



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE
ESCUELA DE POSTGRADO

UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
PROGRAMA DE MAGISTER
CON MENCIÓN EN DERECHO PENAL

**CONVENIO 169 DE LA OIT Y LOS ACUERDOS REPARATORIOS
EN DELITOS DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR**

Actividad Formativa Equivalente a Tesis (AFET) para optar al grado
académico de Magister en Derecho con Mención en Derecho Penal

Autor: Doris Mabel Silva Alarcón

Profesor Guía: Felipe Abbott Matus

Temuco, Agosto de 2017

RESUMEN

Los Acuerdos reparatorios como salidas alternativas al sistema procesal penal en nuestro país se encuentran prohibidos conforme al artículo 19 de la Ley N° 20.066 sobre violencia intrafamiliar, sin embargo, por aplicación del Convenio N° 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, a partir del año 2011, la Defensoría Penal Pública, en la Región de la Araucanía, ha logrado la aprobación de acuerdos reparatorios en delitos de lesiones menos graves en contexto de violencia intrafamiliar, fundados en la costumbre de los pueblos de la etnia mapuche, argumentando que estos resuelven sus conflictos través de la negociación al interior de sus comunidades. Estos fallos fueron recurridos por el Ministerio Público y confirmados por la Corte de Apelaciones de Temuco. El trabajo expone los argumentos jurisprudenciales, así como la tesis de la Defensoría y del Ministerio Público en cuanto a sus alegaciones, en el primer caso, por hacer prevalecer el Convenio, y en el segundo caso por hacer aplicables las normas de la Ley N° 20.066. El análisis de la discusión se desarrollará considerando las normas y principios contenidos en el Convenio N° 169, los antecedentes de su consagración como cuerpo normativo de reconocimiento y protección de los derechos de los pueblos indígenas, las normas de la Ley N° 20.066 sobre violencia intrafamiliar, los acuerdos reparatorios como salidas alternativas al proceso penal y los tratados internacionales vigentes en nuestro país relativos al reconocimiento y protección de los derechos humanos.

Palabras claves: acuerdos reparatorios, violencia intrafamiliar, derechos fundamentales, pueblos indígenas, costumbre indígena.

ABSTRACT

The reparatory agreements as alternative solutions to the penal procedural system in our country are prohibited according to the N° 20.066 Law, article 19 about domestic violence, however, according to the application of N° 169 agreement of OIT about indiginous and tribal people in independent countries, since 2011 the penal public legal counsel, in the región “de la araucania”, has achieved the

approval of reparatory agreements in domestic violence misdemeanors, founded in mapuche people customs or habits, explaining the fact that mapuche people solve their important issues through negotiations inside the community. The results were appealed by the Public Ministry and confirmed by the “Temuco” appellate court. The investigation exposed the jurisprudential arguments, just like the public ministry and legal counsel thesis regarding to their arguments, in the first case, to makes prevail the agreement, and in the second case to makes it applicable in regulations of N° 20.066 law.

The discussion analysis going to be develop considering regulations inside the N° 169 agreement, the antecedents of their recognition as indigenous people rights protector and normative group. The regulations of N° 20.066 law about domestic violence, The reparatory agreements as alternative solutions to the penal process and the international current treaties in our country related to the human rights protection and recognition.

Key words: reparatory agreements, domestic violence, fundamental rights, indigenous people, indigenous people customs.

INDICE

	Página
Introducción	6
1. Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes	8
1.1 Antecedentes de la aprobación del Convenio N° 169	8
1.2 Principios y contenido del Convenio N° 169	12
1.3 Recepción del Convenio N° 169 en el Derecho Chileno	17
2. Derechos Internacional de Los Derechos Humanos en materia de violencia intrafamiliar	20
3. Ley N° 20.066 sobre Violencia Intrafamiliar	25
3.1 Antecedentes de la aprobación de la Ley N° 20.066.	25
3.2 Penalización de la conducta constitutiva de violencia intrafamiliar	26
3.3 Críticas a la penalización de la violencia intrafamiliar	27
4. Los acuerdos reparatorios	30
4.1 Contenido de los acuerdos reparatorios. Artículo 241 Del Código Procesal Penal.	30
4.2 Improcedencia de los acuerdos reparatorios. Artículo 19 de la Ley N° 20.066	34
5. Jurisprudencia.	36
5.1 Sentencias de la Corte de Apelaciones de Temuco que aceptan la procedencia de los acuerdos reparatorios.	36
5.2 Voto Disidente de la Corte de Apelaciones de Temuco que rechaza la procedencia de los acuerdos reparatorios	43
5.3 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco que rechaza la procedencia de los acuerdos reparatorios.	44
5.4 Voto Disidente de la Corte Suprema que aprueba la	45

procedencia de los acuerdos reparatorios.

Conclusiones	45
Bibliografía	48
Anexos	52

Introducción

El 04 de octubre de 2011, comenzó una interesante discusión jurídica al ser aprobado por el Juzgado de Garantía de Lautaro, en la Región de la Araucanía, un acuerdo reparatorio respecto del delito de lesiones menos graves en contexto de violencia intrafamiliar, en el cual víctima e imputado eran pertenecientes a la etnia mapuche, no obstante existir norma expresa de la Ley N° 20.066, que en su artículo 19, prohíbe la procedencia de los acuerdos reparatorios en materia de violencia intrafamiliar.¹

La discusión se inició al solicitar la Defensoría Penal Pública, en especial la Defensoría Mapuche, la aplicación del Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes de la OIT, vigente en Chile desde el 15 de septiembre de 2009, argumentando que al tratarse de personas de la etnia mapuche, era aplicable este instrumento jurídico internacional que, en su artículo 9 dispone que “deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros”, sosteniéndose por la Defensoría que los miembros de la etnia mapuche tienen por costumbre aplicar en conflictos de carácter penal el método de la negociación o acuerdos y que ello traducido a las instituciones del Código Procesal Penal significaría la celebración de acuerdos reparatorios, mediante el cual las partes involucradas convienen en poner término al proceso penal, así mediante disculpas públicas se ponía término al procedimiento, decretándose de inmediato el sobreseimiento definitivo del caso.

Las alegaciones de la Defensoría se extendieron a otros juzgados de garantía, en la Región de la Araucanía, en causas de lesiones menos graves en contexto de violencia intrafamiliar, aprobándose acuerdos reparatorios cuando se trataba de víctimas e imputados pertenecientes a la etnia mapuche. La Fiscalía apeló de estas resoluciones siendo, en los dos primeros años desde que surgió la discusión, todas confirmadas por la Corte de Apelaciones de Temuco², no obstante existir un

¹ Resolución del Juzgado de Garantía de Lautaro, en causa Ruc 1100529076-9, Rit N° 461-2011 de fecha 04 de octubre de 2011.

² Sentencia de fecha 27 de octubre de 2011 en causa Rol N° 955-2011.
Sentencia de fecha 23 de noviembre de 2011, en causa Rol N° 1034-2011.
Sentencia de fecha 04 de enero de 2012, en causa Rol N° 1192-2011.
Sentencia de fecha 19 de enero de 2012, en causa Rol N° 18-2012.
Sentencia de fecha 24 de enero de 2012, en causa Rol N° 43-2012.

voto disidente que fue del parecer de revocar la resolución apelada, atendiendo fundamentalmente a los principios de protección de la igualdad de trato y no discriminación y de la protección de la integridad física garantizados por la Constitución Política de la República. Ya en el año 2013 la Corte rechaza un acuerdo reparatorio acogiendo los argumentos sostenidos por el Ministerio Público.³ La Fiscalía recurrió de queja ante la Corte Suprema en tres de los fallos que confirmaron las resoluciones apeladas que daban lugar a los acuerdo reparatorios en delito de lesiones menos graves en contexto de violencia intrafamiliar, siendo rechazados dos recursos, y el tercero declarado inadmisibile.⁴

Para entender en forma más profunda la discusión que se expondrá es preciso referirnos en primer término al avance que ha tenido, en la esfera internacional, el reconocimiento y protección de los derechos de los pueblos indígenas, a los antecedentes del Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes y su recepción en nuestro país y como se ha avanzado hacia un consenso internacional en cuanto a reconocer a los indígenas su calidad de pueblos, su estatus de sujetos de derechos y la titularidad del derecho a la libre determinación, entendiendo este derecho como la posibilidad de los indígenas “de decidir autónomamente ciertos aspectos de sus vidas, dentro de los cuales, por cierto se encuentran, entre otros, el tipo de desarrollo al que aspiran, la disposición de los recursos naturales y la resolución de asuntos

Sentencia de fecha 04 de junio de 2012, en causa Rol N° 388-2012

³ En el año 2012 la Corte de Apelaciones de Temuco revocó en dos causas la resolución apelada, no dando lugar a los acuerdos reparatorios, sin embargo, en ambos casos se trató de delitos de amenazas en contexto de violencia intrafamiliar, y el argumento de la revocación fue de carácter procesal, señalándose que el bien jurídico no era de carácter disponible, no obstante, en el primero de ellos, se argumentó, además, que no se había acreditado la calidad y la costumbre indígena de los intervinientes; Sentencia de fecha 23 de febrero de 2012, en causa Rol N° 134-2012 y Sentencia de fecha 05 de marzo de 2012, en causa Rol N° 169-2012.

En el año 2013 La Corte de Apelaciones de Temuco rechazó la aprobación de un acuerdo reparatorio, acogiendo las alegaciones del Ministerio Público, estableciendo un nuevo criterio de equidad. Sentencia de fecha 03 de mayo de 2013, en causa Rol N° 220-2013

⁴ Sentencia de la E. Corte Suprema Causa Rol N° 10.635-2011 de fecha 04 de enero de 2011

Sentencia de la E. Corte Suprema Causa Rol N° 11.616-2011 de fecha 19 de enero de 2012 Causa Rol N° 11.616-11

Sentencia de la E. Corte Suprema Causa Rol N° 592-2011 de fecha 25 de enero de 2012.

comunitarios como la administración de justicia”⁵. Luego de estos antecedentes será preciso pronunciarnos acerca de la pertinencia, en el caso que nos convoca, en cuanto a invocar la aplicación del Convenio N° 169, a la luz de las normas y principios del propio Convenio, de las normas y principios sobre protección de la integridad física y síquica que consagra la Ley N° 20.066 sobre violencia intrafamiliar, los fundamentos de la prohibición de la aplicación de los acuerdos reparatorios en materias de violencia intrafamiliar y la realidad actual de comunidades indígenas de la región de la Araucanía.

1. Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes

1.1 Antecedentes del reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas:

El reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas constituye uno de los hitos más recientes en el desarrollo del derecho internacional público, destacándose como instrumentos internacionales que se refieren exclusivamente a estos, el Convenio N° 169 del año 1989 y la Declaración de la ONU sobre derechos de los pueblos indígenas del año 2007,⁶ normas que se consideran parte

⁵ GAETE URIBE, Lucía. El Convenio N° 169. Un análisis de sus categorías programáticas a la luz de su historia normativa. Revista Ius et Praxis, Año 18, N° 2, 2012, pp.119

⁶ En el contexto de la regulación internacional de los derechos de los indígenas, es posible destacar algunos instrumentos internacionales que de manera tangencial se refieren a los derechos indígenas.

En el sistema de la ONU es posible destacar los siguientes:

- Declaración Universal de los Derechos Humanos del año 1948.
- La Convención de la ONU para la Prevención y Sanción del Genocidio del año 1948.
- La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial del año 1965.
- El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos
- El Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales del año 1966
- La Declaración de los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas o Lingüísticas del año 1992.

En el Sistema Interamericano destaca la Convención Interamericana de Derechos Humanos del año 1969 que contempla un sistema jurisdiccional compuesto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Dentro de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se destaca el reconocimiento del derecho colectivo de los pueblos indígenas sobre las tierras tradicionalmente ocupadas, interpretando, en alguno de sus fallos, el concepto de territorio a la luz del Convenio N°169.

de un “corpus normativo denominado derechos de los pueblos indígenas, integrantes de la rama más amplia de los derechos humanos, con normas, principios, y órganos temáticos propios.”⁷

La preocupación por proteger los derechos de las personas indígenas surge a partir de la época de la colonización en el continente americano y africano y tiene mayor auge a partir del término de este período después de la Segunda Guerra Mundial. En principio la preocupación se centra en los indígenas habitantes de las colonias separadas geográficamente de los Estados que las administraban y que eran distintos en sus aspectos étnicos y culturales. Sin embargo, esta etapa se caracterizó por la asimilación y se excluyó, en nombre de la igualdad, toda jurisdicción especial distinta a la estatal, al surgir las naciones mestizas, con una identidad diversa del colonizador y se buscó por lo tanto hacer desaparecer a los indios dentro de esta naciente nación, imponiéndose una homogenización cultural forzosa por los criollos y mestizos que hegemonizaron lo procesos de independencia.⁸

El reconocimiento de los pueblos indígenas y tribales existentes al interior de países independientes surge del trabajo realizado por la Organización Internacional del Trabajo, institución creada el año 1919 como parte del Tratado de Versalles que puso fin a la Primera Guerra Mundial y que en el año 1946 se convirtió en una agencia especializada de la Organización de Naciones Unidas.

La OIT, principalmente, a través de su Secretariado, asume un rol muy activo en cuanto a realizar estudios y promover prácticas novedosas a fin de mejorar las condiciones laborales de la población indígena que se encontraba en “una especial condición de fragilidad”⁹, así en el año 1925 obtiene un mandato implícito de la Liga de las Naciones para regular la prevención del trabajo forzado semejante a la esclavitud. Durante el período previo a la Segunda Guerra Mundial se elaboraron una serie de convenios y recomendaciones relativos a las condiciones laborales de los pueblos nativos de las colonias, llamados “El Código

⁷ GAETE URIBE, Lucía. El Convenio N° 169. Un análisis de sus categorías programáticas a la luz de su historia normativa. Revista *Ius et Praxis*, Año 18, N° 2, 2012, pp. 118.

⁸ LILLO VERA, Rodrigo. “El Convenio 169 de la OIT y la Defensa Penal de Indígenas”. *Minuta Regional* N° 1. Departamento de Estudios de la Defensoría Penal Pública. Abril de 2010. pp.7.

⁹ GAETE URIBE, Lucía. El Convenio N° 169. Un análisis de sus categorías programáticas a la luz de su historia normativa. Revista *Ius et Praxis*, Año 18, N° 2, 2012, pp. 118.

Colonial". Posteriormente esta normativa fue revisada y reforzada con el apoyo de la Organización de Naciones Unidas, en el año 1955 se aprobó el Convenio N° 105 sobre la abolición del trabajo forzado y en el año 1957 se aprobó el Convenio N°107 relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semitribales.

El Convenio N° 107 se caracteriza por buscar el mejoramiento de las condiciones en las que viven los integrantes de los pueblos indígenas, entre sus avances se encuentra el hecho de que se utiliza por primera vez en el derecho internacional el concepto de población indígena como colectividad, reconociéndole el derecho colectivo a la tierra, el derecho a la educación en lengua materna, la costumbre y las formas con que tradicionalmente resuelven sus conflictos en la comunidad.¹⁰ No obstante sus avances, el Convenio N° 107 concibe la protección hacia las poblaciones indígenas como un proceso progresista de ajuste cultural, a través del cual, los indígenas podrían incorporarse a las fuerzas laborales de los países, utilizando las herramientas de la educación y el entrenamiento profesional. En este período existe una visión de indigenismo o asistencialismo que se funda en que los indios corresponden a un grupo de personas subordinadas y que transitan por etapas inferiores de la civilización, que es necesario integrar a la sociedad e incorporar al mercado para su propio desarrollo, en este período surge el concepto de minoría étnica.¹¹ El paradigma entonces fue la asimilación paulatina o integración de los indígenas a la cultura de los Estados de los cuales formaban parte entendiendo que esta protección sería transitoria hasta lograr su completa integración y superar su estado de segregación.

