



Universidad de Atacama
Facultad de Ciencias Jurídicas
Carrera de Derecho

**Justicia penal chilena en causas de violencia
intrafamiliar en pueblos indígenas ante el
Juzgado de Garantía de Copiapó.**

Rodrigo Alejandro Zavala Medina
Año 2020



Universidad de Atacama
Facultad de Ciencias Jurídicas
Carrera de Derecho

**Justicia penal chilena en causas de violencia
intrafamiliar en pueblos indígenas ante el
Juzgado de Garantía de Copiapó.**

**Memoria presentada en conformidad a los requisitos para obtener el grado de
Licenciado en Ciencias Jurídicas.**

Profesor guía: Evelyn Vieyra Luna

Rodrigo Alejandro Zavala Medina

Año 2020

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	5
INTRODUCCIÓN.....	6
Capítulo I: Pueblos indígenas de la zona norte y el derecho nacional.....	8
1) Ley 19.253 Establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena.	8
2) La CONADI.....	10
3) Pueblos de la Región de Atacama.	12
A) El pueblo colla	13
B) El pueblo Diaguita.	15
C) El Pueblo Mapuche.	17
Capitulo II: Convenio 169 de la OIT, su importancia en Chile y su implicancia en la justicia indígena.	20
1) El derecho internacional y los pueblos indígenas.....	20
2) Convenio 169 de la OIT.....	22
3) Principios contenidos en el Convenio 169.....	24
A) Principio de no discriminación.....	24
B) Principio de Participación de los pueblos indígenas.	25
C) Principio de integridad cultural.....	27
D) Principio de Autonomía	28
4.- Reconocimiento de la costumbre indígena.	29
5) Aplicación en el sistema nacional chileno.	32
Capítulo III: Protección frente a la Violencia Intrafamiliar en Chile.....	34
1) Antecedentes de la ley 20.066 sobre violencia intrafamiliar.....	34
2) Convención Belem do Para.	35
A) Derechos reconocidos y protegidos por la Convención.....	36
B) Influencia de la Convención en la creación de normativa que regule la violencia intrafamiliar.	37
3) Ley 19.325 Primera ley de Violencia Intrafamiliar en Chile.....	38
4) Ley 20.066.....	40

A) Delito de Maltrato Habitual.	43
5) Mediación en contexto de Violencia intrafamiliar.	44
A) Acuerdos reparatorios.	45
Capitulo IV: Revisión de casos de violencia intrafamiliar en contexto de pueblos indígenas en la región de Atacama.	49
1) Costumbre indígena y la violencia intrafamiliar.	49
2) Casos de violencia intrafamiliar con intervinientes indígenas en la región de Atacama.	52
Conclusiones.	57
BIBLIOGRAFIA.	60

ABREVIATURAS

CEDAW: Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer.

CONADI: Corporación Nacional del Desarrollo Indígena.

CPP: Código procesal penal.

CPR: Constitución Política de la Republica.

OIT: Organización Internacional del Trabajo

ONU: Organización de las Naciones Unidas.

RAE: Real Academia Española.

SERNAM: Servicio Nacional de la Mujer.

SERNAMEG: Servicio Nacional de la Mujer y la Equidad de Género.

VIF: Violencia intrafamiliar.

INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo de investigación tendrá por finalidad, analizar las causas de sobre VIF del juzgado de Garantía de Copiapó con competencia en la región de Atacama, de esta forma exponer los fallos y determinar la forma en como abordan las causas de VIF que tuvieron lugar dentro de los pueblos indígenas de la región, y si se han resueltos las causas por medio de los acuerdos reparatorios.

Dentro del ordenamiento jurídico nacional, en específico, la ley 20.066 sobre violencia intrafamiliar, se prohíbe expresamente la procedencia de acuerdos reparatorios en VIF, lo que no ha sido impedimento para que estos se realicen para dar solución a conflictos suscitados en pueblos originarios, valiéndose del convenio N°169 de la OIT como fundamento, el cual dice en su artículo 8.1 *“Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario”*.

Si bien el Convenio anteriormente mencionado, señala que esto deberá respetarse en la medida que sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos reconocidos internacionalmente, en Chile, los tribunales en la región de la Araucanía, han resuelto casos de VIF promoviendo acuerdos reparatorios en conflictos generados en el pueblo Mapuche, ya que se entiende como un hecho público y notorio que dentro de su costumbre, esta situación se resuelve por medio de negociaciones entre las partes, lo cual entra en claro conflicto con el sistema jurídico nacional.

En virtud de esto, es menester analizar jurisprudencia de tribunales de nuestra región y en relación a pueblos que estén establecidos en Atacama, teniendo en consideración sus costumbres y derecho consuetudinario y la forma en como han solucionado las cuestiones de VIF a las cuales se han enfrentado. Para lograr esto, exploraremos la cultura de los pueblos indígenas, describiré y determinare la aplicación de su costumbre, del derecho nacional, así como los tratados internacionales que se encuentren vigentes y ratificados por Chile que versen sobre la protección de los

derechos de las mujeres, de esta forma contribuir a definir la situación de la región de Atacama y los pueblos indígenas en esta materia.

Capítulo I: Pueblos indígenas de la zona norte y el derecho nacional.

1) Ley 19.253 Establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena.

La Ley indígena es promulgada el 28 de septiembre de 1993 y publicada el 5 de octubre del mismo año, durante el gobierno del presidente Patricio Alwyn, proyecto en el cual participarían activamente la Comisión Especial para pueblos indígenas y de las mismas comunidades indígenas.

Esta normativa surge en virtud de la visualización negativa del régimen jurídico igualitario al cual estaban sometidos los miembros pertenecientes a una comunidad indígena, ya que la ley hasta ese entonces, no contemplaba cuestiones de gran importancia como lo es el derecho consuetudinario y la especificidad de la cultura indígena.¹

La ley en su artículo 1 se encarga de determinar cuáles son los pueblos que son reconocidos por el estado chileno, aquellos contemplados son:

- Mapuches.
- Aymaras.
- Rapa Nui o Pascuenses.
- Atacameños.
- Quechuas.
- Collas.
- Diaguitas.
- Kawashkar o Alacalufe.
- Yámana o Yágan.

¹ MUÑOS, Bernardo, “Derechos de Propiedad y pueblos indígenas” CEPAL (Santiago de Chile, 1999), p. 19.

Es importante mencionar que existen más pueblos o comunidades indígenas dentro del territorio nacional, sin perjuicio de esto, aún están a la espera de ser reconocidos por Chile en respeto del principio de autodeterminación ² consagrado en el convenio 169 de la OIT, el caso de los Changos del norte era un ejemplo, sin perjuicio de esto, en el mes de septiembre de 2020 fueron reconocidos oficialmente por Chile.

Se establece quienes serán considerados indígenas en el artículo 2, incorporando un amplio espectro de sujetos que entran en esta categoría, siempre en pro del respeto del principio de autodeterminación de los pueblos al que me referiré más adelante, también define que se entenderá por comunidad indígena³, pudiendo estas además constituir personas jurídicas y asociaciones indígenas funcionales.

Uno de los avances más importantes de esta ley es la creación de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI) siendo este un organismo del estado que deberá implementar políticas públicas en beneficio de las comunidades indígenas además de estar encargada de regular otras materias.

