ley.

Cuando hay conflicto de jurisdicciones, esto se regula en gran medida por la jurisprudencia⁸⁸. Uno de los antecedentes mas relevantes que encontramos en este sentido, es la sentencia C-370 de 2002, de la Corte Constitucional colombiana, en la que fue invocado como inconstitucional el artículo 33 del Código Penal colombiano,⁸⁹ que excluye de la penalización a los miembros de pueblos indígenas al equipararlos con inmadurez psicologica o transtornos mentales. La controversia se basó en que este artículo ponía a los indígenas en la misma categoría de los niños y niñas y enfermos mentales en cuanto a la exclusión de punibilidad, desconociendo así, la diversidad cultural que la Constitución de Colombia reconoce. En este sentido, la Corte determinó que el hecho de juzgarse a las personas de manera diferente en razón de su diversidad socio-cultural, no significa que se deba asimilar su estatus a la de personas con incapacidades mentales o psicológicas, y que por lo tanto, haciendo una interpretación correcta del fin de la prescripción normativa, no se debería eliminar la norma, pues resultaría perjudicial para el reconocimiento de la diversidad cultural. En virtud de esta determinación, la Corte Constitucional señaló que si el proceso penal ante la justicia ordinaria ya ha sido iniciado, debe continuar como tal con el fin de cumplir con su carácter simbólico de investigación y condena de un acto punible. Sin embargo, si una vez finalizado el proceso hay sanción, ésta no se aplica, con el fin de que se respete la diversidad cultural y la cosmovisión de la persona juzgada. En esos casos, el indígena continúa siendo juzgado al interior de su comunidad. En este sentido, los indígenas colombianos pueden y acceden tanto a la justicia indígena, como a la justicia ordinaria. A continuación, revisaremos los casos de justicia indígena referida a mujeres y violencia intrafamiliar.

⁸⁸ M. Duarte. Violencia Intrafamiliar en el Pueblo Nasa (Paeces) Un caso de pluralismo Jurídico. En: A. Pequeño (comp.). Participación y políticas de mujeres indígenas en América Latina, FLACSO, Quito, 2009.

⁸⁹ El art. 33 del Código Penal colombiano establecía lo siguiente: “Inimputabilidad. Es imputable quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez sicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares”.

Duarte⁹⁰, nos relata los casos de violencia intrafamiliar que se dan en el pueblo Nasa. En el caso de las mujeres Nasa, entre los años 1986 y 1988, decidieron organizarse en el programa Mujer, promovido por el Estado, que tenía como objetivo aportar a la armonía y buen vivir de la sociedad Nasa, buscando una participación más activa de las mujeres Nasa en los roles políticos de la sociedad. Asimismo, este programa buscaba establecer complementariedades entre sus conocimientos como mujeres portadoras de la cultura indígena y el debate actual acerca del reconocimiento y reivindicación de los derechos humanos de las mujeres.

Sin embargo, esta participación activa de las mujeres Nasa generó conflictos al interior de las familias, ya que los hombres consideraban que las mujeres descuidaban sus “labores” para dedicarse a otras actividades. De todas formas, esto ha ido cambiando con el pasar de los años, considerando que el debate sobre los derechos de las mujeres está cada vez más presente, y porque las mujeres exigen cada vez más participación en los espacios públicos. En su investigación, Duarte detectó que un tipo de violencia que sufren las mujeres Nasa, es que se coarta su participación política, pues se considera que ésta rompe el equilibrio, tanto de la sociedad, como de la familia. Sin embargo, esto no se condice con los principios que los líderes Nasa promulgan como centrales de su cosmovisión, que son la unidad y el bienestar del pueblo Nasa.

Otro caso de pluralismo jurídico en Colombia, es el caso de la justicia Wayuu. Los Wayuu se orientan por la línea matrilineal, son 1600 clanes que dependen de una línea matrilineal. Cada clan tiene un origen ancestral, basado en el agua, ya que son un grupo de cultura del desierto. El clan está integrado por mujeres y hombres, donde el tronco común es una mujer. Cada clan tiene un nombre, y cada territorio tiene una adscripción, según un pozo de agua o según el cementerio. Uno de los aspectos más interesantes a efectos de este estudio, es que las mujeres son quienes ejercen la administración del clan, pero son los hombres o los tíos maternos quienes imparten la justicia ancestral Wayuu.

⁹⁰M. Duarte. *op.cit.*

- **Identificación de conflictos:** En el caso del pueblo Wayuu, son los palabreros (tíos maternos de mayor reconocimiento social, en toda la región) quienes conocen de todos los conflictos que se suscitan en la comunidad. Son las personas a quienes llamamos juristas; algunos arreglan matrimonios, otros arreglan violaciones, otros arreglan asesinatos, pero siempre bajo la ley *Wayuu* que es la ley de la palabra. Para el wayuu la armonía viene de la palabra y los clanes se respetan a través de la ley de la palabra, que debe ser ejercida por los palabreros⁹¹.

Para las mujeres Nasa, por su parte, los principales problemas que generan violencia intrafamiliar, son las disputas de tierras, las infidelidades, los robos y la debilidad organizativa. Estas situaciones generan debilidad al interior de la comunidad y por ende, debilidad en el pueblo Nasa.