Los indígenas no estuvieron representados en la discusión y redacción del texto del Convenio N° 107, por ello en el Segundo Congreso Mundial de Pueblos Indígenas, realizado el año 1977, resolvieron rechazarlo totalmente.

Posteriormente, en el año 1986 el Secretariado de la OIT tuvo la iniciativa de revisar el Convenio N° 107 obteniendo la aquiescencia de la ONU para seguir regulando el tema indígena, revisión de la cual surgió el Convenio N° 169. La motivación de esta revisión estuvo marcada por un cambio de paradigma en cuanto

¹⁰ Ibid.p 80

¹¹ LILLO VERA, Rodrigo. "El Convenio 169 de la OIT y la Defensa Penal de Indígenas". Minuta Regional N° 1. Departamento de Estudios de la Defensoría Penal Pública. Abril de 2010. pp.7.

a los fundamentos de la protección de los derechos de los pueblos indígenas, abandonado la idea de asimilación paulatina o integración, noción que el Comité de Expertos a cargo de la revisión del convenio declaró destructiva, señalando que “la aspiración asimilacionista significaba la extinción de las formas de vida distintas de las de la sociedad dominante”¹².

El Convenio N° 169 es aprobado en el año 1989 y se caracteriza por subir los estándares de protección de los pueblos indígenas evolucionando desde el establecimiento de políticas públicas recomendadas, como era el caso del Convenio N° 107 al reconocimiento de derechos propiamente tales¹³. El Convenio surge como una normativa de protección de los derechos de las personas indígenas en su carácter colectivo, avanzando desde una postura de protección individualista, que fue el primer objetivo de las normas de protección de los indígenas surgidas a partir de la Organización Internacional de Trabajo, donde era necesario reconocer la dignidad e igualdad de los indígenas como trabajadores, iguales a todos los hombres, hacia una dimensión colectiva de la protección de los indígenas con el objeto de conservar su identidad y patrimonio cultural.¹⁴ Esta etapa se ha definido como la visión del derecho a la diferencia, y se caracteriza por reconocer que todo pueblo tiene soberanía en la concepción de su ethos, su cultura y proyecto colectivo y que no existen sociedades más valiosas que otras, valorando de igual manera sus procesos de conocimientos.¹⁵

Posteriormente al Convenio N° 169, el 13 de septiembre de 2007 la ONU aprueba la Declaración de la Naciones Unidas sobre Los Derechos de la Pueblos Indígenas del año 2007, luego de 25 años de preparación. La discusión que dio origen a esta Declaración, a diferencia de los Convenios 107 y 169 se caracterizó por una permanente participación y colaboración de los representantes de los pueblos indígenas.

¹² GAETE URIBE, Lucía. El Convenio N° 169. Un análisis de sus categorías programáticas a la luz de su historia normativa. Revista *Ius et Praxis*, Año 18, N° 2, 2012, pp.81.

¹³ MEREMINSKAYA, Elina. El Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Derecho Internacional y experiencias comparadas. Estudios Públicos N° 121, 2011, pp. 222 y 223.

¹⁴ VALDIVIA, Jose Miguel. Alcances Jurídicos del Convenio 169. Revista Estudios Públicos /en/ http://www.cepchile.cl/dms/archivo_4765_2887/rev121_JMValdivia.pdf. Consulta 10 de mayo de 2014.

¹⁵ LILLO VERA, Rodrigo. “El Convenio 169 de la OIT y la Defensa Penal de Indígenas”. Minuta Regional N° 1. Departamento de Estudios de la Defensoría Penal Pública. Abril de 2010. pp.7.

Como innovación, la Declaración reconoce el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas junto con establecer, en el artículo 46, una limitación a cualquier interpretación que pueda “quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados Soberanos e Independientes”.¹⁶

La Declaración fue aprobada con el voto en contra de Canadá, Nueva Zelanda, Estado Unidos y Australia, países que se caracterizan por tener importantes porcentajes de población indígena. Lo anterior, unido a su carácter no vinculante, al tratarse de una declaración y al aparente desinterés de otros países de transformarla en norma vinculante en el derecho interno, permiten señalar que no es posible aún considerarla como expresión del derecho consuetudinario internacional, siendo el Convenio N° 169 el único instrumento internacional de carácter vinculante que de manera específica regula los derechos de los pueblos indígenas.¹⁷

Luego de su aprobación las normas del convenio comienzan a ser paulatinamente aceptadas por los Estados y las organizaciones indígenas, lo que constituye, en opinión de algunos comentaristas, expresión del derecho consuetudinario internacional.

1.2 Principios y contenido del Convenio N° 169

¹⁶ MEREMINSKAYA, Elina. El Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Derecho Internacional y experiencias comparadas. Estudios Públicos N° 121, 2011, pp. 226

¹⁷ En este punto los profesores Santiago Montt y Manuel Matta se refieren a la pretensión de “gobernanza global” que caracterizaría al derecho internacional moderno situación que sería compartida por el derecho internacional indígena, lo que significa que los Estados, en materia de protección indígena, adquieren obligaciones que van más allá de aquellas a las cuales prestaron su consentimiento. Así señalan que la generalidad de los tratados de derechos humanos se caracterizan por estar redactados en un lenguaje abierto, teniendo un “potencial expansivo”, de esta manera el Convenio N° 169, dada su condición de tratado internacional, debe ser interpretado de conformidad al derecho internacional indígena y de los derechos humanos, incluyendo, según algunos, los textos aprobados con posterioridad al mismo, como es el caso de la Declaración de la ONU sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, que pese a no ser una fuente formal de derecho internacional es compatible y refuerza la aplicación de las normas del convenio. MONTT OYARZÚN, Santiago; MATTA AYLWIN, Manuel. “Una visión panorámica al Convenio OIT 169 y su implementación en Chile”. Estudios Públicos N° 121, 2011, pp 148 y 149.

El Convenio N° 169 fue aprobado en el año 1989 y entró en vigencia el año 1991. Cabe destacar que los representantes de los pueblos indígenas tuvieron participación, pero sin derecho a voto, por lo cual, en principio manifestaron su rechazo frente a este, sin embargo, posteriormente surgió una aceptación paulatina de sus normas por parte de los Estados y de las mismas organizaciones indígenas¹⁸.

El Convenio N° 169 es definido como el instrumento internacional sobre los derechos de los pueblos indígenas y tribales más completo, cuya influencia va más allá del número de países que actualmente lo han ratificado.¹⁹

Dentro de los principios que se destacan en el Convenio es posible señalar:

a.- El reconocimiento que los indígenas constituyen pueblos, lo que implica concebir a estos como grupos permanentes, llamados a conservar su identidad, formas de vida y organización, y no como sociedades transitorias destinadas a desaparecer luego de su asimilación cultural al estado del cual forman parte. En palabras del profesor Rodrigo Lillo, el reconocimiento de los indígenas como pueblo implica que los estados entienden la necesidad de preservar los conocimientos, valores, y normas de los pueblos; los cuales son – o pueden ser – diversas de las de los estados y este reconocimiento constituye la mayor novedad del Convenio desde la perspectiva de los derechos humanos, pues si bien, con anterioridad, el sistema internacional reconocía derechos específicos a los indígenas, es la primera vez que se establecen derechos que se ejercen por todo el pueblo considerado como tal.²⁰

¹⁸ La discusión que dio origen al Convenio N° 169 fue muy controvertida en cuanto a precisar el alcance del concepto de pueblos indígenas, de tierras o territorios y el concepto de consulta. El Secretariado fue partidario de usar el concepto de “pueblos indígenas” por estar más acorde con la terminología del derecho internacional y con la utilizada por los grupos indígenas, sin embargo se incorporó un precepto que excluye del Convenio el derecho a la autodeterminación de los pueblos, tal como es concebido en el derecho internacional; por su parte, se prefirió usar el concepto de tierras o territorios a fin de evitar que el concepto de territorios que proponía el Secretariado fuera atentatorio contra la soberanía nacional de los Estados y se rechazó la expresión “consentimiento” de los pueblos indígenas en torno a las medidas que les pudieran afectar reemplazándose el concepto por la expresión “consultas”.

¹⁹ GAETE URIBE, Lucía. El Convenio N° 169. Un análisis de sus categorías programáticas a la luz de su historia normativa. Revista *Ius et Praxis*, Año 18, N° 2, 2012, pp. .82

²⁰ LILLO VERA, Rodrigo. “El Convenio 169 de la OIT y la Defensa Penal de Indígenas”. *Minuta Regional* N° 1. Departamento de Estudios de la Defensoría Penal Pública. Abril de 2010. pp.4.

El Convenio avanza en cuanto a emplear el concepto de pueblos indígenas, abandonando el concepto de poblaciones indígenas que utilizaba el Convenio N° 107. Aunque se le critica el hecho de limitar el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas, al establecer en el artículo 1 N° 3 la prevención consistente en que la utilización del término pueblos no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional.

b.- Reconocimiento de la costumbre o derecho consuetudinario. El Convenio reconoce el derecho a conservar las costumbres e instituciones propias de los pueblos indígenas, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Al respecto el artículo 8.1 del Convenio establece que “Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados, deberán tomarse en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario” mientras que el artículo 8.2 establece 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”. Por su parte, Artículo 9.1. señala que “En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros” y el artículo 9.2 establece el deber de los tribunales de reconocer y dar aplicación al derecho consuetudinario indígena al decidir asuntos penales, disponiendo que “Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia”.

El artículo 34 de la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas reafirma este principio, al señalar que “los pueblos indígenas tienen derechos de promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus costumbres características, espiritualidad, tradiciones, procedimientos y prácticas y en el caso donde ellas existan, de acuerdo con los estándares de los Derechos Humanos internacionalmente reconocidos.

El profesor Lillo señala que el reconocimiento del derecho consuetudinario de los pueblos indígenas en el Convenio no implica aceptar la existencia de un derecho diferente al estatal, sino que este reconocimiento tiene un sentido diferente “porque el reconocimiento de la costumbre en el Convenio no excluye a los indígenas de la aplicación del derecho estatal y de los derechos humanos, sino además porque el derecho consuetudinario indígena no constituye un sistema por fuera del estatal, a modo de compartimiento cerrado, su relación es más bien de órdenes jurídicos que interactúan”.²¹ En segundo lugar, en cuanto al contenido de las normas de derecho consuetudinario, el profesor plantea que es un error buscar estas normas en el pasado ya que las sociedades indígenas no forjan culturas estáticas agregando que “las costumbres precoloniales o pre estatales de los pueblos indígenas pueden constituir un punto de partida, pero no explican su realidad actual y dinámica”²² y agrega que “en las sociedades que se rigen por el derecho consuetudinario lo jurídico está inmerso en lo social- en inclusive en lo religioso- lo que constituye una mayor dificultad para identificar por parte del tribunal, cuando estamos en presencia de una norma de derecho consuetudinario indígena”²³ . Para superar esta dificultad, y desde el punto de vista de la defensa penal, Lillo plantea la necesidad de recurrir a la antropología jurídica como herramienta para acreditar la costumbre invocada, agregando que esto implica asumir una postura interdisciplinaria.²⁴

En opinión de Lillo, “aunque el Convenio es explícito en establecer como límite a la aplicación de la costumbre de los pueblos indígenas, el respeto de los derechos fundamentales del sistema jurídico nacional y los derechos humanos reconocidos internacionalmente, la aplicación de esta norma constituye el dilema jurídico penal más relevante que plantea el Convenio y que consiste en el desafío de resolver el conflicto que necesariamente se genera entre la aplicación de derechos colectivos de los pueblos indígenas versus los derechos fundamentales de sus individuos”.²⁵ En este punto el profesor plantea que el estándar establecido

²¹ Ibid.p.11.

²² Ibid.p.12.

²³ Ibid.p.12.

²⁴ Ibid.p.14.

²⁵ Ibid.p.8.

en el Convenio, cual es la diversidad, solo es posible, en la medida en que pueda existir coordinación entre ambas instituciones.

c.- El Convenio avanza desde el reconocimiento de derechos individuales de las personas indígenas, al reconocimiento de derechos de carácter colectivos de los pueblos indígenas, orientados a conservar su identidad y patrimonio cultural. En este sentido el Convenio contiene una serie de normas²⁶ cuyos fines serían igualar los derechos de los integrantes de estos pueblos en un sentido colectivo, a los demás miembros de la población.²⁷

²⁶ Artículo 2. 1. Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad. Artículo 2.2 Esta acción deberá incluir medidas:

- a) que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población;
- b) que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones;
- c) que ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida.

Artículo 3.1. Los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación. Las disposiciones de este Convenio se aplicarán sin discriminación a los hombres y mujeres de esos pueblos, Artículo 3.2. No deberá emplearse ninguna forma de fuerza o de coerción que viole los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos interesados, incluidos los derechos contenidos en el presente Convenio.

Artículo 4.1 Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados.

Artículo 4.2. Tales medidas especiales no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados.

artículo 4.3. El goce sin discriminación de los derechos generales de ciudadanía no deberá sufrir menoscabo alguno como consecuencia de tales medidas especiales.

Artículo 8.1: Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres.

Artículo 8.2: Dichos pueblos deberán tener derecho a conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

Artículo 8.3: 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.

²⁷ SAN MARTÍN Ponce. María Angélica. Convenio 169 de la OIT y su aplicación en delitos en contexto de violencia intrafamiliar. Revista Jurídica del Ministerio Público. Septiembre de 2012. Pág 161.

1.3 Recepción del Convenio N° 169 en el Derecho Chileno.

El Convenio N° 169 sobre pueblos Indígenas y tribales en países independientes fue ratificado por Chile el 15 de septiembre de 2008 y entró en vigencia un año más tarde, luego de una larga tramitación en el Congreso Nacional.

El camino hacia la ratificación del Convenio se inició el año 1989 como un compromiso asumido por el candidato a la presidencia, don Patricio Aylwin Azócar a través de la firma del “Acuerdo de Nueva Imperial”, documento en el cual se comprometió frente al pueblo mapuche a iniciar el proceso de ratificación del Convenio, lo cual cumplió durante su gobierno ingresándolo al Congreso en el año 1991. El Convenio fue aprobado por la Cámara de Diputados el 11 de abril del año 2000 y el 04 de marzo de 2008 fue aprobado por el Senado, por 36 votos a favor y uno en contra.

Durante la tramitación del Convenio en Chile la discusión se centró en los mismos puntos controvertidos que se manifestaron durante la discusión del Convenio en la OIT,²⁸ estas aprehensiones se refirieron principalmente a los siguientes aspectos:

- El alcance del concepto pueblos indígenas y su relación con el derecho a la libre determinación y los efectos que ello pudiera producir en la estructura político administrativa del país y en los derechos de los no indígenas. Para un grupo de parlamentarios, quienes asociaban la utilización del término “pueblos indígenas” al derecho a la autodeterminación, entendían que reconocerles a los indígenas la calidad de pueblos implicaba reconocerles el derecho a formar otro estado dentro de nuestro país.²⁹
- El derecho de consulta previa y participación de los pueblos indígenas y los efectos que su opinión puede tener, especialmente cuando se trata de proyectos de inversión.
- La jerarquía normativa que se le asigne al Convenio, su categorización como tratado de derechos humanos de aquellos a los que se refiere el artículo 5 de la Constitución Política de la República y la calidad de autoejecutable de sus normas.

²⁸ GAETE URIBE, Lucía. El Convenio N° 169. Un análisis de sus categorías programáticas a la luz de su historia normativa. Revista *Ius et Praxis*, Año 18, N° 2, 2012, pp. 101

²⁹ *Ibid.* 95 y 96

- El cuestionamiento acerca de quién puede determinar el contenido de los derechos recogidos en los tratados internacionales y particularmente los derechos consagrados en el Convenio N° 169.