Sin duda la costumbre de los pueblos indígenas resulta de gran importancia a la hora de resolver conflictos que se generan dentro de las diversas comunidades indígenas, es por esto, que la ley 19.253 viene a regular en su título VII denominado “Normas especiales de los procedimientos judiciales”, la forma en como la costumbre, constituirá derecho, siempre que no sea incompatible con la CPR, y en tanto el imputado como la víctima sean de la misma etnia indígena, estableciendo que para conflictos de carácter penal, esta se considerara cuando sirva como eximente o atenuante de responsabilidad. La costumbre podrá ser probada por todos los medios

² Es el derecho de un pueblo a decidir sus propias formas de gobierno, perseguir su desarrollo económico, social y cultural, y estructurarse libremente, sin injerencias externas y de acuerdo con el principio de equidad. La libre determinación está recogida en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, aunque no en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

³ Para los efectos de la ley 19.253 se entenderá por Comunidad Indígena, toda agrupación de personas pertenecientes a una misma etnia indígena y que se encuentren en una o más de las siguientes situaciones: **a)** Provenzan de un mismo tronco familiar; **b)** Reconozcan una jefatura tradicional; **c)** Posean o hayan poseído tierras indígenas en común, y **d)** Provenzan de un mismo poblado antiguo.

que franquea la ley, en especial, mediante por informe pericial emitido por la CONADI a petición del tribunal.

En los juicios (incluyendo diligencias en donde sea necesario la asistencia de la persona indígena) que revistan las consideraciones anteriores, se podrá a petición de parte, hacer uso de la lengua indígena, debiéndose asesorar por un traductor idóneo.

2) La CONADI.

La CONADI, es una institución chilena creada con la finalidad de promover y proteger los derechos de los pueblos originarios, esta depende del Ministerio de Desarrollo Social.

Esta Corporación está dotada de diversas atribuciones, por ejemplo, promover el reconocimiento y respeto de las etnias en la vida nacional, incentivar la participación de la mujer indígena en coordinación con el Servicio Nacional de la Mujer, mantener un registro de comunidades y Asociaciones indígenas y un registro público de tierras indígenas; actuar como árbitro frente a controversias que se susciten entre los miembros de alguna asociación, entre otras.

El artículo 23 de la norma se encargó de crear un fondo destinado al desarrollo y a llevar a cabo las diferentes cuestiones las cuales la CONADI debe dar cumplimiento, como lo son los programas especiales para el desarrollo de personas y comunidades indígenas, a través de los cuales, se podrán desarrollar planes especiales de crédito, sistemas de capitalización y otorgamiento de subsidios en beneficio de las Comunidades Indígenas e indígenas individuales.

La misión de la CONADI es promover y proteger los derechos de los habitantes indígenas de Chile, velar por su reconocimiento en la sociedad además de fomentar el desarrollo cultural, social y económico de las comunidades de pueblos originarios, esto por medio del cumplimiento de los siguientes objetivos específicos:

- *Promover y proteger los derechos y el patrimonio de los pueblos indígenas, impulsando modificaciones a la normativa vigente, para el cumplimiento pleno del Convenio 169, garantizando, mediante la información, el diálogo y mecanismos de consulta, su participación en las decisiones sobre las medidas legislativas y/o administrativas susceptibles de afectarles directamente.*
- *Coordinar y asesorar el trabajo intersectorial para mejorar la pertinencia cultural de la política pública y complementar recursos sectoriales y regionales, para financiar y ejecutar programas y proyectos que satisfagan las demandas de los pueblos indígenas y sus territorios.*
- *Desarrollar y ejecutar una política pública indígena y una oferta programática rural y urbana, que contribuyan integradamente al buen vivir, en sus aspectos económico, social y cultural, de las comunidades, familias, hombres y mujeres indígenas más vulnerables.*
- *Mejorar el acceso, cobertura, oportunidad y calidad del servicio entregado a los/as ciudadanos/as indígenas, en todos los espacios de atención, mediante la mejora continua de los procesos, la optimización de los recursos y el desarrollo capital humano institucional.⁴*

En cuanto a la protección de los habitantes indígenas solo será cuestión de competencia para la CONADI cuando la materia que se suscite tenga relación con conflictos de tierras y aguas, si estos conflictos surgieran en otras materias, estos no contarán con una protección especial otorgada por esta institución, pudiendo recurrir a las Corporaciones de Asistencia Judicial o Defensoría Penal Pública u otro organismo del estado según sea el caso, quienes deberán utilizar las estrategias necesarias para

⁴CONADI, fecha de consulta, 12 de diciembre de 2020 [Disponible en: <http://www.conadi.gob.cl/politica-de-comunicacion-internainstitucional#:~:text=La%20Corporaci%C3%B3n%20Nacional%20de%20Desarrollo,los%20pueblos%20ind%C3%ADgenas%20de%20Chile>].

acreditar la calidad étnica de su representado⁵, ya que el omitir esto podría generar una errada aplicación del derecho al no considerar cuestiones importantes como la costumbre, y a su vez incumpliendo tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile.

3) Pueblos de la Región de Atacama.

Desde la antigüedad el territorio de Chile ha estado habitado por diferentes pueblos, teniendo su propia cultura, el estilo de como configuran su vida, la forma en como solucionan sus conflictos y su particular sistema de normas. Con la llegada de los conquistadores españoles en el siglo XVI, se vio afectada importantemente su forma de vivir y todos los factores relacionados con ello, ya que los invasores trajeron consigo enfermedades, guerra y en definitiva, una cultura totalmente ajena a la existente hasta ese entonces.

Como se mencionó con anterioridad, la ley 19.253 se encarga de definir cuáles son los pueblos indígenas reconocidos por Chile, en relación a esto, el Instituto Nacional de Estadísticas (INE), en el censo de 2017 estimó que en Chile se reconocen pertenecientes a algunos de las pueblos originarios la existencia total de 2.158.792 personas lo que se traduce en porcentaje de la siguiente manera:

Un 12,8% de la población total del país es perteneciente a un pueblo indígena, de ellos, el grupo más grande pertenece al pueblo mapuche con 1.754.147 personas (9,9% de la población nacional), seguidos por aimaras (156.754 personas), diaguitas (88.474 personas), quechuas (33.868 personas) y atacameños o licán antai (30.369 personas). Después se encuentra el pueblo Colla (20.744 personas), polinésico

⁵ Para determinar la calidad indígena, se debe poner atención en los criterios que se encuentran establecidos en la ley 19.253 sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas y en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Esto implica que, sin perjuicio que la ley considera los elementos culturales o incluso raciales (apellido indígena), el elemento preponderante es la autoidentificación.

*rapanui (9.399 personas), y los australes pueblos kawashkar (con 3.448 personas), y yagán o yámana (1.600 personas)*⁶.

En la presente investigación abordaremos la cultura e historia de los pueblos Colla, Diaguitas y brevemente el pueblo Mapuche, siendo estos (Diaguitas y Colla) pertenecientes a la región de Atacama, los cuales constituyen un tesoro en cuanto a tradición para esta región.

A) El pueblo colla

El Origen del pueblo Colla es algo difícil de determinar, no existiendo claridad si este pueblo era un pueblo originario de Chile propiamente tal, sino que se piensa que provienen del noroeste de argentina y sur de Bolivia, quienes se asentarían en quebradas, aguadas y vegas de la precordillera y cordillera actual⁷.

*Según Carla Thompson su origen se remontaría a una fragmentación del Imperio Colla, siendo un pueblo de suma importancia, considerado uno de los mayores enemigos del imperio Inca. A partir de la rebelión del Imperio Colla, en 1470, el Inca Tupac Yupanqui, sería quien trasladaría a los collas rebeldes hacia la región argentina y sur de Bolivia*⁸. Finalmente se establece que el pueblo colla surge producto de una mezcla de diferentes etnias provenientes de los lugares antes mencionados⁹.