- **Formas de solución de los conflictos en la justicia indígena:** En el caso de los Wayuu, cuando se define un problema entre clanes, dos palabreros arreglan los problemas, sea cual fuere. Para esto, primero consultan a las mujeres de los clanes sobre qué decisión tomar, y si bien son los palabreros los que determinan las soluciones, es la mujer quien da la opinión final. Para las mujeres Nasa, por otro lado, empezar con su participación en el sistema político ha sido básico para ir ingresando también al sistema jurídico⁹². En el sistema jurídico Nasa nos indica Duarte, no hay definiciones predeterminadas sobre las conductas que pueden generar desequilibrio en la comunidad, como tampoco existe una pena predeterminada para cada conducta. Se juzgan los casos de acuerdo con la gravedad de cada situación particular. La justicia es ejercida por la autoridad del “resguardo indígena” que es la unidad territorial en la que los Nasa pueden administrar justicia.

⁹¹ M. Lang y A. Kucia, *op.cit*, p.180.

⁹² M. Duarte. *op.cit*.

- **Sanciones:** El tipo de sanción más común es la reparación económica, ya sea con ganado o con dinero en la Justicia Wayuu. En el caso del Pueblo Nasa depende del caso concreto.
- **Participación de las mujeres en administración de justicia:** Las mujeres Nasa, han comenzado a formar parte de la justicia comunitaria, en especial, a ser parte activa de las diferentes formas de autoridad indígena (el tu'tenza o cabildo, la Nasa Wala o asamblea, el Te' Wala o médico tradicional, y el Consejo de Mayores), a fin de que sus necesidades (entre ellas la resolución de la violencia intrafamiliar), sean más comprendidas en el colectivo. Duarte⁹³, en una entrevista hecha a Filomena Yocué, dirigente nasa, señala lo siguiente:

“(...) a veces el cabildo no sabía cómo solucionarlo, como arreglar el problema, entonces en realidad hubo dificultad, ahora yo pienso que se ha cambiado y las mismas mujeres han dicho como puede ser, como ha de ser la forma de solucionar los conflictos (...)”.

- **Experiencia de coordinación:** En cuanto a las formas de coordinación Miguel Valvueda, palabrero wayú, nos dice⁹⁴:

“¿Cómo llegan los jueces indígenas a estar iguales a un juez urbano? Se promulgó el artículo séptimo que habla del país multicultural y pluricultural y las altas cortes sentenciaron también basadas en el Convenio 169 de la OIT, de que al existir esa promulgación habían diversas formas de moral en el país y al haber diversas formas de moral había que establecer diversas formas de justicia, tanto en zona urbana como rural. Y cada ciudadano podía adscribirse a la justicia que él considerase según su cultura, entonces a partir de ese tipo de conceptualización comenzaron a hablar de esa reforma estatutaria, como lograr que el palabrero *wayuu* o el cacique guitoto o el capitán en otras comunidades se igualara a ese papel. Lo están haciendo a medida que

⁹³ *Ibíd.*

⁹⁴ M.Lang y A.Kucia. *op.cit.*

cada pueblo indígena lo va conociendo, lo va aplicando. En el caso de los *wayuu*, ya ellos van a los magistrados, frenan extradiciones porque tienen todo el poder de la Constitución para hacerlo”.

Para el Pueblo Nasa la coordinación se da cuando hay una mujer indígena nasa que está casada con un no –indígena y esos casos los ven en las comisarías de familia. No hay mayores experiencias de coordinación.

IV

Conclusiones

Hemos visto a través de los casos estudiados que existen diversas iniciativas en la Región Andina que están incorporando y reivindicando los derechos de las mujeres al interior de las comunidades.

A pesar de las diferencias y discusiones al interior de las comunidades, hoy en día las organizaciones indígenas no pueden evitar el debate respecto a los derechos de las mujeres; ya que por un lado los pueblos indígenas no se encuentran aislados de las dinámicas globales, y por otro, las mujeres indígenas exigen un lugar en el espacio público. Entonces, es importante tener en cuenta que estas tradiciones, en tanto elementos culturales, obedecen a procesos dinámicos resultantes de tensiones y armonizaciones constantes entre las interpretaciones y las reinterpretaciones que el colectivo haga de sí mismo y de su entorno.

Desde lo analizado, podemos plantear que una forma de propiciar la igualdad al interior de los pueblos indígenas, respetando la autonomía jurisdiccional de ellos mismos, sería-como en el caso del pueblo Nasa de Colombia- fomentando una más amplia participación de las mujeres indígenas tanto en las instancias estatales como dentro de los pueblos indígenas, a fin de que puedan aportar su propia visión sobre su cultura y los derechos de las mujeres. Todo ello, para que exista la posibilidad de generar transformaciones en el sistema jurídico estatal y también para que continúen

transformando y renovando su propio sistema jurídico. Lo anterior permitiría aprovechar las experiencias que han venido acumulando bajo la concepción del equilibrio y la armonía colectiva que caracteriza su sistema cultural.

Uno de los elementos estructurales en ambos sistemas es que las desigualdades de género marcan tanto al Derecho positivo como al Derecho indígena, de modo que es necesario avanzar hacia la interlegalidad, pero con una visión crítica -desde una perspectiva de género- de la legalidad tal como se aplica, basada en los valores culturales, y protegiendo el ejercicio de los derechos humanos de las mujeres.

Los cambios en los sistemas de justicia ordinaria e indígena con respecto a los derechos de las mujeres se vienen dando de a poco en América Latina. En el caso de las mujeres indígenas, el cambio se viene haciendo a través de un proceso coordinado entre pueblos indígenas, estados y organizaciones de la sociedad civil. El reconocimiento de derechos de las mujeres indígenas y su reivindicación en los espacios comunales, es un proceso que viene dando pequeños pasos y es un desafío para los Estados latinoamericanos fortalecer sus sistemas de acceso a la justicia y enfatizar políticas públicas que incluyan enfoques de interculturalidad e igualdad de género. En ese camino vamos.