Respecto a la jerarquía normativa del Convenio, la importancia de considerarlo como tratado de derecho internacional de derechos humanos radica en el efecto que provoca en el ordenamiento jurídico chileno conforme al artículo 5° de la Constitución Política, ya que si se considera como tratado de derechos humanos pasa a formar parte del bloque de constitucionalidad lo que significa que el poder legislativo, en el ejercicio de su potestad legislativa no puede dejar sin efecto la aplicación del Convenio o afectar en su esencia los derechos que éste contiene y para el poder judicial implica incorporar el Convenio y su contenido a la hora de interpretar y aplicar la legislación vigente de acuerdo al principio de conformidad con la Constitución, por lo que no podría aplicar las normas que se contrapongan a alguna disposición interna, salvo que se trate de una pugna con normas constitucionales, situación en que la mayoría de la doctrina chilena señala que prima el derecho interno.³⁰

La recepción del Convenio N° 169 en nuestro ordenamiento jurídico ha sido bastante restringida y se han dado una serie de opiniones respecto al carácter de sus normas. Así para algunos las normas del convenio no constituirían derechos humanos, señalando que estos derechos están circunscritos al ámbito restringido de los pueblos indígenas, el destinatario de estos derechos no son los ciudadanos del mundo, sino algunos de ellos, por lo cual no puede afirmarse que la naturaleza del hombre incida en el reconocimiento de estos derechos.³¹ Otros han señalado que considerar a las normas del Convenio como aquellas a que se refiere el artículo 5° de la Constitución Política implicaría poner al Convenio y sus normas generales por encima de la potestad legislativa.³² Para otros, se trata de derechos humanos no individuales sino colectivos que se les reconocen a los indígenas en tanto pueblos y solo medianamente en cuanto individuo, con el objeto de proteger de modo especial la identidad cultural y las formas de vida.³³

³⁰ Ibid.p.110

³¹ Ibid.p.108

³² Ibid.p.109

³³ Ibid.

También hay discusión en cuanto a considerar que las normas del Convenio son o no autoejecutables, discusión surgida luego de que en el año 2000 un grupo de diputados presentara un requerimiento de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional y este al resolverlo, señalara que para aplicar internamente una norma contenida en un tratado internacional se debe distinguir si se trata de una clausula “self executing” o “non self executing”, definiendo a las primeras como aquellas que gozan de un contenido y precisión que les permite ser aplicadas sin otro trámite como fuente del derecho interno y las segundas consisten en aquellas que requieren, para su entrada en vigencia, de la dictación de leyes, reglamentos o decretos que las implementen y, con ello permita su aplicación como fuente del derecho interno, por lo que imponen al Estado la obligación de generar normas que les de vigencia efectiva. Conforme a este planteamiento si las normas del Convenio se consideran autoejecutables entonces los derechos que este consagra pueden ser exigidos por los indígenas directamente a través de los Tribunales. En cambio, si se considera a los derechos del Convenio como normas no autoejecutables habría que esperar la dictación de nuevas leyes o la modificación de aquellas normas que permitan aplicar el Convenio.³⁴

Ahora bien, se sostiene, que no obstante la discusión acerca del carácter de las normas del Convenio en nuestro derecho interno su sola aprobación es argumento suficiente para que sus disposiciones sean invocadas en apoyo de las demandas de los pueblos indígenas lo que además sería concordante con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de las opiniones de los órganos del Convenio que han sido categóricos al señalar que “los pueblos indígenas son titulares de derechos humanos, entre ellos, del derecho a la libre determinación en forma de autonomía y autogobierno, y que el corpus normativo conformado por los instrumentos internacionales específicos analizados, deben ser interpretados de forma progresiva, ampliando su contenido”.³⁵ En opinión de José Aylwin los derechos contenidos en el Convenio así como en la Declaración Americana y de la ONU sobre derechos indígenas tienen el carácter de principios legales generales internacionales y han sido aceptados por la Comisión y la Corte

³⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional, en causa Rol 309 de fecha 04 de agosto de 2000.

³⁵ GAETE URIBE, Lucía. El Convenio N° 169. Un análisis de sus categorías programáticas a la luz de su historia normativa. Revista *Ius et Praxis*, Año 18, N° 2, 2012, pp. 119

Interamericana de Derechos Humanos, a través de un sistema de interpretación evolutiva.³⁶

2. Derechos Internacional de Los Derechos Humanos en materia de violencia intrafamiliar

El reconocimiento de los derechos de las mujeres a la no violencia ha sido fruto de una incesante evolución a nivel internacional que ha considerado a las distintas expresiones de violencia en contra de la mujer como violación de sus derechos humanos y libertades fundamentales y que exige de los Estados una intervención seria y decidida. Desde esta mirada, la violencia que sufre la mujer al interior de la familia es un atentado en contra de sus derechos fundamentales y ha pasado de ser un problema privado, que se resolvía al interior de la familia, a ser un problema de interés público prevalente, como también se ha dado cuenta en la evolución legislativa de la violencia intrafamiliar en nuestro país.

En materia internacional se destacan algunos instrumentos internacionales en el reconocimiento del derecho a la no violencia en contra de la mujer, los cuales se complementan con los instrumentos de reconocimiento y protección de los pueblos indígenas en cuanto a proteger a la mujer indígena en su doble dimensión, mujer e indígena, y establece obligaciones para el Estado de Chile en cuanto a garantizar los derechos humanos de las mujeres indígenas. Al respecto las investigadoras Catalina Lagos Tschome y Constanza Nuñez Donald, en cuanto al derecho de las mujeres indígenas al derecho de acceso a la justicia, plantean la necesidad de una práctica judicial no solo con perspectiva de género sino además, “culturalmente sensible, que tome en consideración las distintas identidades y formas de dominación y exclusión que operan en la vida de las mujeres-indígenas”.³⁷

En primer término, la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer en su artículo 1, define la violencia contra la mujer como “todo acto de

³⁶ AYLWIN O, José. Implementación de la legislación y jurisprudencia Nacional relativa a los derechos de los pueblos indígenas: La experiencia de Chile. Tucson, Arizona, Estados Unidos, 1-22 octubre de 2005, pp.19.

³⁷ LAGOS.T. Catalina, NUÑEZ. D. Constanza. 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. Centro de Derechos Humanos,. pp.9.

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”.

La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, CEDAW,³⁸ en su artículo 1 establece que “la expresión discriminación contra la mujer denotará 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”. En la recomendación general N° 19 del Comité de la Convención del año 1992 se señala que la definición de discriminación del artículo 1 abarca “la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada. Se incluye actos que infligen daño o sufrimiento de índole física, mental, o sexual, las amenazas de esos actos, la coacción y otras formas de privación de libertad”.³⁹

Respecto a la discriminación que sufre la mujer, la recomendación general N° 25 del Comité de la Convención del año 2004, reconociendo la situación de discriminación que sufre la mujer, insta a los Estados a que tomen medidas transformadoras señalando que estos “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”.⁴⁰

Respecto a la violencia contra la mujer, la recomendación N° 21 b) del Comité de la Convención del año 2012 insto al Estado de Chile a “establecer una

³⁸ Ratificada por el Estado de Chile con fecha 17 de julio de 1980, promulgada mediante el Decreto N° 789 de 1989 y publicada en el diario oficial con fecha 09 de diciembre de 1989.

³⁹ Recomendaciones Generales adoptadas por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Recomendación General N° 19 (11° período de sesiones, 1992).

⁴⁰ Recomendaciones General N° 25, sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, referente a Medidas Especiales de Carácter Temporal.

estrategia y un plan de acción generales para impedir y eliminar todas las formas de violencia contra la mujer, con inclusión de las comunidades mapuches y otras comunidades indígenas, así como un mecanismo institucional eficaz para coordinar, supervisar y evaluar la eficacia de las medidas adoptadas⁴¹ y en la recomendación 21 f), recomendó que el estado “refuerce su sistema judicial para garantizar que las mujeres, particularmente las de grupos desfavorecidos, como las mujeres indígenas, tengan acceso efectivo a la justicia”.⁴²

El artículo 2 letra F) de la Convención establece como deber del Estado “Adoptar todas las medidas apropiadas o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan violencia contra la mujer”.

El Comité reconoce que las mujeres indígenas se encuentran en un situación más vulnerable al incluirlas dentro de la recomendación N° 42, referida a “grupos de mujeres desfavorecidas”, señalando que lamenta la falta de información detallada acerca de grupos desfavorecidos de mujeres, como las migrantes, las mujeres rurales, las indígenas y otras mujeres que se enfrentan a múltiples formas de discriminación y en su recomendación N° 43 insta al Estado de Chile a que facilite información y datos estadísticos completos, acerca de la situación de los grupos desfavorecidos de mujeres, en particular las mujeres migrantes, de las zonas rurales e indígenas.⁴³

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en la recomendación N° 16 manifiesta su preocupación por que los pueblos indígenas continúan viviendo en estado de pobreza y marginación y el acceso limitado de los pueblos indígenas, en particular de las mujeres, en varias esferas, principalmente respecto al trabajo, la vivienda, la salud y la educación e insta al Estado de Chile para que desarrolle, de la mano de los pueblos indígenas, políticas que busquen aumentar los niveles de educación y plena participación en la vida pública de los pueblos indígenas, y en especial de las mujeres.⁴⁴

En el sistema interamericano de Derechos Humanos la Convención Interamericana para Prevenir, Castigar y Erradicar la Violencia contra la mujer,

⁴¹ CEDAW.Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto de Chile, adoptadas por el Comité en su 53º período de sesiones (1º a 19 de octubre de 2012), pp.5.

⁴² Ibid. p.5

⁴³ Ibid. pp.10-11

⁴⁴ CERD. Observaciones finales sobre los informes periódicos 19º a 21º de Chile, aprobadas por el Comité en su 83º período de sesiones (12 a 30 de agosto de 2013), pp.6.

Belem do Para, establece en su preámbulo 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”⁴⁵ y define en el artículo 1 lo que debe entenderse por violencia contra la mujer, señalando que esta consiste en 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.

La Convención de Belén do Pará en su artículo 7 letra e) establece como deber de los Estados: Tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes o reglamentos vigentes, o para modificar practicas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer y en su artículo 8 letra b) establece el deber de los Estados de modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, las costumbres y todo otro tipo de prácticas que legitimen o exacerben la violencia contra la mujer.

En relación a los derechos de los pueblos indígenas, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos hace referencia a los derechos de estos, entendiéndolos como minorías étnicas, disponiendo en su artículo 27 que 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. Por su parte el Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su observación N° 28 sobre igualdad entre hombres y mujeres estableció un criterio de interpretación de los derechos, cuando su titular es una mujer, señalando que es necesario reconocer que los factores culturales influyen en la discriminación contra la mujer, disponiendo lo siguiente: “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

⁴⁵ Ratificada por el Estado de Chile con fecha 24 de octubre de 1996, promulgada mediante el Decreto N° 1640 de 1998 y publicada en el diario oficial con fecha 11 de noviembre de 1998.

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”.⁴⁶

Conforme a las normas internacionales vistas es posible señalar que en el tema que nos convoca existe una aparente contraposición entre los derechos a la integridad física y síquica y el derecho al acceso a la justicia en condiciones de igualdad respecto a las mujeres indígenas versus el reconocimiento de su cultura, y formas de vida al interior de sus comunidades particularmente en cuanto a la forma de resolución de conflictos en el área penal.

Esta contraposición sería solo aparente si se sigue la interpretación propuesta las profesoras Catalina Lagos y Constanza Nuñez, quienes plantean la necesidad de “considerar el contexto en que se desarrollan las comunidades indígenas y las particularidades culturales de sus titulares a la hora de interpretar sus derechos”⁴⁷, lo que han denominado interpretación culturalmente sensible. La consideración de estas circunstancias permitiría superar el paradigma de neutralidad en la interpretación de las normas, que lleva a situaciones de discriminación, avanzando hacia una interpretación evolutiva que permita dar concreción al principio de universalidad, entendiendo a este como “la plena realización de los derechos de todos y todas, incluidos los miembros de las comunidades indígenas”⁴⁸. Las profesoras sostienen que “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”.⁴⁹

⁴⁶ Observación General N° 28, Comentarios Generales adoptados por el Comité de Derechos Humanos, Artículo 3- La igualdad de derechos entre hombres y mujeres, 68° período de sesiones, U.N.HRI/GEN/1/Rev.7at207(2000).párr.5.

⁴⁷ LAGOS.T. Catalina, NUÑEZ. D. Constanza. 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. Centro de Derechos Humanos, pp 53

⁴⁸ Ibid. p.55

⁴⁹ Ibid.

3. Ley Nº 20.066 sobre Violencia Intrafamiliar

3.1 Antecedentes de la Ley Nº 20.066 sobre Violencia Intrafamiliar

El 07 de octubre de 2005 se publicó la Ley Nº 20.066 sobre violencia intrafamiliar la cual tiene por objeto prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar y otorgar protección a las víctimas de la misma.

La Ley fue fruto de una discusión legislativa iniciada por moción de las diputadas María Antonieta Saa y Adriana Muñoz, presentada con fecha 07 de abril de 1999. El propósito principal de esta iniciativa fue modificar la ley vigente en materia de violencia intrafamiliar, Ley Nº 19.325, de fecha 27 de agosto de 1994, con el deseo de mejorarla y modernizarla, subsanando en ella las desventajas, vacíos y problemas que habían surgido en su aplicación.

Dentro de los aspectos positivos de la ley anterior se destacaba el hecho de haber establecido claramente una conducta constitutiva de violencia intrafamiliar y la inclusión de la violencia psicológica dentro de esta conducta, en que el Estado comenzó a intervenir en capacitación de funcionarios y en programas de atención a víctimas, en proporcionar un marco básico de seguridad para las intervenciones interdisciplinarias, en el reemplazo de penas cortas privativas de libertad por procedimientos breves y en la consagración de mecanismos de protección, entre otros.⁵⁰

Dentro de los aspectos negativos de la Ley Nº 19.325 se evidenciaba el hecho de abordar con un mismo procedimiento conflictos tan distintos como el maltrato infantil y la violencia contra las mujeres, la falta de recursos necesarios para capacitar a los funcionarios que intervenían en el procedimiento, la falta de especialización de los juzgados civiles para afrontar los conflictos de violencia intrafamiliar, la deficiente aplicación de medidas precautorias por desconocimiento de los factores de riesgo de las víctimas y por ser aplicadas en forma inoportuna, lo cual implicaba una gran impunidad para los agresores y desprotección para las víctimas, la ineficiencia de las sanciones, en especial de las terapias, por falta de seguimiento y la gran cantidad de casos que terminaban en conciliaciones, etapa obligatoria que contemplaba la ley, terminando muchos casos en avenimientos

⁵⁰ MERA GONZÁLEZ-BALLESTEROS, Alejandra. "Delito de violencia intrafamiliar: los problemas de apelar indiscriminadamente a la solución penal". *Informe de Investigación Universidad Diego Portales*. 2004, pp 7.

forzados e ineficaces en sus contenidos, ya que el proceso se realizaba sin ningún resguardo para cautelar que la voluntad de la víctima sea libre.⁵¹

El 30 de agosto de 2001, el Ejecutivo formuló una indicación que sustituyó íntegramente el proyecto original presentado por las diputadas: Este nuevo proyecto tenía por finalidad establecer una nueva regulación sobre la materia por un lado y, en segundo lugar, pretendía a modificar la Ley N° 16.618, sobre Menores, a fin de someter los casos de maltrato infantil ocasionados en el contexto intrafamiliar a los alcances de dicha nueva regulación. El objetivo principal de esta indicación fue superar las dificultades observadas en la aplicación de la ley vigente, a fin de dotar al sistema jurídico de una regulación eficaz y operativa que dé respuestas integrales y oportunas frente al problema de la violencia en la familia. En atención a lo precedentemente señalado, la Comisión de Familia acordó, por unanimidad, realizar la discusión de este proyecto de ley sobre la base de la antedicha indicación sustitutiva del Ejecutivo, en consideración a que ella recogió los aspectos fundamentales que contenía el primer proyecto.