Los Collas comenzaron a establecerse a partir del siglo XIX en los cerros de la región de atacama, comenzando como pastores que vivían por esos sectores, a los

⁶ RIVAS, Antonia, “Derechos Humanos de los pueblos indígenas en Chile” (2020), p. 243.

⁷ GLEISNER, Christine, MONTT, Sara “Colla: Serie introducción histórica y relatos de los pueblos originarios de Chile” (Santiago, 2014). p. 14.

⁸ BUJES, Jacylin, “Los Colla de Atacama: identidad y etnogénesis” (Santiago, 2008), p. 33.

⁹ GLEISNER, Christine, MONTT, Sara “Colla: Serie introducción histórica y relatos de los pueblos originarios de D” (Santiago, 2014). p. 17.

cuales se les llamo colla. En la región de atacama hasta la época de 1990 se les llamo colla a las personas campesinas.

En cuanto a su forma de vida, tenían un carácter trashumante¹⁰, teniendo en consideración que una de sus principales actividades económicas era la ganadería, la búsqueda de forraje¹¹ para el bienestar y crianza de animales se volvía un factor determinante para trasladarse en las épocas de verano e invierno, aprovechando el vasto conocimiento de la naturaleza, en cuanto a aguas disponibles y zonas de pastoreo, además tenían un manejo excepcional en los pasos y caminos de montaña importantes a la hora de moverse.

Es posible identificar tres áreas de ocupación por parte de los Colla, en cuanto al área norte recorrieron grandes extensiones entre el salar de Pedernales y Maricunga. Las familias frecuentaron las quebradas Doña Inés, La Encantada, Jardín (llamada antiguamente Pastos Cerrados), El Asiento, Pastos Largos, Pedernales, entre otras. Producto de la migración hacia las ciudades, algunos collas se establecieron en Pueblo Hundido (hoy Diego de Almagro), Inca de Oro y más al este, cerca de El Salvador, en Portal del Inca y Potrerillos. Otros asentamientos collas en la zona norte eran Doña Inés, al norte de El Salvador, y Pedernales, al sur del salar del mismo nombre¹².

Otra zona en la cual se encontraron ubicados los collas es al oriente del Salar de Maricunga e incluye las Quebradas de San Andrés, Paipote, Cortadera y San Miguel, además en la zona austral en la cuenca del río Jorquera y sus afluentes, entre los que destacan los ríos Figueroa y Turbio, es dable mencionar que algunos Colla al trasladarse a centros urbanos se ubicaron en Copiapó, Tierra Amarilla y Estación Paipote, esto en virtud de la restricción que sufrieron en cuanto a sus actividades tradicionales principalmente por el establecimiento de fronteras y normas de regulación de estas, las cuales limitaban su paso por caminos no habilitados entre países,

¹⁰ La trashumancia es una técnica ganadera basada en el movimiento u oscilación de los rebaños entre dos sectores distintos y alejados, siguiendo un ritmo estacional en busca de prados de invierno y de verano.

¹¹ El Forraje es Hierba verde o seca que se da al ganado para alimentarlo.

¹² GLEISNER, Christine, MONTT, Sara “Colla: Serie introducción histórica y relatos de los pueblos originarios de Chile” (Santiago, 2014). p. 19.

problemas climáticos y contaminación de la cordillera, entre otros factores, los obligó a buscar nuevas oportunidades en las ciudades¹³.

En la realización de estudios para la creación de la ley 19.253, al identificar los distintos grupos étnicos pertenecientes a la región de Atacama, existió una discrepancia por parte del director del Museo Regional de Atacama, quien indicaba que el pueblo Colla no era originario de Chile ¹⁴, ya que como fue mencionado con anterioridad el origen se remontaría a pueblos argentinos y bolivianos.

Hoy, el pueblo Colla se encuentra ubicado en la cordillera, puna y quebradas dedicándose principalmente a la crianza de animales, agricultura y minería de metales a pequeña escala, además existen diversas comunidades Colla las cuales habitan las diferentes ciudades y pueblos de la tercera región.

B) El pueblo Diaguita.

La cultura diaguita es conocida a partir de la reconstrucción que se ha hecho de la alfarería por la que hoy en día son reconocidos¹⁵, esto sumado a las investigaciones arqueológicas, logran dar cuenta del origen del diaguita, dejando en evidencia por la forma en que utilizaban los materiales y las figuras pintadas en sus utensilios de cerámica, que este pueblo se desarrollaría mayoritariamente en las áreas de la ganadería, agricultura y actividades marítimas¹⁶.

La población diaguita previa a la conquista del siglo XVII, se estimaba que era de más de 27 mil habitantes en total, distribuidos en las ciudades de Copiapó, Huasco, Coquimbo, Limarí, Combarbalá, Choapa y Aconcagua¹⁷, número que posiblemente era mayor antes de la llegada de Diego de Almagro ya que el utilizo como cargadores a originarios diaguitas para regresar al Cuzco.

¹³ *Ibíd.* p. 30.

¹⁴ *Ibíd.* p. 30.

¹⁵ AMPUERO BRITO, Gonzalo “Cultura diaguita” Biblioteca Nacional de Chile (Santiago, 1978) p. 5.

¹⁶ Comisión verdad historia y nuevo trato con los pueblos indígenas “Informe de la comisión verdad histórica y nuevo trato con los pueblos indígenas”, p. 240.

¹⁷ *Ibíd.* p. 241.

El Origen de los Diaguitas se obtiene del complejo de las Animas, siendo este conformado por una población de agricultores y pescadores del Norte Chico, esto teniendo como antecedente el tipo de alfarería y de las colecciones de ceramios que realizaban siendo los únicos hasta ese entonces de obtener el color negro para sus obras utilizando una pintura proveniente del hierro que no se observaba en otros complejos¹⁸, además la fuerte coincidencia entre los motivos alfareros registrados del Complejo de las Animas y los diaguitas deja en evidencia su estrecha relación.

Cabe mencionar que el Complejo de las Animas surge de un importante cambio cultural ya que provenía de otro complejo, el denominado Complejo El Molle, ubicado en la región de Atacama, específicamente al norte del río Salado y por el sur hasta la cuenca del Choapa.¹⁹

En cuanto a su cultura se debe destacar la forma y construcción de sus aldeas, las cuales eran estructuradas con material ligero, de origen vegetal, hay que diferenciar la existencia de dos tipos de aldeas, las ya mencionadas para la habitación, y las aldeas fortificadas para tiempos de guerra las que estaban construidas en base a piedras y madera con estacas.

El *Kakán* era la lengua del pueblo Diaguita, provenientes del norte de Argentina y que poblaron los fértiles Valles Transversales. Los estudios de Rodolfo Schüller sostienen que en ambas vertientes se habló esta lengua hoy extinguida.²⁰

Su economía se sostenía en actividades como la agricultura que desarrollaban en los valles, cultivando maíz, frijoles, quinoa, zapallo, productos que eran producidos únicamente en ciudades específicas. La ganadería, caza y pesca constituían también actividades las cuales contribuían al desarrollo diaguita.²¹

De su organización sociopolítica, se destaca que cada uno de los valles era dividido en mitades, denominados sector alto y sector bajo, los que eran gobernados por un jefe o Cacique.

¹⁸ AMPUERO BRITO, Gonzalo “Cultura diaguita” Biblioteca Nacional de Chile (Santiago, 1978) p. 36.

¹⁹ Comisión verdad historia y nuevo trato con los pueblos indígenas “Informe de la comisión verdad histórica y nuevo trato con los pueblos indígenas”, p. 238.

²⁰ [Disponible en: <https://www.servindi.org/actualidad/1045>]

²¹ Comisión verdad historia y nuevo trato con los pueblos indígenas Informe de la comisión verdad histórica y nuevo trato con los pueblos indígenas”, p. 242.

El reconocimiento al pueblo Diaguita, se realiza en virtud del proyecto de ley que fue aprobado por la Cámara de Diputados el 15 de julio del 2004 y por el Senado el 19 de julio del 2006. La moción fue presentada por los diputados Jaime Mulet, Antonio Leal y Alberto Robles y el ex diputado Carlos Vilches el 8 de agosto de 2002, el que consiste en la incorporación de la palabra “diaguita” al artículo 1 de la ley 19.253, para que estos sean reconocidos por Chile.

Dicho reconocimiento es un hito importante ya que permite a las personas que se certifiquen como diaguitas, así como sus comunidades, el ejercicio de los derechos que se les otorga en la ley 19.253, indispensables para la defensa y promoción de su cultura, así como también la protección e incremento de su patrimonio a través del otorgamiento de tierras y aguas.

C) El Pueblo Mapuche.

El pueblo Mapuche sin duda es uno de los pueblos originarios más sobresalientes en el país, debido a su importante presencia en el territorio nacional, constituyendo el 9,9 % de la población nacional con un total de 1.754.147 personas pertenecientes a este pueblo según estudio antes mencionado.

Si nos remontamos a su origen, considerando estudios arqueológicos es posible identificar que este, surge de diferentes agrupaciones humanas de diversas culturas materiales, los Mapuches serían considerados directos descendientes de los antiguos cazadores de Monte Verde, de Chan Chan y Quillen,, Pitren y de El Vergel²², sin embargo, para los Mapuches su origen tiene otra raíz, consideran que sus ancestros surgieron producto de una gran inundación provocada por “*Kay Kay*”, una serpiente que representaba fuerzas malignas que hizo subir las aguas para matar gente, esta tuvo un enfrentamiento con “*Treng Treng*” una serpiente que representaba el bien, que hizo subir los cerros para auxiliar a la gente, *Kay Kay* finalmente se rinde, logrando que

²² MEZA-LOPEHANDIA, Matías, YÁÑEZ, Nancy, “Los pueblos indígenas y el derecho”, LOM ediciones (Santiago, 2013). p. 48.

sobrevivieran dos ancianos, hombre y mujer, y dos jóvenes, también hombre y mujer, quienes serían los encargados de esparcir conocimiento y sabiduría, y dejar descendencia respectivamente²³.

El pueblo Mapuche previa la llegada de los españoles contaba con una organización social con carácter incierto, ya que es difícil determinar cuestiones sobre su ordenamiento, puesto que generalmente los relatos eran efectuados por personas provenientes de España, por lo que para ellos era muy complejo imaginar un sistema organizacional diferente al suyo, de esta forma carecían de datos certeros sobre esto, intentado dar una explicación al sistema de los mapuches en base a su sistema²⁴.

De todas formas, es posible determinar que su estructura organizacional tenía como centro el *lof*, siendo considerado la unidad constituida por todas las familias a cargo de un territorio, dirigido por un *logko* o jefe pudiendo llegar a ser autoridad en varios *lofs*.

En su cultura y economía difieren entre los diferentes sectores Mapuches, los Pikunche tuvieron un fuerte impacto por a la presencia Inca, por lo que su principal fuente económica era la agricultura y alfarería, los del Biobío en cambio, tenían un cultura basada en la tala, la pesca, la caza y la recolección, los Williche, por su parte llevaban un sistema de vida más simple, considerando los recursos naturales a su alcance, decantándose por actividades como la ganadería, recolección de mariscos, pesca y caza de lobos marinos.²⁵

La relación que existía entre las organizaciones mapuches y sus autoridades se regían por el *Az mapu*²⁶ pudiendo considerarse como el sistema jurídico mapuche o sistema de autorregulación interno. La regla general en este sistema era la vida armónica con todos los entes de la naturaleza, considerado como tal, los vivos, los muertos, lo visible y lo no visible. El *Az mapu* o *Ad mapu*, constituye su código de ética

²³ *Ibíd.* p. 49.

²⁴ Comisión verdad historia y nuevo trato con los pueblos indígenas “Informe de la comisión verdad histórica y nuevo trato con los pueblos indígenas”, p. 324.

²⁵ MEZA-LOPEHANDIA, Matías, YÁÑEZ, Nancy, “Los pueblos indígenas y el derecho” LOM ediciones (Santiago, 2013). p. 51.

²⁶ Este concepto significa “Tierra que agrada y que es buena”.

o la gran declaración de principios y la costumbre antigua, el *Az mapu* configura las normas aplicables tanto individual como colectivamente, señala lo que es posible hacer y lo que no, además incluye la forma en que las cosas deben hacerse, dentro de este código se considera que si se infringe se genera una ruptura en la armonía, la cual se podrá y deberá repararse.

El *Az mapu* constituye el análogo de los diferentes códigos en nuestro derecho (Código Civil, Penal, Laboral, Procesal, etc.) encontrándose este en un constante proceso de evolución teniendo en consideración las circunstancias variables de los diferentes conflictos que pudieran suscitarse²⁷.

²⁷ SANCHEZ CURIHUENTRO, Juana “El Az mapu o sistema jurídico mapuche”, p. 3.

Capítulo II: Convenio 169 de la OIT, su importancia en Chile y su implicancia en la justicia indígena.

1) El derecho internacional y los pueblos indígenas.

El derecho internacional en materia de protección a los pueblos indígenas hasta antes de la Convenio 169 de la OIT, se podía considerar un tanto ausente puesto que no existía normativa expresa que se encargara de regular los derechos de la totalidad de pueblos indígenas.

La Organización Internacional del Trabajo²⁸ fue la primera agencia de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en establecer directamente cuestiones sobre protección para los pueblos, específicamente en su convenio 107 del año 1957 en lo relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semitribales en los países independientes²⁹. Para complementar esto el derecho internacional encargado de velar por los derechos humanos³⁰, comenzó a otorgar protección de carácter individual, principalmente mediante el principio de libertad e igualdad y de no discriminación, considerando cuestiones de raza, origen étnico o cultura.

Antes de la Segunda Guerra Mundial, se redactaron una gran cantidad de convenios y recomendaciones en materias relativas al trabajo a realizar y sus condiciones, por personas pertenecientes a pueblos indígenas, denominados “El Código Colonial”, normativa que sería reforzada gracias a la ONU que en el año 1955 aprobó el Convenio 105 sobre la abolición del trabajo forzado, a esto se suma el ya mencionado Convenio 107³¹.

²⁸ La Organización Internacional del Trabajo es una institución creada en el año 1919 como parte del Tratado de Versalles que puso fin a la primera guerra mundial, en el año 1946 se convirtió en una agencia especializada de la Organización de las Naciones Unidas.

²⁹ MEZA-LOPEHANDIA, Matías, YÁÑEZ, Nancy, “Los pueblos indígenas y el derecho”, LOM ediciones (Santiago, 2013). p. 442.

³⁰ *Ibíd.* P.442.