3.2 Penalización de la conducta constitutiva de violencia intrafamiliar

La Ley N° 20.066 sobre violencia intrafamiliar, tiene como innovación principal penalizar la conducta de violencia intrafamiliar y en este sentido presenta dos características: Primero, amplía la punibilidad de las formas de violencia, al crear el tipo penal de maltrato habitual, definido en el artículo 14 de la Ley como “El ejercicio habitual de violencia física o psíquica respecto de algunas personas referidas en el artículo 5º de esta ley”, agregando que para apreciar la habitualidad se atenderá al número de actos ejecutados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferente víctima, estableciendo que no se considerarán los hechos anteriores respecto de los cuales haya recaído sentencia penal condenatoria o absolutoria.⁵² En segundo lugar, la Ley aumenta la penalidad de conductas que ya eran típicas, lo cual ocurre en el caso en que el delito de maltrato habitual se superpone a una reiteración de faltas, también en la hipótesis de lesiones,

⁵¹ Ibid.

⁵² VAN WEEZEL De La Cruz A. Lesiones y Violencia Intrafamiliar. Revista Chilena de Derecho, vol. 35 N° 2, 2008, pp 248.

incorporando en la oración final del artículo 494 N° 5 del Código Penal que "En ningún caso el tribunal podrá calificar como leves las lesiones cometidas en contra de las personas mencionadas en el artículo 5° de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar" y en el caso de las lesiones menos graves, las que resultan agravadas en razón del contexto intrafamiliar, así lo dispone el nuevo artículo 400 del Código Penal, modificado por la ley N° 20.066 que dispone que "Si los hechos a que se refieren los artículos anteriores de este párrafo se ejecutan en contra de alguna de las personas que menciona el artículo 5° de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar, o con cualquiera de las circunstancias Segunda, Tercera o Cuarta del número 1° del artículo 391 de este Código, las penas se aumentarán en un grado".⁵³

Tanto la ampliación de la punibilidad como la exasperación de las penas encuentran su fundamento en la existencia de un contexto intrafamiliar que es definido en el artículo 5° de la Ley como "todo maltrato que afecte la vida o la integridad física o psíquica de quien tenga o haya tenido la calidad de cónyuge del ofensor o una relación de convivencia con él; o sea pariente por consanguinidad o por afinidad en toda la línea recta o en la colateral hasta el tercer grado inclusive, del ofensor o de su cónyuge o de su actual conviviente. También habrá violencia intrafamiliar cuando la conducta referida en el inciso precedente ocurra entre los padres de un hijo común, o recaiga sobre persona menor de edad, adulto mayor o discapacitada que se encuentre bajo el cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familiar".

De acuerdo al artículo 5° de la Ley, el concepto de violencia intrafamiliar es definido en término de determinadas relaciones entre el autor y la víctima, como en función de ciertas características que suponen una mayor indefensión de esta última, en la medida en que la víctima además se encuentre vinculada a lo que la ley denomina "grupo familiar" del autor.

3.3 Críticas a la penalización de la violencia intrafamiliar

Como se ha señalado la Ley N° 20.066 tiene su origen en la necesidad de superar las dificultades observadas en la aplicación de la ley anterior y así dotar al

⁵³ Ibid.p.248

sistema jurídico de una regulación eficaz y operativa que dé respuestas integrales y oportunas frente al problema de la violencia en la familia y como mecanismo de solución establece la penalización de la violencia intrafamiliar.

La profesora Alejandra Mera señala que el derecho, como instrumento de lucha, es uno de los medios disponibles para buscar solución al problema de la violencia intrafamiliar, pero no es el más deseable, cuestionando la penalización de los hechos constitutivos de violencia intrafamiliar, señalando que las medidas para buscar solución a este problema tan complejo deben ser múltiples, no solo desde la perspectiva penal.⁵⁴ De esta forma las agresiones de los hombres a las mujeres en el ámbito familiar imponen interrogantes como si efectivamente el derecho es idóneo para prevenir o para disminuir la violencia intrafamiliar, cuál es la intervención más adecuada y para qué fines, qué tipo de sanción es la más adecuada, prisión, salidas alternativas a la prisión, salidas alternativas al procedimiento, mediación, y qué valor debe tener la voluntad de la víctima en las decisiones que tomen los fiscales en el desarrollo del proceso.⁵⁵

De acuerdo a este planteamiento existen tres razones que explican los débiles resultados que ha prestado la justicia penal a la hora de resguardar los derechos de las víctimas de estos delitos:⁵⁶

1.-El sistema penal como medio de control social, reproductor de los valores sustentados por la sociedad patriarcal.

2.- La expropiación del conflicto de las víctimas de delitos por parte del Estado

3.- El escaso lugar que han tenido dentro del sistema penal las soluciones orientadas a la reparación, o bien, la unidireccionalidad de la respuesta penal: la cárcel.

Quiero detenerme en el tercer punto, toda vez que dice relación directa con la materia en estudio, cual es la improcedencia de los acuerdos reparatorios en violencia intrafamiliar.

⁵⁴ MERA GONZÁLEZ-BALLESTEROS, Alejandra. "Delito de violencia intrafamiliar: los problemas de apelar indiscriminadamente a la solución penal". *Informe de Investigación Universidad Diego Portales*. 2004. pp 3.

⁵⁵ *Ibid.*p.4.

⁵⁶ *Ibid.* pp. 12 y 13

En este punto, Mera se refiere a cierta experiencia acumulada en modelos comparados, que dan pistas sobre modelos de solución de conflictos que tienden a resultar, desde muchas perspectivas, beneficiosos para las víctimas, incluso más beneficiosos que la tradicional retributiva respuesta penal.⁵⁷ En este sentido se refiere al proceso de mediación, aplicado primeramente en países del mundo anglosajón, principalmente Canadá, Australia, Nueva Zelanda e Inglaterra. Estos modelos se enmarcan en la llamada justicia restaurativa que cuestiona la base retributiva del sistema de justicia criminal, privilegiando la idea de solución del conflicto entre víctima y el ofensor. Estos modelos han sido legitimados con los años, pero se discute si son adecuados para resolver conflictos de violencia sexual y doméstica.

En Europa y América Latina existen experiencias en mediación al interior del sistema penal, presentando cada modelo particularidades, pero teniendo en común el énfasis en un acuerdo negociado como tratamiento constructivo ante los conflictos. Existen tres objetivos en la ideología de la mediación:⁵⁸

- a. Crecimiento personal, entendido como asunción de responsabilidad, y atenuación de victimización secundaria, enfatizando la comunicación y elevación de la autoestima.
- b. Transformación social, relacionada a la pacificación y participación de la comunidad y la sociedad en general.
- c. Prestación de servicios menos costosos, más eficaces y satisfactorios para los implicados.

En el sistema penal, la mayor parte de los proyectos de mediación que se han desarrollado tienen una evaluación positiva de las víctimas que han participado de dichos procesos, quienes valoran el propio proceso más allá de la reparación material efectiva que reciban.

Parece ser que tomando las precauciones adecuadas y contando con personal capacitado, los espacios de mediación ofrecen un escenario atractivo para resolver los conflictos penales, incluso los más graves.

En la discusión del proyecto de ley de violencia intrafamiliar se contempló la idea de la mediación, pero las diputadas Carolina Merino y Nelly Santander

⁵⁷ Ibid.pp.24-26

⁵⁸ Ibid.p.26

rechazaron aplicar la mediación a los casos de violencia intrafamiliar, fundándose en que en estos no existe equilibrio de poderes entre las partes. Señalaron que “en las relaciones de violencia, una de cuyas características es ser cíclicas, hay una situación de desigualdad entre las partes que se mantiene incluso en las reconciliaciones, las que se dan siempre porque, de lo contrario, no subsistiría la pareja. Si se somete a las partes a un proceso judicial y se les apura el ciclo de violencia para que lleguen a una reconciliación, ésta no será satisfactoria para ambas, porque una impondrá sus condiciones y la otra se plegará a los intereses de aquélla”⁵⁹ y agregaron que “el problema de la mediación es que podría transformarse en una reconciliación que no interrumpiera el ciclo de la violencia, el cual se inicia con un período de latencia en que se van acumulando las tensiones, continúa con un período de agresiones, que pueden ir desde insultos y golpes hasta intentos de asesinato, para terminar con una reconciliación en la que el agresor pide perdón y la mujer se culpa de haber provocado la violencia, decidiendo que es posible seguir adelante. Lo grave es que esto se reproduzca en un juicio, porque las partes nunca van a estar en igualdad de condiciones. Incluso, se podría obligar a la mujer a lograr acuerdos con el agresor, para que no tenga problemas con éste posteriormente, con lo cual el resguardo que ella busca al acudir al tribunal terminaría favoreciendo al ofensor”.⁶⁰

4. Los acuerdos reparatorios.

4.1 Contenido de los acuerdos reparatorios. Artículo 241 del Código Procesal Penal

Los Acuerdos Reparatorios se encuentran regulados en el Código Procesal Penal, disponiendo el artículo 241 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 hubiesen prestado su consentimiento en forma libre y con pleno conocimiento de sus derechos.

⁵⁹ Informe Comisión de Familia. Historia de la Ley N° 20.066, pp. 62.

⁶⁰ Ibid

Los acuerdos reparatorios solo podrán referirse a hechos investigados que afectaren bienes jurídicos de carácter patrimonial, consistieren en lesiones menos graves o constituyeren delitos culposos.

En consecuencia, de oficio o a petición del ministerio público, el juez negará la aprobación a los acuerdos reparatorios convenidos en procedimientos que versaren sobre hechos diversos de los previstos en el inciso que antecede, o si el consentimiento de los que lo hubieren celebrado no apareciere libremente prestado o si existiere un interés público prevalente en la continuación de la persecución penal. Se entenderá especialmente que concurre este interés si el imputado hubiere incurrido reiteradamente en hechos como los que se investigaren en el caso particular.”

Conforme a la norma señalada los requisitos de procedencia de los acuerdos reparatorios son los siguientes:

1. Que exista un acuerdo entre víctima e imputado prestado en forma libre y con pleno conocimiento de sus derechos.
2. Que el acuerdo consista en una forma de reparación a la víctima. La doctrina y jurisprudencia han entendido que esta reparación puede ser material o simbólica y consistir, incluso, en una disculpa.
3. Que se trate de determinados delitos, cuales son: hechos que afectaren bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial (básicamente delitos contra la propiedad no violentos), lesiones menos graves y delitos culposos.
4. Aprobación judicial de los acuerdos, en audiencia a la cual el juez citará a todos los intervinientes.⁶¹

En el mensaje del Ejecutivo al proyecto del Código Procesal Penal se establece que los avances de las disciplinas penales muestran cómo las respuestas tradicionales del sistema, sobre todo las penas privativas de libertad en el caso chileno, resultan socialmente inconvenientes para una multiplicidad de casos, sea porque los problemas asociados a ellas resultan mayores que sus eventuales beneficios, o porque la rigidez en su aplicación desplaza soluciones alternativas más productivas y más satisfactorias para los que están involucrados

⁶¹ DÍAZ GUDE, Alejandra. La Mediación Penal y Los Acuerdos Reparatorios: Potencialidades de Aplicación y Principios Involucrados, Ponencia presentada en III Encuentro Iberoamericano de Resolución Alternativa de Conflictos, Viña Del Mar, 22 al 24 de Septiembre de 2004, pp. 5

en el caso, en especial las víctimas o los civilmente afectados por el delito. El establecimiento de los acuerdos reparatorios como forma de terminación de los procedimientos busca reconocer el interés preponderante de la víctima, en aquellos delitos que afecten bienes que el sistema jurídico reconoce como disponibles.

En opinión de la profesora Alejandra Díaz Gude, la incorporación de los acuerdos reparatorios al proceso penal se inspira y persigue una serie de valores relacionados con la llamada justicia reparatoria, restaurativa y/o justicia de los acuerdos, a saber:⁶²

1.- Incorporan una forma hasta entonces no contemplada en el derecho penal chileno, del interés preponderante de la víctima en la obtención de la reparación de los daños causados por el delito.

2.- Suponen la orientación del Derecho Penal y Procesal Penal hacia una diversidad de respuestas al conflicto jurídico penal, las cuales permiten resolverlo no sólo por vías punitivas y/o retributivas, sino que también por la vía de los mecanismos de auto-composición.

3.- Forman parte de los mecanismos de descongestión del sistema penal de tipo adversarial que incorporan el principio de oportunidad en la persecución penal, posibilitando que muchos casos se resuelvan por vías más informales sin necesidad de incurrir en los costos de tiempo y recursos que supone llevar un caso a juicio.

Las normas del Código Procesal Penal que regulan la procedencia de los acuerdos reparatorios se caracterizan por ser de carácter flexible en el sentido que no establecen un procedimiento determinado para la celebración de los acuerdos permitiendo con ello incorporar distintos métodos de resolución de conflictos no adversariales como la negociación directa, la conciliación y la mediación penal, métodos que faciliten el proceso para llegar a un acuerdo entre las partes.

El Ministerio Público ha establecido algunos criterios de actuación respecto a la aplicación de los acuerdos reparatorios, partiendo de la premisa establecida en el artículo 6 del Código Procesal Penal que establece que “El fiscal deberá promover durante el curso del procedimiento acuerdos patrimoniales, medidas cautelares u otros mecanismos que faciliten la reparación del daño causado a la víctima”. El mecanismo de los acuerdos reparatorios permite encontrar una solución

⁶² Ibid.p.4

efectiva al conflicto penal, de modo que para ello el nuevo sistema procesal penal debe permitir un conjunto de diligencias y habilidades distintas de las tradicionalmente exigidas para la persecución y el juicio penal, obligando a los fiscales a desplegar tres actividades básicas:⁶³

1. Favorecer los acuerdos reparatorios: en virtud del mandato del artículo 6 inciso segundo del Código Procesal Penal los fiscales deben propender a esta salida alternativa, informando oportunamente a la víctima, conforme al 78 letra a) del Código Procesal Penal, acerca de esta posibilidad. Además de informar a la víctima los fiscales deben plantear esta salida alternativa a la defensa del imputado.
2. Estudiar su procedencia y conveniencia: los fiscales deben analizar con detención la concurrencia de los presupuestos legales que hacen procedente un acuerdo reparatorio, efectuando un análisis del bien jurídico protegido. Para estos efectos se entienden como bienes jurídicos disponibles aquellos que al proteger ámbitos de carácter esencialmente privados, su afectación puede ser consentida o perdonada por su titular con efecto eximente o extintivo de la responsabilidad penal. En consecuencia, disponible es un bien jurídico que se ve afectado por un delito que deja de ser tal por el consentimiento de la víctima en la ejecución del hecho o que puede perdonarse por ella con posterioridad al mismo.
3. Oponerse cuando correspondiere: los fiscales deben oponerse a los acuerdos reparatorios en los siguientes casos:
 - a. Cuando, de algún modo, se infiere que la víctima no ha consentido libremente en el acuerdo planteado, ya sea porque ha sido amenazada, coaccionada, engañada o inducida de cualquier modo ilegítimo a asentir en el convenido.
 - b. Cuando existiere un interés público prevalente en la persecución penal. Se entiende que existe este interés cuando, en atención a las particularidades del caso, el conflicto penal debe enfrentarse mediante la imposición de una pena en virtud de los fines preventivos de ésta y no a través de un acuerdo libre e informado de los sujetos concretamente afectados en sus intereses

⁶³ Oficio del Fiscal Nacional N° 060/2014. Instrucción General que imparte criterios de actuación aplicables a la etapa de investigación en el proceso penal. 23 de enero de 2014, pp 63.

particulares. En todo caso para apreciar que en un caso hay interés público prevalente en la persecución penal, deben considerarse los siguientes factores:

- 1.- que el imputado hubiere incurrido reiteradamente en hechos como los investigados en el caso particular.
- 2.- que dicha reincidencia apareciere respecto de hechos distintos, pero de igual o mayor gravedad.
- 3.- que aun tratándose de hechos diversos y de menor entidad, la conducta pretérita del imputado permita advertir una constante vulneración al ordenamiento jurídico.
- 4.- la presencia de numerosos ingresos en el sistema SAF, terminados por principio de oportunidad y/o por suspensión condicional del procedimiento pueden permitir a los fiscales sostener que la conducta observada por el imputado justifica un interés preponderante de la comunidad en orden a obtener un resultados punitivo para el caso concreto.