³¹ SILVA ALARCON, Doris, “Convenio 169 de la OIT y los acuerdos reparatorios en delitos de violencia intrafamiliar”, (Temuco, Chile, 2017). p. 9.

El Convenio 107 considera la existencia de diferentes comunidades indígenas, tribales y semitribales³² en los diferentes países independientes, siendo el primer instrumento de derecho internacional en utilizar el concepto de comunidad indígena como colectividad

En virtud de la visualización de que estas comunidades no podían acceder a los diferentes derechos y beneficios, que si gozaban los otros habitantes de dichos países, se busca facilitar el acceso a esto, mejorando las condiciones en las que viven los integrantes de las diferentes comunidades, mediante la regulación de importantes materias, como lo es el acceso a sus tierras, estableciendo un derecho de propiedad en su beneficio, garantizando que las comunidades no podrían ser obligadas a dejar su territorio habitual sin su consentimiento, a esto se suma cuestiones sobre contratación y condiciones de empleo, acceso a la educación en todos sus grados lo que se relaciona estrechamente con la posibilidad de formación profesional, incluyendo un fomento en cuanto a sus actividades de artesanía e industrias rurales.

Es posible hacer una crítica a este convenio, que sin perjuicio del gran avance que represento en el reconocimiento de las comunidades indígenas, presenta la protección de estas, como un proceso progresista de ajuste cultural³³, ya que el utilizar las herramientas de educación y formación profesional otorgadas, la finalidad era que los indígenas se vean incorporados a la fuerza laboral del país, dejando en evidencia la visión de asistencialismo³⁴, que considera que los indios son personas subordinadas y que transitan en etapas previas a la civilización, por lo que es necesario integrarlos a la sociedad e incorporándolos al mercado para su desarrollo³⁵.

³² Semitribal comprende los grupos y personas que, aunque próximos a perder sus características tribales, no están aún integrados en la colectividad nacional.

³³ SILVA ALARCON, Doris, “Convenio 169 de la OIT y los acuerdos reparatorios en delitos de violencia intrafamiliar”, (Temuco, Chile, 2017). p. 10.

³⁴ Actitud política orientada a resolver problemas sociales a partir de la asistencia externa en lugar de generar soluciones estructurales.

³⁵ SILVA ALARCON, Doris, “Convenio 169 de la OIT y los acuerdos reparatorios en delitos de violencia intrafamiliar”, (Temuco, Chile, 2017). p. 10.

El Convenio fue rechazado por las comunidades indígenas en el Segundo Congreso Mundial de los Pueblos Indígenas, debido a que estos no fueron considerados a la hora de discutir y redactar el convenio en cuestión.

En 1986 la OIT reviso el Convenio 107 el cual se vio motivado por un cambio en los fundamentos de protección de los pueblos, revisión de la cual surgiría el Convenio 169.

Uno de los hechos más importantes e innovadores en esta materia fue el estudio sobre el problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas, el que fue encomendado en 1971 por la subcomisión de prevención de discriminaciones y protección a las minorías del consejo económico-social de la ONU³⁶. Factores como las condiciones sociales eran en gran medida las causantes de la discriminación, opresión y explotación, según concluyo Martínez Cobo en su informe final del año 1987³⁷.

2) Convenio 169 de la OIT.

El Convenio 169 supuso un gran avance en cuanto a derechos y protección de los pueblos indígenas, sin perjuicio de lo anterior, durante su redacción y discusión, los representantes de los pueblos tuvieron la posibilidad de participar, pero sin contar con la opción de votar, lo que genero un rechazo de los pueblos a este convenio, lo que con el tiempo se iría menguando, debido a una aceptación gradual de las normas que contenía por parte de las organizaciones indígenas.³⁸

³⁶ La tarea principal de la Subcomisión es asistir a la Comisión en su labor. Sus funciones consisten fundamentalmente en realizar estudios sobre cuestiones de derechos humanos, hacer recomendaciones a la Comisión sobre la prevención de la discriminación de cualquier tipo en relación con los derechos humanos y las libertades fundamentales y la protección de las minorías raciales, nacionales, religiosas y lingüísticas y llevar a cabo otras funciones que pueden encomendarle el Consejo o la Comisión. La Subcomisión suele describirse como "el grupo de expertos" de la Comisión de Derechos Humanos.

³⁷ MEZA-LOPEHANDIA, Matías, YÁÑEZ, Nancy, "Los pueblos indígenas y el derecho", LOM ediciones (Santiago, 2013). p. 443.

³⁸ SILVA ALARCON, Doris, "Convenio 169 de la OIT y los acuerdos reparatorios en delitos de violencia intrafamiliar", (Temuco, Chile, 2017). p. 13.

El Convenio 169 sería aprobado en el año 1989 entrando en vigencia en 1991, siendo el instrumento más completo en cuanto a protección de los pueblos indígenas se refiere³⁹, señalando expresamente a estos como titulares de los derechos que el instrumento confiere, además entregando una definición de los mismos considerando elementos de carácter histórico-objetivos y subjetivos.

El Estado de Chile el 15 de septiembre de 2008 incorporo a su ordenamiento jurídico interno el convenio 169 de la OIT entrando en vigencia un año después, esto en virtud del artículo 5 inciso segundo de la CPR⁴⁰ al ser considerado como un tratado internacional sobre derechos humanos, reconocido como un conjunto de principios, derechos y obligaciones con los pueblos indígenas quienes desde la antigüedad han sido parte de la población nacional, reconociéndoles notables derechos colectivos como el derecho a tierras, recursos, resguardo en materia de discriminación en materias sociales y de economía, integridad cultural, participación, entre otros.

Es dable mencionar que la ratificación de este tratado genero más de una discusión en Chile, ya que hay quienes consideran que las normas que contiene el tratado en cuestión no son constitutivas de derechos humanos, ya que estas, no le son aplicables a la universalidad de personas, sino solo a un grupo en particular, para algunos, los derechos contenidos por el instrumento constituyen solo derechos de carácter colectivo reconocidos para el pueblo y medianamente para el individuo con la finalidad de proteger la identidad cultural y su forma de vida. Otros hacen mención que, al considerar el Convenio como tratado sobre derechos humanos, tendría una jerarquía superior a la potestad legislativa y normas generales⁴¹.

³⁹ *Ibíd.* p.13.

⁴⁰ Constitución Política de la Republica, artículo 5 inciso segundo: “*El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.*”

⁴¹ SILVA ALARCON, Doris, “Convenio 169 de la OIT y los acuerdos reparatorios en delitos de violencia intrafamiliar”, (Temuco, Chile, 2017). p. 18.

3) Principios contenidos en el Convenio 169.

El contenido del Convenio por cuestiones ya señaladas es bastante innovador y completo en relación con la normativa existente hasta la fecha de su entrada en vigencia, y sin duda acorde a la evolución de la manera en cómo se visualizaban y garantizaban los derechos humanos tanto en el derecho interno como en el internacional, es por esto que es necesario exponer los principios y cuestiones más importantes garantizadas por el instrumento.

A) Principio de no discriminación.

La prevención y sanción de la discriminación es uno de los puntos fuertes del instrumento, ya que como es bien sabido, los indígenas han sufrido vulneraciones en sus derechos a lo largo de toda la historia por las sociedades de las que forman parte⁴², considerando esto, es que el convenio en su artículo 2.2 se encarga de regular y asegurar que los pueblos indígenas puedan “*gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población*”⁴³ mediante acciones positivas u otras políticas que deberán [...] “*promover 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*” y “*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.*”⁴⁴ Estas medidas buscan lograr un fortalecimiento al principio de no discriminación, en ese sentido el artículo 3.1 señala expresamente que “*Los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos*

⁴² MEZA-LOPEHANDIA, Matías, YÁÑEZ, Nancy, “Los pueblos indígenas y el derecho”, LOM ediciones (Santiago, 2013). p. 345.