4.2 Improcedencia de los acuerdos reparatorios. Artículo 19 de la Ley N° 20.066

El artículo 19 de la Ley N° 20.066 establece que “en los procesos por delitos constitutivos de violencia intrafamiliar, no tendrá aplicación el artículo 241 del Código Procesal Penal”, referido a los acuerdos reparatorios.

Esta norma tuvo su origen en una indicación en la Comisión de Familia realizada por las diputadas María Antonieta Saa y María Eugenia Mella para incorporar al proyecto un artículo que señalaba lo siguiente: “Interés público prevalente. Para efectos de lo dispuesto en el artículo 241 del Código Procesal Penal, se entenderá existir un interés público prevalente en la continuación de la persecución penal cuando el delito de lesiones menos graves haya sido precedido por actos descritos en el inciso tercero del artículo 2º de esta ley”⁶⁴ (amenazas con arma blanca y lesiones leves). La indicación tuvo el apoyo de representantes del Ejecutivo quienes explicaron que el Ministerio Público había instruido a los fiscales a favorecer la aplicación de acuerdos reparatorios respecto de delitos de lesiones menos graves y leves, pero que debían negarse a ello cuando existiera

⁶⁴ Segundo Informe Comisión de Familia. Historia de la Ley N° 20.066, pp167.

un interés público prevalente en su persecución, agregando que en los casos de lesiones menos graves que han sido precedidas por amenazas con armas blancas o de fuego o por otras lesiones de carácter leve existe este interés.

La discusión a que dio origen la indicación de las diputadas se centró en analizar las características del consentimiento de las víctimas de violencia intrafamiliar. Quienes se mostraron a favor de la procedencia de los acuerdos reparatorios señalaron que era necesario que existiera una calificación del consentimiento de la víctima, la cual estaría a cargo del juez, quien debería cerciorarse que la voluntad de la víctima fuera prestada en forma libre e informada y que no se afecte la igualdad de condiciones de las partes que concurren al proceso. Así, sobre la base de las consideraciones de los senadores Alberto Espina y Andrés Zaldívar, el Ejecutivo propuso redactar la indicación en los siguientes términos: "Calificación del consentimiento. Para efectos de lo dispuesto en el artículo 241 del Código Procesal Penal, el juez verificará especialmente que el consentimiento de la víctima no se encuentre determinado por circunstancias que impidan prestarlo libre e informadamente o que afecten la igualdad de condiciones de las partes que concurren al acuerdo".⁶⁵

El Ejecutivo observó que la oración final "o que afecten la igualdad de condiciones de las partes que concurren al acuerdo"⁶⁶ introducía un factor de incertidumbre y riesgo, al permitir a cada juez interpretar con mayor o menor laxitud una circunstancia que, en el fondo, supone que una de las partes no presta libremente su consentimiento.

El Senado sustituyó el artículo anterior, redactándolo de la siguiente forma: "Artículo 15.- Calificación del consentimiento. Para efectos de lo dispuesto en el artículo 241 del Código Procesal Penal, el juez verificará especialmente que el consentimiento de la víctima no se encuentre determinado por circunstancias que impidan prestarlo libre e informadamente."⁶⁷

La Comisión de Familia fue partidaria de rechazar la procedencia de los acuerdos reparatorios argumentando el consentimiento de la víctima de violencia intrafamiliar no puede ser prestado libremente, ya que ésta se encuentra

⁶⁵ Ibid.p.342

⁶⁶ Ibid.

⁶⁷ Ibid. pp 395 y 396

normalmente muy disminuida en su autoestima y no está en posición de negociar en igualdad de condiciones, agregando que “lo que distingue a la violencia intrafamiliar de los delitos comunes es que ella afecta a la familia, la que es reconocida por la Constitución Política como núcleo fundamental de la sociedad, por lo que debe considerarse que existe siempre un interés público prevalente en la continuación de la persecución penal cuando se trata de investigar ilícitos producidos dentro del ámbito doméstico, que afecten a cualquiera de sus miembros”.⁶⁸

En la discusión del proyecto en la Comisión Mixta el senador Alberto Espina fue el único que estimó pertinente la procedencia de los acuerdos reparatorios, señalando que estos son plenamente procedentes, por cuanto no se podía impedir la reconciliación de las partes.⁶⁹

El senador José Antonio Viera-Gallo señaló que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 241 del Código Procesal Penal, los acuerdos reparatorios sólo pueden referirse a hechos investigados que afecten bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, por lo que no procederían en esta materia, donde el bien jurídico protegido no reviste dicho carácter.⁷⁰

La diputada Isabel Allende también se mostró contraria a dichos acuerdos. Reiteró que en la violencia doméstica existe una relación de severa desigualdad entre víctima y victimario, lo que da lugar a una presión muy fuerte para abandonar toda acción legal.⁷¹

Finalmente, sometida a votación la idea de aceptar o no la procedencia de los acuerdos reparatorios en materia de violencia intrafamiliar, ésta fue rechazada.

A raíz de lo anterior, se acordó incluir una norma que haga expresa excepción a la aplicación del artículo 241 del Código Procesal Penal en materia de violencia intrafamiliar, surgiendo así el artículo 19 de la Ley N° 20.066.

5. Jurisprudencia.

5.1 Sentencias de la Corte de Apelaciones de Temuco que aceptan la procedencia de los acuerdos reparatorios.

⁶⁸ Ibid.p.396

⁶⁹ Ibid.p.464

⁷⁰ Ibid.p.465

⁷¹ Ibid.p.465

La discusión en torno a la aplicación de los acuerdos reparatorios en delitos en contexto de violencia intrafamiliar respecto a personas de la etnia mapuche, fundamentalmente respecto de delito de lesiones, ha surgido, como se ha señalado, por alegaciones que ha realizado, en especial, la Defensoría Penal Mapuche, la que ha logrado resoluciones favorables que han sido confirmadas por la Corte de Apelaciones de Temuco.

El Ministerio Público, en sus alegaciones, tanto en los Juzgados de Garantía como en la Corte de Apelaciones ha afirmado el carácter prohibitivo del artículo 19 de la Ley N° 20.066, así como su especialidad por sobre el Convenio N° 169 de la OIT. Además ha agregado que el artículo 9 del Convenio N° 169 es aplicable solo en la medida que sea compatible con el sistema jurídico nacional, lo cual no ocurre en este caso al existir en nuestro ordenamiento jurídico penal una norma expresa que prohíbe los acuerdos reparatorios en materia de violencia intrafamiliar. Se ha argumentado que de manera empírica se ha demostrado que los acuerdos reparatorios en esta materia resultan débiles por no existir pie de igualdad entre los intervinientes y ha agregado que no se ha probado la existencia ni en qué consiste el método indígena de resolución de conflictos y su pertinencia al caso concreto, suponiéndose, sin ninguna prueba, que en la etnia indígena los conflictos se resuelven con disculpas públicas.⁷²

La tesis de la Defensoría será analizada al revisar cada uno de los argumentos de la Corte de Apelaciones al confirmar las resoluciones que aprobaron los acuerdos reparatorios en causa sobre lesiones menos graves en violencia intrafamiliar.

Los argumentos expuestos por la Corte de Apelaciones de Temuco para confirmar las resoluciones apeladas han sido los siguientes:⁷³

1.- Es un hecho público y notorio que en La Región de la Araucanía las personas de la etnia mapuche han resuelto sus conflictos mediante la

⁷² Argumentos vertidos en escritos de apelación presentados por la Fiscalía en las causas en que la Corte de Apelaciones ha confirmado la aprobación de acuerdos reparatorios.

⁷³ Sentencia de fecha 04 de octubre de 2011, en causa Rol N° 955-2011
Sentencia de fecha 23 de noviembre de 2011, en causa Rol N° 1034-2011
Sentencia de fecha 04 de enero de 2012, en causa Rol N° 1192-2011
Sentencia de fecha 19 de enero de 2012, en causa Rol N° 18-2012
Sentencia de fecha 24 de enero de 2012, en causa Rol N° 43-2012

negociación, puesto que es propio de su cultura resolver de esta manera los conflictos.

Este es uno de los argumentos más fuertes para la tesis de la Defensoría, ya que tanto la Corte de Apelaciones de Temuco, como la Corte Suprema, la cual también acoge esta interpretación, no establecen la necesidad de demostrar a través de pruebas la costumbre del pueblo mapuche en torno a la resolución de sus conflictos en una materia tan importante como es la violencia intrafamiliar, dando por hecho que se solucionan a través de la negociación, y más aún, señalando que ello es de público conocimiento. Al respecto el Ministerio Público insiste en la necesidad de probar la existencia de los métodos de resolución de conflictos de violencia intrafamiliar, agregando que se ha hecho una errónea interpretación de las normas del Convenio N° 169 señalando que si bien los pueblos indígenas tienen derecho a que su sistema de resolución de conflictos en el ámbito penal sea respetado, ello no implica que cualquier afirmación sea reconocida como norma de ese derecho, los elementos que sirven de base a la costumbre indígena son hechos y como tales, deben probarse por quien alega su existencia.⁷⁴

En este punto es preciso señalar que existen antecedentes que permiten poner en duda que exista o se aplique actualmente el método de la negociación al interior de las comunidades mapuches, al menos en cuanto al tema en discusión, esto es la violencia intrafamiliar, en especial contra la mujer. Un estudio realizado en comunidades mapuches de la novena región, relativo a las representaciones sociales que tienen las mujeres acerca de la violencia señala que éstas atribuyen la violencia a factores externos, como el alcohol, los cahuines y las pautas intergeneracionales de violencia, además no reconocen el concepto de “violencia intrafamiliar”, refiriéndose a los hechos constitutivos de violencia intrafamiliar como “algo malo”.⁷⁵ En el estudio se pudo evidenciar que las mujeres mapuche generalmente manifiestan una actitud pasiva ante hechos de violencia intrafamiliar

⁷⁴ Argumento sostenido en recurso de apelación en causa Ruc 1100920664-9 y Rit N° 785-2011 del Juzgado de Garantía de Carahue, que dio origen a recurso de apelación en causa Rol N° 1192-2011 de la Corte de Apelaciones de Temuco.

⁷⁵ BREVIS O., Yaniseth Marielisa, GUTIÉRREZ B., Luisa Angélica, JAQUE J., Lorena Marianela, MONTECINOS B., Karina Isabel. Representaciones sociales de las mujeres mapuche acerca de la violencia de pareja. Tesis (Licenciado en Desarrollo Social y Familiar, título de Asistente Social). Temuco. Chile. Universidad Católica de Temuco, Facultad de Artes, Humanidades y Ciencias Sociales, 2004. pp 84 y 85.

que les afecten, caracterizada por la tolerancia y aceptación de la situación de violencia, y en cuanto a la búsqueda de ayuda para enfrentar el problema.

El estudio no da cuenta de la existencia de alguna autoridad en la comunidad a la cual las víctimas puedan acudir ni menos de un sistema establecido de negociación o resolución de conflictos. De esta forma, si la víctima logra salir de la pasividad en que se encuentra y reclama ayuda en el sistema formal de justicia, el aprobar un acuerdo reparatorio, basado en una supuesta negociación previa al interior de la comunidad, implica dejarla en la indefensión; mediante un acuerdo consistente en disculpas públicas, sin ningún tipo de resguardo para la víctima, esta vuelve nuevamente a la realidad de violencia, sin que haya intervenido ningún sistema real de solución alternativa del conflicto.⁷⁶

De acuerdo al artículo 8 del Convenio, el Estado tiene el deber de considerar la costumbre de los pueblos indígenas al aplicar la legislación nacional, pero para ello se deben dar dos requisitos:

- a. La costumbre no debe ser incompatible con los derechos fundamentales del sistema nacional ni con los derechos internacionalmente reconocidos.
- b. Su uso no puede impedir que miembros de los pueblos indígenas estén impedidos de ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país.

De esta forma invocar la costumbre indígena para lograr la aprobación de un acuerdo reparatorio en un delito en contexto de violencia intrafamiliar vulnera el derecho a la igual protección de la ley, dado que el artículo 19 de la ley de

⁷⁶ En este punto el abogado Lohengri Ascencio Grez, conciliador de la CONADI, quien tiene 15 años de experiencia en la dirección de procesos de conciliación en materia de conflictos de tierra entre personas mapuche, señala que paulatinamente la costumbre indígena de resolver sus conflictos a través de sus autoridades tradicionales o lonkos se ha perdido por la influencia de la cultura occidental y de la legislación nacional que fue creando una legislación especial para los indígenas, entregando la resolución de sus conflictos de tierra a los tribunales de justicia occidentales. Señala que en su experiencia ha podido apreciar algunos usos o costumbres como por ejemplo que el mapuche, en los conflictos de tierra, busca la solución del conflicto concreto tanto como la mantención de las buenas relaciones entre los involucrados, que consideran al conflicto como algo público, por lo cual forman parte de él no solo los involucrados, sino también sus familias y vecinos, y que ven al conflicto como un todo, enfocándose tanto en el litigio puntual como también en otros aspectos que indirectamente inciden en la disputa, pero sobre la existencia de un proceso establecido de negociación o resolución de conflictos, en general, no solo de tierras, que sea reconocido y respetado al interior de las comunidades, no se pronuncia. ASCENCIO G, Lohengri. La Conciliación en las Comunidades Mapuche de la Región de la Araucanía. Puerto Editores. Abril 2015, pp 37-38.

violencia intrafamiliar protege la vida y la integridad física y síquica de todas las víctimas de violencia intrafamiliar.

2.- El hecho de tener apellido indígena acredita de manera indiscutida la calidad de tal, atendido lo previsto en el artículo 2° de la Ley 19.253.

En este punto la Defensoría señala que la prueba de la calidad indígena no reviste mayor conflicto ya que en conformidad al artículo 2 de la Ley Indígena, N° 19.253 que establece a quienes se consideran indígenas, basta con tener un apellido perteneciente a un pueblo originario, de manera que el solo hecho de haber acreditado sus identidades en la audiencia respectiva es suficiente para tenerlo por acreditado y hacer aplicables la misma ley y el Convenio N°169.⁷⁷

Al respecto al Ministerio Público ha señalado que es preciso determinar en primer lugar a quienes se aplica el Convenio N° 169 y determinado esto surge la exigencia de acreditar la calidad de indígena y las conductas constitutivas de la costumbre.⁷⁸

Conforme a lo anterior el artículo 1 letra b), del Convenio 169 señala que este se aplica a “Los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera sea su situación jurídica, conservan todas sus instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas”⁷⁹. De esta norma se desprenden las dos exigencias:

a).- Acreditar la calidad de indígena: ello implica que además de exigir la prueba de la descendencia de pueblos originarios, requiere que los sujetos tengan conciencia de su identidad indígena. El artículo 1.2 del Convenio 169 señala que

⁷⁷ LILLO V., Rodrigo, BARRIENTOS P., Ignacio, SALAMANCA H., María, CACERES S., Ricardo, FERNANDEZ M., José. Cometarios a fallos relevantes en materia de defensa penal de imputados de pueblos originarios. Algunos aspectos para la mejor aplicación del Modelo de Defensa Penal. Informe de análisis jurisprudencial N° 1. Departamento de Estudios Defensoría Penal Pública. Febrero de 2012. pp 4 y 5.

⁷⁸ SAN MARTÍN Ponce. María Angélica. Convenio 169 de la OIT y su aplicación en delitos en contexto de violencia intrafamiliar. Revista Jurídica del Ministerio Público. Septiembre de 2012. pp 169 y 170.

⁷⁹ Convenio N° 169 de la OIT. [en línea]. Biblioteca del Congreso Nacional. Disponible en: <<http://www.bcn.cl>>

la conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.

b).- Acreditar las conductas constitutivas de la costumbre: como ya se ha señalado, ello implica que debe probarse los elementos que sirven de base a la costumbre indígena.