⁴³ Ibid. p. 345.

⁴⁴ Ibid. p. 346.

y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación. Las disposiciones de este Convenio se aplicarán sin discriminación a los hombres y mujeres de esos pueblos”.

El principio de no discriminación se ve reflejado a lo largo de todo el convenio, por ejemplo, en su artículo 20.3, en lo referente al goce y protección de los derechos laborales que favorecen a los demás trabajadores, también en materia de seguridad social el artículo 24, establece que se deberá extender progresivamente a los pueblos interesados y aplicárseles sin discriminación, a esto se suma lo señalado en el artículo 26 sobre acceso a la educación en todos sus niveles.

B) Principio de Participación de los pueblos indígenas.

Otro de los grandes avances en este tratado, es la consagración del principio de participación de los pueblos en cuestiones que los afecten o pudieran afectarlos, esto establecido a lo largo de diferentes artículos del Convenio 169, teniendo diversas aplicaciones de carácter práctico, sin duda de gran importancia, ya que como se mencionó anteriormente, en la redacción del Convenio 107 no hubo participación alguna por parte de los pueblos, y es por esto (entre otras razones ya mencionadas) que no es aceptado por las comunidades indígenas.

Este principio regula que la protección de los derechos de los pueblos indígenas y su integridad deberá ser verificada por los gobiernos en conjunto con los interesados en su artículo 2.1⁴⁵, lo que se vincula directamente con diferentes artículos de este tratado, por ejemplo, el artículo 7.1 que posibilita la participación en proyectos los cuales versen sobre materias relativas a su desarrollo y mejorar sus condiciones de vida, el artículo 7.3 referentes a medidas que se deban adoptar en cuanto a la protección del medio ambiente, el artículo 5 letra c) contemplando expresamente la participación y cooperación de los pueblos interesados en las medidas que se adopten para superar las dificultades que pudieran surgir a la hora de afrontar nuevas condiciones de vida y de

⁴⁵ Ibid. p. 346.

trabajo, además la participación en la formulación de programas especiales, en la organización y administración de los sistemas de salud y en los programas de educación, regulados en los artículos 22.2, 25.2 y 27.1 respectivamente. a estos artículos se suman los artículos 6.1, 6.2, 15.2, 17.2 y 28.1,⁴⁶ consagrando la participación de los pueblos interesados en lo relativo a:

- Artículo 6.1: Este artículo indica que se le deberá consultar a los pueblos indígenas cada vez que existan medidas legislativas o administrativas que pudieran afectarles, además establecer los medios para que puedan participar al menos en la misma medida que los demás sectores de la población, esta participación será en todos los niveles de adopción de decisiones y considerando todas las instituciones responsables de políticas y programas que les conciernan.
- Artículo 6.2: Entra en juego el principio de buena fe, en cuanto a las consultas realizadas en la aplicación de este Convenio, cuestión de importancia para poder lograr un acuerdo o que se preste el consentimiento respecto de las medidas propuestas.
- Artículo 15.2: Teniendo en consideración que en Chile la minería es una de las principales actividades económicas, es por esto que cobra relevancia este artículo, ya que se les obliga al estado dueño de los recursos del subsuelo y propietarios de los minerales, a consultarles a los pueblos indígenas que pudieran verse afectados con la finalidad de determinar si los intereses de esos pueblos se verían afectados y en qué medida, todo esto antes de la aprobación de cualquier proyecto de explotación de los recursos, estableciendo además que los pueblos deberán participar en los beneficios que el proyecto pudiera reportar y también a ser indemnizados por los daños sufridos por las actividades.
- Artículo 17.2: Estrechamente relacionado con el derecho de propiedad, obligando al estado parte a consultar a los pueblos interesados considerándose

⁴⁶ *Ibíd.* p.347.

su capacidad para enajenar o de transferir sus derechos fuera de las comunidades indígenas.

- Artículo 28.1: El estado parte deberá adoptar todas las medidas necesarias auxiliado por los pueblos interesados para fomentar la enseñanza de la escritura y la lectura en su propia lengua a los niños indígenas.

C) Principio de integridad cultural.

Teniendo presente la asimilación cultural que se buscaba con los anteriores tratados, es que el Convenio 169 realiza un cambio de paradigma, desechando la idea de absorción, “abriendo paso a una concepción plural del mundo que valora diversidad en un marco de interacción entre formas de vida diversas y de respeto de derechos fundamentales, lo que supone el reconocimiento de un derecho a la cultura propia y a la preservación cultural”⁴⁷.

La finalidad de este principio trata de respetar la integridad de los pueblos indígenas y no solo de garantizar derechos reconocidos, para llevar a cabo esto, es necesario un trabajo en conjunto entre el Estado y los diferentes pueblos. Este Convenio manifiesta expresamente su interés en lograr una igualdad entre todos los miembros de la sociedad mediante acciones que garanticen el pleno ejercicio de los derechos, “promoviendo 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”⁴⁸.

La protección de la identidad cultural se ve fortalecida por los diferentes instrumentos internacionales de resguardo de los derechos humanos, a esto se suma la ley 19.253 sobre desarrollo indígena estableciendo expresamente en su artículo 1:

⁴⁷ *Ibíd.* p. 348.

⁴⁸ Artículo 2.2 letra b Convenio 169 OIT:” Esta *acción deberá incluir medidas: 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;*”.

“El Estado reconoce el derecho de los indígenas a mantener y desarrollar sus propias manifestaciones culturales, en todo lo que no se oponga a la moral, a las buenas costumbres y al orden público. El Estado tiene el deber de promover las culturas indígenas, las que forman parte del patrimonio de la nación chilena.”

El Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1968 lo señala en su artículo 27:

“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.”,

También es reconocido por la declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas.

Sin duda uno de los aspectos a destacar de la consagración de este principio en este tratado, es la obligación que establece de aplicar el convenio respetando valores y prácticas culturales, espirituales, sociales y sus instituciones, cuestiones de suma importancia como veremos más adelante en el presente trabajo.

D) Principio de Autonomía

Este principio busca establecer la facultad que tienen los pueblos indígenas, de regular, organizar y dirigir su vida interna en base a sus propias creencias, instituciones y mecanismos, dentro del marco de los Estados de los que forman parte.⁴⁹

La Autonomía se funda en el derecho de autodeterminación, del que los indígenas son titulares en virtud de la Declaración de Derechos de los pueblos

⁴⁹ Concepto entregado por James Anaya.

indígenas de Naciones Unidas ⁵⁰ aprobada el 12 de septiembre de 2007 votando 144 países a favor incluido Chile, la que en su artículo 4 señala *“Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas.”* Esto fortalece fuertemente lo señalado expresamente por el mismo Convenio 169 en su preámbulo reconociendo el Principio de autonomía de los pueblos.

Esto cobra importante relevancia debido a la creencia de que la secesión⁵¹ sería la única forma de concreción del derecho de autodeterminación, fortaleciendo que la independencia política no supone una secesión del estado, además de esto, la consagración de este principio en el Convenio, sirve de guía para determinar la manera en que debe interpretarse el instrumento y no solo esto, sino que también establece diferentes derechos que tienen por finalidad el ejercicio del derecho de autodeterminación⁵².

4.- Reconocimiento de la costumbre indígena.

La costumbre en derecho no se encuentra establecida expresamente en alguna normativa dentro de nuestro ordenamiento jurídico interno, sin perjuicio de esto, a lo

⁵⁰ La Declaración establece un marco universal de estándares mínimos para la dignidad, bienestar y derechos de los pueblos indígenas del mundo. La Declaración establece un marco universal de estándares mínimos para la supervivencia, dignidad, bienestar y derechos de los pueblos indígenas del mundo. La Declaración aborda, entre otras temáticas los derechos individuales y colectivos incluyendo aspectos referentes a la identidad cultural, la educación, el empleo y el idioma. La Declaración también condena la discriminación contra los pueblos indígenas y promueve su plena y efectiva participación en todos los asuntos que les atañen. De igual manera, la declaración garantiza su derecho a la diferencia y al logro de sus propias prioridades en cuanto al desarrollo económico, social y cultural. La declaración estimula explícitamente las relaciones de cooperación entre los Estados y los Pueblos Indígenas.

⁵¹ Según la RAE, secesión es la “acción por la cual se separa de su nación una parte de su pueblo y de su territorio”.

⁵² MEZA-LOPEHANDIA, Matías, YÁÑEZ, Nancy, “Los pueblos indígenas y el derecho”, LOM ediciones (Santiago, 2013). p. 351.

largo de los años diversos autores se han encargado de definir lo que se entiende por costumbre.

Si consideramos el artículo 20 del Código Civil, “Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras (...)”, me referiré a la definición establecida por la RAE, que la señala como “*Hábito, modo habitual de obrar o proceder establecido por tradición o por la repetición de los mismos actos y que puede llegar a adquirir fuerza de precepto.*”

Como dije anteriormente diversos autores se han encargado de entregar un concepto de costumbre, Pedro Paredes indica que se puede entender cómo, “la repetición de una determinada conducta realizada por la generalidad de los miembros de un grupo social, de manera constante y uniforme y con la convicción de cumplir con un imperativo jurídico, o que resulte ser jurídicamente obligatorio⁵³”.

Arturo Alessandri y Manuel Somarriva establecen la costumbre como;

"la repetición de una determinada conducta realizada por la generalidad de los miembros del grupo social de manera constante y uniforme y con la convicción de cumplir un imperativo jurídico", o "un uso implantado por la colectividad y considerado por ésta como jurídicamente obligatorio".⁵⁴

En virtud del principio de Autonomía de los pueblos, se consagra fuertemente y de manera expresa el reconocimiento de la costumbre de los pueblos por el Convenio, constituyendo un verdadero derecho, teniendo que conservarse y respetarse, así como también sus instituciones mientras esto no sea incompatible con los derechos fundamentales consagrados en el ordenamiento jurídico nacional ni tampoco con los derechos humanos en instrumentos internacionales.

⁵³ PAREDES, Pedro “La costumbre indígena y la responsabilidad penal”, (Santiago, Chile, 2015), p.3.

⁵⁴ ALESSANDRI-SOMARRIVA. “Derecho Civil, Tomo I”, redactado y puesto al día por Antonio Vodanovic H., Edic. 1971, p. 143.

El Convenio 169 en su artículo 8.1 se encarga de establecer que *“Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario”*, cuestión de importancia como veremos más adelante a la hora de resolver conflictos de carácter penal.

Se debe mencionar que el Convenio es bastante cuidadoso al delimitar el ámbito de aplicación de las disposiciones que versen sobre el respeto a la costumbre, en su artículo 8.2 señala los *“[...]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”* esto en concordancia con el artículo 9.1 que indica que esta normativa solo debe aplicarse *“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”*, además el artículo 9.2 establece que en el evento que exista un delito *“Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia”*.

Como se desprende directamente de los artículos antes mencionados, la utilización de la costumbre, sin perjuicio de constituir un derecho, encuentra un fuerte límite en el respeto a los derechos humanos, por lo que su aplicación, no debiese entenderse como la existencia un sistema jurídico diferente, ya que los indígenas no están excluidos de la aplicación del derecho nacional, es más, el mismo convenio regula esto en su artículo 8.3 indicando *“La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes”*, en palabras del profesor Rodrigo Lillo *“su relación es más bien, de ordenamientos jurídicos que interactúan”*⁵⁵.

⁵⁵ 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. 2010. p.4.

5) Aplicación en el sistema nacional chileno.

Para que un tratado internacional que se encuentra vigente sea aplicado, este debe ingresar primeramente al ordenamiento jurídico nacional, en ese sentido las normas que contienen derechos humanos, ingresan al momento de su ratificación, esto en virtud de la obligación contenida en la CPR, específicamente en su artículo 5 inciso segundo.

Chile realiza la ratificación del Convenio 169 el 15 de septiembre de 2008, aunque es necesario aclarar dos cosas, la primera en lo relativo de la existencia de una vacancia legal de doce meses que el tratado establece en su artículo 38.3⁵⁶, este plazo se habría cumplido el 15 de septiembre en 2009 según el Decreto Supremo 236 del Ministerio de Relaciones Exteriores, durante este plazo según el derecho internacional de tratados, en específico el artículo 18 de la Convención de Viena sobre tratados de 1969, “*Un Estado deberá abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y el fin de un tratado*”, lo que constituye una obligatoriedad ya existente de los preceptos del Convenio 169. La segunda dice relación con las fuentes del derecho internacional, que reconoce además de los tratados, a la costumbre internacional, lo que se recepciona de manera automática en nuestro ordenamiento, esto quiere decir que las normas del Convenio 169 que fueran parte de la costumbre internacional, eran ya obligatorias para Chile, antes de la ratificación del tratado⁵⁷.

Es importante mencionar que en Chile, se dio la discusión de si las normas eran de carácter autoejecutables, es decir que podían ser utilizadas de forma directa como fuente del derecho interno, o si se consideraban no autoejecutables, que se definen como aquellas que para su aplicación es necesario la dictación de una ley, reglamento

⁵⁶ Convenio 169 de la OIT, Artículo 38.3: “Este Convenio entrará en vigor, para cada Miembro, doce meses después de la fecha en que haya sido registrada su ratificación”.

⁵⁷ MEZA-LOPEHANDIA, Matías, YÁÑEZ, Nancy, “Los pueblos indígenas y el derecho”, LOM ediciones (Santiago, 2013). p. 352.

o decreto que las implementen previamente, para que de esta forma sean consideradas fuente del derecho interno, la importancia de esta distinción radica en la utilización directa de estas normas que otorgan derechos en los tribunales de justicia, ya que de ser autoejecutables la aplicación sería de forma directa y mucho más expedita, en caso contrario, de ser no autoejecutables habría que esperar la dictación de una normativa, por lo se convertiría en algo poco efectivo y lento⁵⁸.

Para Lucia Gaete citado por Doris Silva, las normas del Convenio sin importar la distinción que pudiese existir consideran que la sola aprobación del instrumento es un argumento suficiente para determinar que estas, son aplicables directamente en defensa de los pueblos indígenas, ya que esto se vería apoyado por jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁵⁹.

⁵⁸ SILVA ALARCON, Doris, “Convenio 169 de la OIT y los acuerdos reparatorios en delitos de violencia intrafamiliar”, (Temuco, Chile, 2017). p 19.

⁵⁹ *Ibíd.* p.19.

Capítulo III: Protección frente a la Violencia Intrafamiliar en Chile.