3.- El Convenio N° 169 de la OIT, que obliga a respetar los métodos de resolución de conflictos de los pueblos originarios, es una norma de rango superior a la ley N° 20.066 sobre violencia intrafamiliar.

En este punto la Defensoría ha señalado que el Convenio N° 169 es fuente de derechos fundamentales, y en virtud del artículo 5 de la Constitución Política de la República tiene rango constitucional, al ser ratificado por Chile y encontrarse vigente, ello implica que el Convenio debe ser aplicado directamente.

El Ministerio Público señala un doble argumento en esta materia: primero, reconoce al Convenio 169 como norma de rango constitucional, pero establece que, conforme al artículo 9 N° 1 del mismo convenio la aplicación de los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros solo son aplicables en la medida que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, de manera que al existir una norma en el sistema procesal penal nacional que prohíbe los acuerdos reparatorios en violencia intrafamiliar, el convenio no puede aplicarse.

Además el Convenio no puede aplicarse de manera tal que importe la afectación de otros derechos fundamentales, como son la igual protección ante la ley, el derecho a la igualdad, el derecho a la integridad física y psíquica y el derecho a la no discriminación, ni puede aplicarse contraviniendo otros compromisos internacionales adquiridos por el Estado como es la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación en contra de la mujer y la Convención Interamericana para Prevenir, Castigar y Erradicar la Violencia contra la mujer, Belem do Pará, entre otros instrumentos internacionales.

En segundo lugar, el Ministerio Público señala que la norma del artículo 19 de la Ley N° 20.066 es de carácter especial y por ello debe preferirse su aplicación frente al Convenio.

4.- El hecho de impedir la aplicación del acuerdo reparatorio implicaría desintegrar a una familia que ha podido recomponerse mediante una solución que les parece justa, lo que estaría en contradicción con el Convenio 169 de la OIT 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.

En este punto el Ministerio Público ha señalado que el fundamento de la prohibición de los acuerdos reparatorios tiene su base empírica en la debilidad de los acuerdos cuando no existe un pie de igualdad entre los intervinientes, como ocurre en los casos de violencia intrafamiliar, lo que, antes de la aplicación de la Ley N°20.066 redundaba en una gran cantidad de acuerdos que no se respetaban.

La Defensoría, por su parte, señala que ninguno de los estudios que se tuvieron a la vista en la discusión y posterior promulgación de la Ley N°20.066 se refiere a la vigencia y respeto real de los acuerdos al interior de las relaciones que se dan entre miembros de pueblos originarios y que tampoco existen estudios respecto a la desigualdad entre los intervinientes en los casos de violencia intrafamiliar cuando se trata de personas pertenecientes a los pueblos originarios.⁸⁰ La Defensoría agrega que impedir la aplicación de los acuerdos reparatorios implica considerar a la mujer como un menor de edad, como alguien que no se encuentra capacitada para manifestar su voluntad; sostienen que es necesario darle a la mujer un espacio para la manifestación de su consentimiento válido y que ello significa considerarla como un ser digno, como un sujeto con autonomía para tomar las decisiones que le afectan, lo que está respaldado por la Convención de Belém do Pará⁸¹. En síntesis, conforme a esta normativa internacional se debe reconocer a la mujer un ámbito de libertad propio donde le Estado no puede interferir.⁸²Lo

⁸⁰ LILLO V., Rodrigo, BARRIENTOS P., Ignacio, SALAMANCA H., María, CACERES S., Ricardo, FERNANDEZ M., José. Cometarios a fallos relevantes en materia de defensa penal de imputados de pueblos originarios. Algunos aspectos para la mejor aplicación del Modelo de Defensa Penal. Informe de análisis jurisprudencial N° 1. Departamento de Estudios Defensoría Penal Pública. Febrero de 2012. pp 8.

⁸¹ El Artículo 4 de la Convención de Belén do Pará señala : "Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros: c) el derecho a la libertad y a la seguridad personales. e) el derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona.

⁸² LILLO V., Rodrigo, BARRIENTOS P., Ignacio, SALAMANCA H., María, CACERES S., Ricardo, FERNANDEZ M., José. Cometarios a fallos relevantes en materia de defensa

anterior no implica que en determinados casos la voluntad de la mujer pueda estar viciada, principalmente cuando pueda estar afectada por el “síndrome de la mujer agredida” pero aceptar estos casos de consentimiento viciado es distinto de afirmar en términos absolutos que la mujer nunca puede consentir cuando se trata de los delitos cometidos en contexto de violencia intrafamiliar.⁸³

5.2. Voto Disidente de la Corte de Apelaciones de Temuco que rechaza la procedencia de los acuerdos reparatorios.

En la Corte de Apelaciones de Temuco han existido dos votos disidentes que han sido de la opinión de revocar la resolución apelada y no dar lugar a la aprobación de los acuerdos reparatorios en materias de violencia intrafamiliar⁸⁴, los que resultan muy relevantes por la amplitud con la cual analizan la improcedencia de la aprobación de los acuerdos reparatorios en delitos cometidos en contexto de violencia intrafamiliar. Estos votos, que corresponden a la opinión de un solo ministro, ponen énfasis en los principios y normas jurídicas nacionales e internacionales que constituyen un límite al ejercicio de los derechos de participación y la multiculturalidad y al respecto de la costumbre de los pueblos indígenas al momento de resolver los conflictos de carácter penal. Se señala que entre los límites del ordenamiento jurídico nacional a la costumbre de los pueblos indígenas, en cuanto a los métodos a que recurren tradicionalmente para la represión de los delitos, se encuentran el principio de igualdad de trato y no discriminación, el artículo 19 de la ley N° 20.066 que prohíbe los acuerdos reparatorios, el respeto a la integridad física de toda persona y la no discriminación consagrados en los artículos 19 N° 1 y 3 de la Constitución Política de la República de Chile y los derechos internacionalmente reconocidos entre los que destaca la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer y la Convención Americana de Derechos Humanos señalando que esta última constituye una referencia de interpretación de la primera. Además se establece un criterio de interpretación señalado en caso de existencia de una

penal de imputados de pueblos originarios. Algunos aspectos para la mejor aplicación del Modelo de Defensa Penal. Informe de análisis jurisprudencial N° 1. Departamento de Estudios Defensoría Penal Pública. Febrero de 2012. pp 4 y 5.

⁸³ Ibidem.p. 9.

⁸⁴ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco de fecha 24 de enero de 2012, en causa Rol N° 43-2012

pugna entre los derechos de autodeterminación y el derecho a la integridad física estos deben interpretarse de manera que ambos maximicen su vigencia.

Respecto de la costumbre indígena se señala que debe reconocerse como límite la cosificación y degradación de la mujer y no es posible aprobar acuerdos reparatorios en esta materia fundados en “la perspectiva ilusoria de la igualdad amparada en aspectos culturales”⁸⁵ agregando que “muchas de las políticas o medidas atentatorias contra la mujer han sido justificadas bajo el alero de valores culturales, sustentados en creencias o de valores morales... más aún, este tipo de situaciones pueden ser aparentemente aceptadas por las mujeres, lo que no evita la sombra de duda respecto de si ello se explica más por presiones y miedos que por un sano ejercicio de la libertad de decisión”.

5.3 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco que rechaza la procedencia de los acuerdos reparatorios.

En un fallo del año 2013, la Corte de Apelaciones de Temuco rechazó la aprobación de los acuerdos reparatorios en delitos de violencia intrafamiliar fundándose principalmente en el límite que el Convenio N° 169 establece a la aplicación de la costumbre indígena, cual es el respeto al ordenamiento jurídico interno. Así el fallo señala “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. Este 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

⁸⁵ Sentencia de fecha 24 de enero de 2012, en causa Rol N° 43-2012 de la Corte de Apelaciones de Temuco.

Sentencia de fecha 04 de junio de 2012, en causa Rol N° 388-2012 de la Corte de Apelaciones de Temuco.

mujer el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades”⁸⁶. Luego, el fallo señala que este sería un límite legal, cualquiera sea la etnia de la mujer.

Este fallo además establece un criterio de equidad al establecer “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”⁸⁷.

5.4 Voto Disidente de la Corte Suprema, en recurso de queja, que aprueba la procedencia de los acuerdos reparatorios.

Finalmente, en el fallo de uno de los recursos de queja presentados por el Ministerio Público, existió un voto disidente, que fue de la opinión de acoger el recurso⁸⁸, argumentando en síntesis, que los acuerdos reparatorios están prohibidos de modo expreso por el artículo 19 de la ley N° 20.066, que la especialidad de La ley N° 20.066 sobre violencia intrafamiliar está por sobre las normas del Convenio 169, y que independiente de la jerarquía legal de este no precisa interpretación alguna, “excluye el método indígena si es incompatible con el sistema jurídico nacional. No habiendo nada que interpretar, simplemente no debería aplicarse”. Finalmente agrega que las disposiciones del Convenio N° 169 de la OIT, como tratado internacional, vinculantes para el país, solo conforman un conjunto de recomendaciones o proposiciones.

Conclusiones

La ley N° 20.066 sobre violencia intrafamiliar, tiene por objeto prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar y otorgar protección a las víctimas, estableciendo que es deber del Estado adoptar las medidas conducentes a garantizar la vida, integridad personal y seguridad de los miembros de la familia.

⁸⁶ Sentencia de fecha 03 de mayo de 2013, en causa Rol N° 220-2013 de la Corte de Apelaciones de Temuco.

⁸⁷ Ibid.

⁸⁸ Sentencia de la Corte Suprema que rechaza recurso de Queja, de fecha 04 de enero de 2012 en Rol N° 10.635-11

Por su parte del Convenio N° 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes tiene por objeto reconocer y respetar los derechos de las personas indígenas, en una dimensión colectiva, en distintos ámbitos, incluido el sistema penal de represión de delitos, reconociendo y conservando su identidad y patrimonio cultural.

El problema que ha surgido en torno a la aplicación del Convenio N° 169 pareciera ser una pugna entre el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas en cuanto a la represión de las conductas constitutivas de delito, tratando de imponer la costumbre indígena en la resolución de conflictos, y los derechos a la integridad física y psíquica y el derecho a la igualdad en el acceso a la justicia, a todas las víctimas en nuestro país, incluidas las mujeres mapuche. Sin embargo, tal pugna no sería tal si consideramos que en realidad no se ha probado que los acuerdos reparatorios se identifiquen con el mecanismo de resolución de conflictos propio del pueblo mapuche, sumando a esto al hecho de que no existe una forma de resolución y sanción generalizable propia del Ad Mapu, sino que estas formas varían de una comunidad a otra siendo uno de los pocos factores que se repiten el hecho de recurrir a un tercero que ayude a solucionar el conflicto, no existiendo los presupuestos de un acuerdo reparatorio que es por esencia un acuerdo entre partes.

Nuestro ordenamiento jurídico, en virtud del artículo 5 de la Constitución Política de la República ha reconocido la validez del Convenio N° 169 al ratificarlo el año 2008, de manera que su rango constitucional no está en discusión.

Las restricciones de la aplicación del Convenio N° 169 emanan de él mismo, del conjunto de sus normas, en las cuales establece como límites a la aplicación de un sistema de represión de delitos, así como a la aplicación de la costumbre indígena, el respeto de los derechos fundamentales reconocidos en el ordenamiento jurídico interno del país en que se aplique así como de los tratados internacionales sobre derechos humanos.

De lo anterior es posible concluir que el reconocimiento y la aplicación de las normas del Convenio no debieran llevar a vulnerar las normas del derecho interno referidas a la prohibición de los acuerdos reparatorios en violencia intrafamiliar. Lo que ha ocurrido en los hechos es una errada interpretación de las normas del Convenio por parte de la Defensoría, a objeto de favorecer a los imputados, bajo el presupuesto de la existencia de una forma de resolver los

conflictos por parte de los indígenas, que no es tal, y que los jueces han dado por acreditada como hecho público y notorio. En este sentido es posible señalar que así como no puede invocarse el derecho interno para desconocer las costumbres de los pueblos indígenas y vulnerar sus derechos humanos, tampoco el derecho de los pueblos originarios puede ser justificación para la violación de los mismos. Las mujeres mapuche necesitan que sus derechos sean reconocidos de manera integral, específica y conjunta,⁸⁹ considerando que ellas tienen una doble calidad tanto como mujeres y como indígenas, de manera que la solución a la controversia no está dada por la prevalencia de un sistema sobre otro, sino teniendo en cuenta una 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 en sus vidas.⁹⁰

Finalmente es preciso señalar que si bien el sistema penal ha avanzado en la protección de las víctimas de violencia al interior de la familia, el fenómeno de la violencia intrafamiliar es tan complejo que necesita de un tratamiento multidisciplinario, y si consideramos específicamente los conflictos de violencia intrafamiliar surgidos al interior de familias indígenas, teniendo presente las particularidades de sus comunidades y la realidad actual en las que viven, se hace necesario contar con más elementos de prueba y la intervención de otros profesionales que permitan a los jueces tomar decisiones informadas y fundadas respecto a la realidad en que viven las víctimas y el impacto de sus decisiones en la real protección de sus derechos. A este respecto resulta fundamental contar con estudios sobre la costumbre indígena, sobre la existencia real de los métodos de negociación al interior de las comunidades, sobre si realmente existen autoridades con legitimidad para actuar al interior de ellas y si sus decisiones son respetadas.

⁸⁹ PALMA AYALA, Rosario. Mujer mapuche y retos de la justicia intercultural: aplicación del derecho propio indígena en delitos de violencia intrafamiliar. Anuario de Derechos Humanos N° 10. Año 2014, pp. 160.

⁹⁰ LAGOS.T. Catalina, NUÑEZ. D. Constanza. 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. Centro de Derechos Humanos, pp 9.

Bibliografía

1. ASCENCIO G, Lohengri. La Conciliación en las Comunidades Mapuche de la Región de la Araucanía. Puerto Editores. Abril 2015.
2. AYLWIN O, José. Implementación de la legislación y jurisprudencia Nacional relativa a los derechos de los pueblos indígenas: La experiencia de Chile. Tucson, Arizona, Estados Unidos, 1-22 octubre de 2005. Disponible en: <<http://www.observatorio.cl/biblioteca/informes-estudios?pag>>
3. BREVIS O., Yaniseth Marielisa, GUTIÉRREZ B., Luisa Angélica, JAQUE J., Lorena Marianela, MONTECINOS B., Karina Isabel. Representaciones sociales de las mujeres mapuche acerca de la violencia de pareja. Tesis (Licenciado en Desarrollo Social y Familiar, título de Asistente Social). Temuco. Chile. Universidad Católica de Temuco, Facultad de Artes, Humanidades y Ciencias Sociales, 2004. 91 h.
4. CEDAW. Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto de Chile, adoptadas por el Comité en su 53º período de sesiones (1º a 19 de octubre de 2012). Disponible en: <<http://acnudh.org/wp-content/uploads/2013/01/CEDAW-Chile-2012-ESP.pdf>>
5. CERD. Observaciones finales sobre los informes periódicos 19º a 21º de Chile, aprobadas por el Comité en su 83º período de sesiones (12 a 30 de agosto de 2013). Disponible en: <<http://acnudh.org/wp-content/uploads/2013/10/CHILE-Observaciones-finales-Comit%C3%A9-CERD-2013.pdf>>
6. CONGRESO NACIONAL. Historia de la ley 20.066, Disponible en: <<http://www.bcn.cl/histley/histley/lfs/hdl-20066/HL20066.pdf>>
7. Convenio N° 169 de la OIT. [en línea]. Biblioteca del Congreso Nacional. Disponible en: <<http://www.bcn.cl>>
8. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Biblioteca Congreso Nacional de Chile Disponible en: <<http://www.bcn.cl>>
9. Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, Belém do Pará. Biblioteca Congreso Nacional de Chile. Disponible en: <<http://www.bcn.cl>>

10. Código Procesal Penal [en línea]. Biblioteca del Congreso Nacional. Disponible en: <<http://www.bcn.cl>>
11. DÍAZ GUDE, Alejandra. La Mediación Penal y Los Acuerdos Reparatorios: Potencialidades de Aplicación y Principios Involucrados, Ponencia presentada en III Encuentro Iberoamericano de Resolución Alternativa de Conflictos, Viña Del Mar, 22 al 24 de Septiembre de 2004. Disponible en <<http://www.redesalternativas.com/notas.htm>>
12. DONOSO, Sebastián. Chile y el Convenio de la OIT: reflexiones sobre un desencuentro. Pontificia Universidad Católica de Chile, Vicerrectoría de Comunicaciones y Asuntos Públicos. Año 3, N° 16, abril 2008. Disponible en <http://politicaspublicas.uc.cl/publicaciones/ver_publicacion/135>
13. GAETE URIBE, Lucía. El Convenio N° 169. Un análisis de sus categorías programáticas a la luz de su historia normativa. Revista *Ius et Praxis*, Año 18, N° 2, 2012, pp.77-124
14. LAGOS.T. Catalina, NUÑEZ. D. Constanza. 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. Centro de Derechos Humanos. Disponible en: <<http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/100.pdf>>
15. Legis Chile S.A, jurisprudencia penal y procesal penal. Disponible en: <<http://legisinforma.com/legischile/Jurisprudencia/2008/enero2008/14.h>>
16. LILLO VERA, Rodrigo. “El Convenio 169 de la OIT y la Defensa Penal de Indígenas”. Minuta Regional N° 1. Departamento de Estudios de la Defensoría Penal Pública. Abril de 2010.
17. LILLO V., Rodrigo, BARRIENTOS P., Ignacio, SALAMANCA H., María, CACERES S., Ricardo, FERNANDEZ M., José. Cometarios a fallos relevantes en materia de defensa penal de imputados de pueblos originarios. Algunos aspectos para la mejor aplicación del Modelo de Defensa Penal. Informe de análisis jurisprudencial N° 1. Departamento de Estudios Defensoría Penal Pública. Febrero de 2012.
18. MERA GONZÁLEZ-BALLESTEROS, Alejandra. “Delito de violencia intrafamiliar: los problemas de apelar indiscriminadamente a la solución penal”. *Informe de Investigación Universidad Diego Portales*. 2004. N° 20, 3-33.

19. MEREMINSKAYA, Elina. El Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Derecho Internacional y experiencias comparadas. Estudios Públicos N° 121, 2011. Disponible en <http://www.cepchile.cl/dms/lang_1/autor_2007.html>
20. MINISTERIO DE JUSTICIA. Ley de Violencia Intrafamiliar. Disponible en <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242648&buscar=20066>
21. MONTT OYARZÚN, Santiago; MATTA AYLWIN, Manuel. “Una visión panorámica al Convenio OIT 169 y su implementación en Chile”. Estudios Públicos N° 121, 2011. Disponible en: <http://www.cepchile.cl/dms/archivo_4767_2889/rev121_SMontt_MMatta.pdf>
22. OBSERVACIÓN GENERAL N° 28. Comentarios Generales adoptados por el Comité de Derechos Humanos, Artículo 3- La igualdad de derechos entre hombres y mujeres, 68° período de sesiones, U.N.HRI/GEN/1/Rev.7at207(2000).párr.5. Disponible en: <<http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/Sgencon28.html>>
23. Oficio del Fiscal Nacional N° 060/2014. Instrucción General que imparte criterios de actuación aplicables a la etapa de investigación en el proceso penal. 23 de enero de 2014
24. PALMA AYALA, Rosario. Mujer mapuche y retos de la justicia intercultural: aplicación del derecho propio indígena en delitos de violencia intrafamiliar. Anuario de Derechos Humanos N° 10. Año 2014. Pp151-161.
25. PINTO VEGA, María; ESTRADÉ BRANCOLI, Leonardo. “La Ley de violencia intrafamiliar, aspectos socio jurídicos y propuestas”. *Revista de Derecho Universidad Central*. 2002. VIII, N° 3, 207.
26. RECOMENDACIÓN GENERAL N° 19. Recomendaciones generales adoptadas por el comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer. (11° período de sesiones, 1992). Disponible en: <<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm>>
27. RECOMENDACION GENERAL N° 25. Sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la convención sobre la convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, referente a medidas especiales de carácter temporal. Disponible en:

<[http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommendation%2025%20\(Spanish\).pdf](http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommendation%2025%20(Spanish).pdf)>

28. RODRÍGUEZ Manríquez, Roberto. Violencia de pareja y retractación de la denuncia en el sistema penal: Una propuesta de comprensión y análisis desde el paradigma sistémico. Revista Jurídica del Ministerio Público (36):241-248, Octubre de 2008.
29. RODRÍGUEZ M. y MORALES M. Hombres que agreden a mujeres. Revista Jurídica del Ministerio Público_(34):326-335, abril de 2008.
30. SAN MARTÍN Ponce. María Angélica. Convenio 169 de la OIT y su aplicación en delitos en contexto de violencia intrafamiliar. Revista Jurídica del Ministerio Público (54):161-179, Septiembre de 2012.
31. TALADRIZ E., María José, SAN MARTÍN P. María Angélica, RODRÍGUEZ M. Roberto. La retractación en violencia intrafamiliar y su incidencia en el sistema procesal penal. Revista Jurídica del Ministerio Público (39):223-243, junio de 2009.
32. VAN WEEZEL De La Cruz A. Lesiones y Violencia Intrafamiliar. Revista Chilena de Derecho, vol. 35 N^o 2, pp. 223-259. 2008
33. VALDIVIA, José. Alcances Jurídicos del Convenio 169. Disponible en: <http://www.cepchile.cl/dms/archivo_4765_2887/rev121_JMValdivia.pdf>

Anexo. Fallos de la I. Corte de Apelaciones de Temuco y la E. Corte Suprema, citados en el desarrollo del trabajo.

1.- Sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Temuco Causa Rol 955-2011 de fecha 27 de Octubre de 2011.

En este caso la Fiscalía presentó requerimiento simplificado en contra del imputado por los delitos de lesiones menos graves en violencia intrafamiliar y tenencia ilegal de arma de fuego. Respeco a los delitos de lesiones menos graves, los hechos consistieron en que el 25 de mayo de 2011, en horas de la tarde, el imputado llegó hasta el domicilio de su grupo familiar, ubicado en el sector Central Alhueco, (al interior de una comunidad indígena) comuna de Lautaro, y allí, comenzó a insultar a una de sus hermanas, intentando agredirla, motivo por el cual intervino la madre del imputado y dos hermanos varones, a fin de evitar la agresión a su hermana. En este contexto el imputado agredió a su madre y a sus hermanos, resultados la primera de las víctimas con contusión hombro derecho y los hermanos, respectivamente con constusión de quinto dedo mano derecha y rasguño erosivo en región cervical lesiones, calificadas médicamente como leves.

En la audiencia de procedimiento simplificado la defensa solicitó se explorara la procedencia de un acuerdo reparatorio, fundado en los artículo 9 y 10 del Convenio 169, aprobándose finalmente un acuerdo consistente en disculpas públicas del imputado hacia las víctimas.⁹¹

Al apelar, el Minitserio Público planteó los fundamentos, que se han señalando durante este trabajo, rechazando la Corte el recurso y resolviendo lo siguiente:

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

⁹¹ Resolución del Juzgado de Garantía de Lautaro, en causa Ruc 1100529076-9, Rit N° 461-2011 de fecha 04 de octubre de 2011

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 Y.C.R. y las víctimas por el delito de lesiones menos graves en contexto de violencia intrafamiliar.

Pronunciada por la Segunda Sala, Presidente Ministro Sr. Héctor Toro Carrasco, Ministro Sr. Julio César Grandón Castro y Ministro Sr. Álvaro Mesa Latorre.

2.- Sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Temuco Causa Rol 10.034-2011 de fecha 23 de Noviembre de 2011.

En este caso la Fiscalía presentó requerimiento simplificado en contra del imputado por el delito de amenazas en contexto de violencia intrafamiliar consistiendo los hechos en que el día 14 de Agosto de 2011, alrededor de las 12:00 horas, en el predio agrícola ubicado en camino a Niagara, sector Lleupeco de la comuna de Padre Las Casas, el requerido, agredió verbalmente a su hermana, manifestándole que la iba a matar y que no se salvaría de él.

En la audiencia de procedimiento simplificado la Defensa solicitó se explorara la procedencia de un acuerdo reparatorio, fundado en los artículos 9 y 10 del Convenio 169, resolviendo el Tribunal que era del parecer de dar lugar a la solicitud planteada por la defensa y aprobar el acuerdo reparatorio.⁹²

Al apelar, el Minitserio Público planteó los fundamentos, que se han señalando durante este trabajo, rechazando la Corte el recurso y resolviendo lo siguiente:

Atendido el mérito de los antecedentes, se confirma la sentencia apelada de fecha ocho de noviembre del año en curso, que aprobó acuerdo reparatorio y ordenó el Sobreseimiento definitivo respecto del imputado R.N.S.

Pronunciada por la Segunda Sala. Presidente Ministro Sr. Julio César Grandón Castro, Ministro Sr. Álvaro Mesa Latorre y Abogado Integrante Sr. Ramón Diez Morello.

3.- Sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Temuco Causa Rol 1.192-2011 de fecha 04 de enero de 2012.

En este caso la Fiscalía formalizó investigación en contra del imputado por el delito de amenazas en contexto de violencia intrafamiliar, consistiendo los hechos en lo siguiente: El día 31 de Agosto de 2011, alrededor de las 18:30 horas, la víctima se encontraba en su domicilio ubicado en el Sector Millahueco de la comuna de Saavedra, instantes que llegó al lugar su cónyuge, el imputado, quien comenzó a insultarla para luego amenazarla, diciéndole que la iba a matar.

La Defensa planteó la posibilidad de un acuerdo reparatorio, argumentando la aplicación especial que tendría el Convenio 169 de la OIT en el caso de las personas indígenas, particularmente sus artículos 8, 9 y 10, proponiendo disculpas públicas como forma de término del caso, acuerdo que fue aprobado por el Tribunal, decretándose el sobreseimiento definitivo de la causa.⁹³

Al apelar, el Minitserio Público planteó los fundamentos, que se han señalando durante este trabajo, rechazando la Corte el recurso y resolviendo lo siguiente:

⁹² Resolución del Juzgado de Garantía de Temuco, en causa Ruc 1100832780-9, Rit N° 7104-2011 de fecha 08 de noviembre de 2011.

⁹³ Resolución del Juzgado de Garantía de Carahue, en causa Ruc 1100920664-9, Rit N° 785-2011 de fecha 19 de diciembre de 2011

Atendido el mérito de los antecedentes, lo expuesto por los intervinientes y lo señalado en los artículos 8° y 10° del Convenio 169 de la OIT, se confirma la resolución apelada de fecha diecinueve de diciembre de dos mil once, que aceptó el acuerdo reparatorio entre las partes y decretó el sobreseimiento definitivo en la causa.

Pronunciada por la Primera Sala. Presidente Ministro Sr. Luis Troncoso Lagos, Ministra Sra. María Elena Llanos Morales y Abogado Integrante Sr. L. Iván Díaz García.

4.- Sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Temuco Causa Rol 18-2012 de fecha 19 de enero de 2012.

En esta caso la Fiscalía requirió en procedimiento simplificado por el delito de lesiones menos graves en contexto de violencia intrafamiliar, consistiendo los hechos en lo siguiente: El día 25 de septiembre de 2011, a las 22:00 horas aproximadamente, en circunstancias que la víctima se encontraba en su domicilio, ubicado en el sector Conin Budi de la Comuna de Puerto Saavedra, llegó hasta ese lugar su conviviente, el imputado, en estado de ebriedad, quien sin motivo justificado, comenzó a insultar a la víctima con palabras groseras, para posteriormente propinarle un golpe de puño a la altura de la frente, saliendo en su defensa sus hijas menores de edad, por lo que la víctima pudo salir al exterior del domicilio y llamar a Carabineros. Producto de la agresión, la víctima resultó con una contusión frontal, de carácter leve, según certificado de atención de urgencia.

En audiencia de exploración de salida alternativa, la Defensa planteó la posibilidad de un acuerdo reparatorio, argumentando la aplicación especial que tendría el Convenio 169 de la OIT en el caso de las personas indígenas, particularmente sus artículos 8, 9 y 10, proponiendo disculpas públicas y el compromiso de no volver a incurrir en actos como los que dieron origen a este proceso, como forma de terminar el caso, acuerdo que fue aprobado por el Tribunal, decretándose el sobreseimiento definitivo de la causa.⁹⁴

⁹⁴ Resolución del Juzgado de Garantía de Carahue, en causa Ruc 1100979815-5, Rit N° 680-2011 de fecha 29 de diciembre de 2011.

Al apelar, el Minitserio Público planteó los fundamentos, que se han señalando durante este trabajo, rechazando la Corte el recurso y resolviendo lo siguiente:

Atendido el mérito de los antecedentes, se confirma la sentencia apelada de fecha veintinueve de diciembre de dos mil once, que aprobó acuerdo reparatorio entre imputado y víctima por el delito de lesiones menos graves, en contexto de violencia intrafamiliar, decretándose el sobreseimiento definitivo de esos hechos. Pronunciada por la Segunda Sala. Presidente Ministro Sr. Héctor Toro Carrasco, Ministro Sr. Alejandro Vera Quilodrán y Abogado Integrante Sr. Ricardo Fonseca Gottschalk.

5.- Sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Temuco Causa Rol 43-2012 de fecha 24 de enero de 2012, acordada con el voto en contra del ministro Alejandro Vera Quilodrán.

En esta caso la Fiscalía requirió en procedimiento simplificado por el delito de lesiones menos graves en contexto de violencia intrafamiliar consistiendo los hechos en lo siguiente: El día 22 de Julio de 2011, alrededor de las 16:00 horas, al interior del domicilio ubicado en el sector Quillem Bajo de la comuna de Carahue, el imputado agredió a su cónyuge propinándole golpes de puño en la cara y patadas en las piernas, resultando a consecuencia de ello con hematomas en muslo derecho, contusión y eritema en zona malar derecha.

En la audiencia de juicio simplificado, la Defensa planteó la posibilidad de un acuerdo reparatorio, argumentando la aplicación especial que tendría el Convenio 169 de la OIT en el caso de las personas indígenas, particularmente sus artículos 8, 9 y 10, todos preceptos conforme a los cuales debe tomarse en cuenta la costumbre de los pueblos indígenas, finalizando su petición con el ofrecimiento de disculpas públicas en audiencia que el imputado daría a la víctima y el compromiso de no volver a incurrir en actos como los que dieron origen al proceso, acuerdo que fue aprobado por el Tribunal, decretándose el sobreseimiento definitivo de la causa.

⁹⁵

⁹⁵ Resolución del Juzgado de Garantía de Carahue, en causa Ruc 1100747810-2, Rit N° 536-2011 de fecha 24 de enero de 2012.

Al apelar, el Minitserio Público planteó los fundamentos, que se han señalando durante este trabajo, rechazando la Corte el recurso y resolviendo lo siguiente:

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 cinco de enero de dos mil once, 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° 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.- Que muchas de las políticas o medidas atentatorias contra la mujer han sido justificadas bajo el alero de valores culturales, sustentados en creencias o de valores morales. Así han encontrado su razón de ser, por ejemplo las mutilaciones sexuales de la Africa subsahariana. Más aún, ese tipo de situaciones pueden ser aparentemente aceptadas por las mujeres, lo que no evita la sombra de duda respecto de si ello se explica más por presiones y miedos que por un sano ejercicio de la libertad de decisión.

3° 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.

4° Que todo ejercicio de derechos supone limitaciones, entre ellas la garantía de la no discriminación y no afección de la integridad física.

5° Que en caso de pugna de un derecho de auto determinación de una pueblo versus el derecho a la integridad física debe interpretarse de manera que ambos maximicen su vigencia.

6° Que en el caso de autos el artículo 9 de Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales en los países independientes, establece un límite para las represión de los delitos cometidos por su miembros y ese límite es “el ordenamiento jurídico nacional” en el caso de autos el artículo 19 de la ley 20.066, sumado al respeto de la integridad física de toda persona y la no discriminación que se consagra en el artículo 19 N° 1 y 3 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) entre ellos la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belem Do Para", en las que se afirma que “la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales y limita total o parcialmente a la mujer el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades y “porque la violencia contra la mujer es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres”.

7° Que asimismo, debe entenderse que la convención de Belém do Pará, constituye una referencia de interpretación a la Convención Americana de Derechos Humanos, ratificada y vigente en Chile y, de acuerdo al artículo 7.b de dicho Tratado y artículos 8 y 25 de la Convención Americana, el Estado de Chile, tiene el deber de actuar con la debida diligencia, para investigar y sancionar este tipo de violencia. Más aún, teniendo en cuenta, que aprobar un acuerdo reparatorio de la naturaleza que se debate, constituye un factor adicional de revictimización que puede llevar a investigaciones ineficaces e inoperantes

8°La multiculturalidad y el respeto de las costumbre de los pueblos indígenas debe reconocer como limite la cosificación y degradación de la mujer, aun con su aparente anuencia, lo que obliga a revocar un sobreseimiento definitivo originado en el acuerdo reparatorio entre una mujer supuestamente agredida por su cónyuge o conviviente, 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° 1 y 3 de la Constitución Política de 1980 y Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (aplicable por inciso primero del artículo 9 del Convenio 169 mencionado), estuvo por revocar la resolución apelada, que decreto el sobreseimiento definitivo de la a causa de la aprobación al acuerdo reparatorio, y dejándolo sin efecto, quedando la causa en estado de seguir adelante con el requerimiento en procedimiento simplificado.

Pronunciada por la Segunda Sala. Presidente Ministro Sr. Héctor Toro Carrasco, Ministro Sr. Alejandro Vera Quilodrán y Abogado Integrante Sr. Carlos Maturana Lanza.

6.- Sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Temuco Causa Rol 388-2012 de fecha 04 de junio de 2012, acordada con el voto en contra del ministro Alejandro Vera Quilodrán.

En este caso la Fiscalía presentó requerimiento simplificado verbal por el delito de lesiones menos graves en contexto de violencia intrafamiliar, imputando al requerido los siguientes hechos: El 08 de diciembre del año 2011, alrededor de las

17:00 horas, en circunstancias que la víctima transitaba por Av. Ercilla de la comuna de Carahue, se encontró con su conviviente y padre de un hijo en común, con quien se generó una discusión tras lo cual el imputado agredió a la víctima con un golpe de mano en el rostro y posteriormente la tomó del brazo y la arrastró por algunos metros por la vía pública resultando la víctima con eritema facial izquierdo, herida erosiva cortante codo izquierdo, erosión superficial antebrazo derecho, equimosis pierna derecha, lesiones de carácter leves.

En audiencia de procedimiento simplificado, la Defensa solicitó se evaluara la posibilidad de alcanzar un acuerdo reparatorio en la causa, argumentando que, dada la condición de mapuche de víctima e imputado, el caso caía bajo la aplicación del Convenio 169 de la OIT, especialmente de sus artículos 9 y 10, proponiendo como bases del acuerdo, las disculpas del requerido a su conviviente, su compromiso de no incurrir en hechos de esa naturaleza en lo futuro, y someterse a una terapia de control de impulsos, acuerdo que fue aprobado por el Tribunal, y fue verificado en audiencia posterior, decretándose el sobreseimiento definitivo de la causa.⁹⁶

Al apelar, el Minitserio Público planteó los fundamentos, que se han señalando durante este trabajo, rechazando la Corte el recurso y resolviendo lo siguiente:

Que consta del mérito de los antecedentes, que tanto víctimas como imputado tienen apellidos indígenas, de manera que su calidad de tales 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,

⁹⁶ Resolución del Juzgado de Garantía de Collipulli, en causa Ruc 11001270280-0, Rit N° 1091-2011 de fecha 16 de mayo de 2012.

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 dieciséis de mayo 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

Voto Disidente:

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 muchas de las políticas o medidas atentatorias contra la mujer han sido justificadas bajo el alero de valores culturales, sustentados en creencias o de valores morales. Así han encontrado su razón de ser, por ejemplo las mutilaciones sexuales de la Africa subsahariana. Más aún, ese tipo de situaciones pueden ser aparentemente aceptadas por las mujeres, lo que no evita la sombra de duda respecto de si ello se explica más por presiones y miedos que por un sano ejercicio de la libertad de decisión.

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

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

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

2.6 Que en el caso de autos el artículo 9 de Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales en los países independientes, establece un límite para las represión de los delitos cometidos por su miembros y ese límite es “el ordenamiento jurídico nacional” en el caso de autos el artículo 19 de la ley 20.066, sumado al respeto de la integridad física de toda persona y la no discriminación que se consagra en el artículo 19 N° 1 y 3 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) entre ellos la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belem Do Para", en las que se afirma que “la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales y limita total o parcialmente a la mujer el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades y “porque la violencia contra la mujer es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres”.

2.7 Que asimismo, debe entenderse que la convención de Belém do Pará, constituye una referencia de interpretación a la Convención Americana de Derechos Humanos, ratificada y vigente en Chile y, de acuerdo al artículo 7.b de dicho Tratado y artículos 8 y 25 de la Convención Americana , el Estado de Chile, tiene el deber de actuar con la debida diligencia, para investigar y sancionar este tipo de violencia. Más aún, teniendo en cuenta, que aprobar un acuerdo reparatorio de la naturaleza que se debate, constituye un factor adicional de revictimización que puede llevar a investigaciones ineficaces e inoperantes

2.8 La multiculturalidad y el respeto de las costumbre de los pueblos indígenas debe reconocer como limite la cosificación y degradación de la mujer, aun con su aparente anuencia, lo que obliga a revocar un sobreseimiento definitivo originado en el acuerdo reparatorio entre una mujer supuestamente agredida por su cónyuge o conviviente, 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° 1 y 3 de la Constitución Política de 1980 y Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (aplicable por inciso primero del artículo 9 del Convenio 169 mencionado), estuvo por revocar la resolución apelada, que decretó el sobreseimiento definitivo “junto” la aprobación al acuerdo reparatorio, y dejándolo sin efecto, quedando la causa en estado de seguir adelante con el procedimiento.

Pronunciada por la Primera Sala. Presidente Ministro Sr. Julio César Grandón Castro, Ministro Sr. Alejandro Vera Quilodrán y Abogado Integrante Sr. Roberto Contreras Eddinger.

7.- Sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Temuco, Rol 134-2012 de fecha 23 de febrero de 2012 que revoca resolución que aprobó acuerdo reparatorio en caso de delito de amenazas en contexto de violencia intrafamiliar.

En este caso la Fiscalía presentó requerimiento simplificado por el delito de amenazas en contexto de violencia intrafamiliar, por los siguientes hechos: El 26 de Agosto de 2011, alrededor de las 19:00 horas, en circunstancias que la víctima se encontraba en su domicilio, ubicado en el sector Pichillelle de la comuna de Teodoro Schmidt, en el comedor junto a su nieta, llegó a la casa ebrio, su hijo, el imputado, quien comenzó a insultarla, y la amenazó diciéndole que la iba a matar a palos.

En audiencia de procedimiento simplificado, la Defensa solicitó se evaluara la posibilidad de alcanzar un acuerdo reparatorio indicando que el requerido y las víctimas eran mapuche y por ende, regía a su respecto el convenio 169 de la OIT, haciendo referencia a sus artículos 9 y 10, proponiendo como bases de arreglo disculpas públicas del imputado en la misma audiencia y en el compromiso de no beber alcohol en al menos seis meses, acuerdo que fue aprobado por el Tribunal.⁹⁷

Al apelar, el Ministerio Público planteó los fundamentos, que se han señalando durante este trabajo, rechazando la Corte el recurso y resolviendo lo siguiente:

Atendido el mérito de los antecedentes, especialmente que no se ha acreditado la calidad y la costumbre indígena de los intervinientes; y que por otra parte, de acuerdo al tenor de lo que dispone el artículo 241 del Código Procesal Penal, el delito de amenaza no es susceptible de este tipo de salida alternativa se revoca la resolución apelada de fecha siete de febrero de dos mil doce, que aprobó acuerdo reparatorio respecto del imputado M. L. H. y, en su lugar, se resuelve que

⁹⁷ Resolución del Juzgado de Garantía de Imperial, en causa Ruc 1100875714-5, Rit N° 1111-2011 de fecha 07 de febrero de 2012.

se rechaza dicho acuerdo a que llegaron los intervinientes y se ordena seguir adelante con la prosecución del juicio.

Pronunciada por la Sala de Verano. Presidenta Ministra Sra. María Elena Llanos Morales, Ministro Sr. Alejandro Vera Quilodrán y Fiscal Judicial Sra. Tatiana Román Beltramin.

8.- Sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Temuco, Rol 169-2012 de fecha 05 de marzo de 2012 que revoca resolución que aprobó acuerdo reparatorio en caso de delito de amenazas en contexto de violencia intrafamiliar.

En este caso la Fiscalía presentó requerimiento simplificado por el delito de amenazas en contexto de violencia intrafamiliar, consistiendo los hechos en los siguiente: El 22 de Octubre del 2011, alrededor de las 18:00 horas, en circunstancias que la víctima se encontraba en su domicilio, ubicado en el Pasaje El Mirador N° 80 de la comuna de Saavedra, en compañía de su conviviente, la imputada, quien inició una discusión con la víctima, comenzando a insultarlo para luego tomar un cuchillo que se encontraba sobre la mesa amenazándolo de agredirlo con este, defendiéndose la víctima con una silla, pudiendo huir hacia la casa de su madre ubicada a unos cien metros de su inmueble.

En la audiencia de procedimiento simplificado la Defensa planteó la posibilidad de un acuerdo reparatorio, argumentando la aplicación especial que tendría el Convenio 169 de la OIT en el caso de las personas indígenas, particularmente sus artículos 8, 9 y 10, proponiendo, como bases del acuerdo, el compromiso de la requerida en orden a no aproximarse al ofendido y a respetar el régimen comunicacional que mantiene con su hijo. El Tribuna aprobó el acuerdo planteado y decretó el sobreseimiento de la causa.⁹⁸

Al apelar, el Ministerio Público planteó los fundamentos, que se han señalando durante este trabajo, rechazando la Corte el recurso y resolviendo lo siguiente:

Atendido el mérito de los antecedentes, lo expuesto por los intervinientes en audiencia, teniendo presente la naturaleza del delito, que no se trata de aquellos

⁹⁸ Resolución del Juzgado de Garantía de Carahue, en causa Ruc 1110032457-3, Rit N° 743-2011 de fecha 22 de febrero de 2012.

cuyo bien jurídico sea disponible, y el tenor del artículo 241 del Código Procesal Penal, se resuelve que se revoca la resolución apelada que decretó el sobreseimiento definitivo, y en su lugar se ordena la continuación del proceso de acuerdo a las normas correspondientes.-

Acordada con el voto en contra del Ministro Sr. Álvaro Mesa Latorre, quien estuvo por confirmar la resolución en alzada atendido el mérito de lo ya resuelto en causas Rol 315 y 592 sobre recursos de queja citados por la defensa.-

Pronunciada por la Segunda Sala, Presidente Ministro Sr. Álvaro Mesa Latorre, Ministra Sra. María Elena Llanos Morales y Alejandro Vera Quilodrán.

9.- Sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Temuco Causa Rol 220-2013 de fecha 03 de mayo de 2013 que rechaza acuerdo reparatorio en caso de lesiones menos graves en contexto de violencia intrafamiliar.

En este caso la Fiscalía presentó requerimiento simplificado en contra del imputado por el delito de lesiones menos graves en violencia intrafamiliar consistiendo los hechos en que el 01 de febrero de 2013, en horas de la madrugada, en circunstancias que el imputado se encontraba en su domicilio ubicado en sector Contreras (Reducción Indígena) comuna de Traiguén, en compañía de su cónyuge, procedió a agredirla con golpes de pies y manos en distintas partes del cuerpo, causando una hemorragia subjuntiva, contusión ocular ojo izquierdo, erosión piel cervical por compresión y contusión dorsal, lesiones calificadas medicamente como leves.

En la audiencia de procedimiento simplificado la defensa solicitó se explorara la procedencia de un acuerdo reparatorio, fundada en los artículos 9 y 10 del Convenio 169, aprobándose finalmente un acuerdo consistente en disculpas públicas del imputado hacia las víctimas y decretó el sobreseimiento definitivo de la causa.⁹⁹

⁹⁹ Resolución del Juzgado de Garantía de Traiguén, en causa Ruc 1300118683-8, Rit N° 81-2013 de fecha 20 de marzo de 2013.

La Corte de Apelaciones al conocer del recurso interpuesto por el Ministerio Público resolvió rechazar la resolución del Juzgado de Garantía de Traiguén disponiendo lo siguiente:

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.

Pronunciada por la Segunda Sala, Presidente Ministro Sr. Héctor Toro Carrasco, Ministro Sr. Alejandro Vera Quilodrán y Abogado Integrante Sr. Fernando Mellado Diez.

10.- Sentencia de la E. Corte Suprema Causa Rol 10.635-2011 de fecha 04 de enero de 2011 que se pronuncia sobre recurso de queja presentado por el Ministerio Público. Acordada con el voto en contra de los Ministros Sres. Jaime Rodríguez y Rubén Ballesteros.

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 Cheuquenel 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, Cheuquenel 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.

Voto Disidente

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.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros U., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., y Juan Escobar Z.

11.- Sentencia de la E. Corte Suprema Causa Rol 11.616-11 de fecha 19 de enero de 2012 que se pronuncia sobre recurso de queja presentado por el Ministerio Público.

Que el mérito de autos, lo informado por los jueces recurridos y los antecedentes tenidos a la vista, aparece que los sentenciadores, al dictar la resolución cuestionada, han interpretado, dentro de sus facultades privativas, las disposiciones legales que atañen a la materia sometida a su conocimiento, consignando los adecuados razonamientos que conforme a esas prerrogativas,

sostienen su decisión de rechazar el recurso de apelación deducido en contra de la sentencia dictada por el Sr. Juez de Garantía de Temuci que sobreseyó definitivamente la causa, de tal modo que no se ha demostrado falta o abuso grave susceptible de ser enmendado por esa vía.

Por esas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto en el artículo 549 del Código Orgánico de Tribunales, se rechaza el recurso de queja del principal de fojas 11, interpuesto por el Fiscal Regional del Ministerio Público de la Araucanía, Sr. Francisco Ljubetic Romero.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C. y el abogado integrante Sr. Luis Bates H.

12.- Sentencia de la E. Corte Suprema Causa Rol 592-2012 de fecha 25 de enero de 2012 que se pronuncia sobre recurso de queja presentado por el Ministerio Público.

1°.- Que el recurso de queja tiene, por exclusiva finalidad, corregir las faltas o abusos graves cometidos en la dictación de resoluciones de carácter jurisdiccional.

2°.- Que por medio del recurso interpuesto a fojas 13, se impugnan dos sentencias que se han pronunciado sobre el mismo asunto y en el mismo sentido, con lo que queda de manifiesto que el recurrente pretende discutir en sede disciplinaria un asunto ya resuelto a través de las instancias respectivas, lo que importa que ya se ha hecho uso de otros recursos legales.

De conformidad, además, con lo dispuesto en el N° 19 del Auto Acordado de esta Corte Suprema sobre Tramitación y Fallo de Recurso de Queja y letra a) del artículo 549 del Código Orgánico de Tribunales, se declara inadmisibile el recurso de queja interpuesto en lo principal de fojas 13.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C. y el abogado integrante Sr. Luis Bates H.