1) Antecedentes de la ley 20.066 sobre violencia intrafamiliar

La ley 20.066 sobre violencia intrafamiliar vino a modificar y en definitiva a reemplazar, la ley 19.325, siendo esta la antigua normativa que se encargaba de regular esta materia en nuestro país, con el fin de modernizar la legislación, suplir falencias que se podían encontrar, así como también subsanar sus desventajas, problemas y vacíos que quedaban de manifiesto al momento de aplicarse. Las diputadas María Antonieta Saa y Andriana Muñoz, impulsaron un proyecto en búsqueda de la modificación de la ley ya mencionada con fecha 07 de abril de 1999⁶⁰.

Es necesario tener presente que la regulación de la violencia intrafamiliar en nuestro país, comenzó a cobrar fuerza, en virtud de los tratados internacionales ratificados por Chile, en materia de protección de los derechos de la mujer, como lo son la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención Belem do Para.

La CEDAW (Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer) fue ratificada por el estado de Chile en el año 1989, sin perjuicio de esto, recién entro en vigencia en el año 1990 con el retorno de la democracia.

Con la finalidad de respetar y hacer cumplir lo dispuesto en este tratado, así como también por las propuestas del movimiento de mujeres de los 80, es creado el SERNAM⁶¹, el que tendría por función el estudio y proposición de medidas

⁶⁰ SILVA ALARCON, Doris, “Convenio 169 de la OIT y los acuerdos reparatorios en delitos de violencia intrafamiliar”, (Temuco, Chile, 2017). p. 25.

⁶¹ Ley 19.023 de 1991 crea el Servicio Nacional de la Mujer. Ministerio de interior, República de Chile, 3 de enero de 1991.

encaminadas a lograr la igualdad de derechos, de trato y oportunidades entre los hombres y las mujeres en los diferentes ámbitos como lo político, social, cultural. Es importante recalcar que este servicio colaboraba con el ejecutivo proponiendo cambios a nivel constitucional y legal, para asegurar la igualdad y eliminar discriminaciones en el ámbito normativo, es preciso aclarar que en el año 2016 se crea y entra en funcionamiento el SERNAMEG que vino a remplazar al SERNAM.

En el año 1990, empieza un proceso hacia la redacción de la Convención Belem do Para, la Comisión interamericana de Mujeres, efectuó una serie de reuniones con la finalidad de iniciar investigaciones en caminadas a regular la violencia contra las mujeres, en esta misma línea la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, adopta dos importantes compromisos: la Declaración de Erradicación de Violencia contra la Mujer, en 1990 y una resolución llamada Protección de la Mujer contra la Violencia en 1991⁶².

De esta forma los años siguientes se siguió trabajando esta materia, hasta que el año 1994, el día 9 de junio, la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos aprobó la Convención Belem do Para, en Brasil.

2) Convención Belem do Para.

La convención Belem do Para vino a condenar totalmente todo tipo de violencia contra la mujer, produciendo un cambio y un avance en la mentalidad de la comunidad internacional para dar solución a estos problemas. Esta Convención establece responsabilidades para los estados parte los cuales deberán adoptar las medidas para erradicar y prevenir la violencia, así como también la creación de medidas de asistencia de carácter jurídico y administrativas.

⁶² PRIETO BRAVO, Marcela, “Aplicación de la ley n° 20.066 de violencia intrafamiliar, desde la perspectiva del trabajo de clínica jurídica en causas cuya víctima es la mujer”. Repositorio académico U. de Chile (Santiago, Chile, 2013). p.42.

El artículo 1 de la Convención ⁶³define lo que se entiende por violencia contra la mujer [...] *debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado*, además este se ve complementado con el artículo 2 estableciendo:

Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica:

a. que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual;

b. que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y

c. que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra.

Formando que la violencia no solo se limita a lo físico, sino también es dable considerar lo psicológico y lo sexual, obligando a los estados a modernizar su legislación debido a que hasta ese entonces la violencia era visto bajo un lente muy reducido.

A) Derechos reconocidos y protegidos por la Convención.

Los artículos 3, 4, 5 y 6 se encargarán de reconocer derechos a las mujeres, de gran importancia como lo son el derecho a que se respete su vida, el derecho a que se

⁶³ 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.

respete su integridad física, psíquica y moral, el derecho a igualdad de protección ante la ley y de la ley, el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluyendo este, además, el derecho a ser libre de toda forma de discriminación, entre otros.

Cuando no se respetan estos derechos, se entiende que hay una situación de desigualdad de la mujer frente al hombre, y por tanto que se alimenta la discriminación por cuestiones de género. Además, en caso de ser vulnerados se pueda recurrir ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, siendo este un importante mecanismo para presionar a los Estados para vindicar y compensar a las víctimas y desarrollar leyes y programas apropiados⁶⁴.

B) Influencia de la Convención en la creación de normativa que regule la violencia intrafamiliar.

Los deberes que el tratado establece para los estados quienes lo hayan suscrito, repercuten fuertemente en la creación de la normativa interna y en la forma de abordar lo ratificado, los artículos 7, 8 y 9 establecen diversos deberes, los cuales los estados deberán cumplir para así respetar el tratado y no acarrear la responsabilidad que su incumplimiento conlleva, debiendo adoptar todas las medidas necesarias para erradicar, prevenir y sancionar la violencia contra la mujer, esto contempla la creación de normativa jurídica de carácter penal, civil y administrativa, o de cualquier otro tipo con la finalidad antes mencionada.

Se debe señalar que además de normativa, este proceso de erradicación y prevención, viene acompañado de cambios de carácter políticos, sociales y culturales, de significancia para los estados que, hasta antes de esta Convención, no contaban con la normativa y no tenían presente el cambio al cual debían someterse para poder dar una verdadera protección a la mujer. Una vez que la Convención entró en vigencia, se desarrollaron una serie de reuniones en el sistema Interamericano tendientes a evaluar

⁶⁴ PRIETO BRAVO, Marcela, “Aplicación de la ley n° 20.066 de violencia intrafamiliar, desde la perspectiva del trabajo de clínica jurídica en causas cuya víctima es la mujer” Repositorio académico U. de Chile (Santiago, Chile, 2013). p. 44.

su aprobación e implementación en los diversos países⁶⁵, proponiendo una serie de medidas a adoptar, como lo son la eliminación de desigualdades entre los hombres y las mujeres, derogación de leyes que pudieran ser discriminatorias para las mujeres, además de prestar especial énfasis en aquellos grupos de mujeres los cuales podrían ser más vulnerables por cuestiones de etnia, situación de inmigración, discapacidades, factores económicos o edad.

3) Ley 19.325 Primera ley de Violencia Intrafamiliar en Chile.

La ley 19.325 publicada el 27 de agosto de 1994, vino en respuesta de las variadas sugerencias realizadas por organismos internacionales así como la suscripción de Chile a diversos tratados internacionales, cobrando especial importancia la convención Belem do Para, además de que en esta época [...] comienza a tener vigencia la protección de los derechos humanos, la legitimidad del sistema democrático y el reconocimiento público de que al interior de la familia se producía una importante vulneración de los derechos esenciales de las personas⁶⁶.

Esta ley viene a tipificar el delito de violencia intrafamiliar, además estableció medidas cautelares y de protección para las víctimas, contaba con un procedimiento más expedito para dar respuesta de manera rápida a las situaciones de violencia intrafamiliar, con la posibilidad que las partes llevaran a cabo una conciliación.

Se debe mencionar que esta ley constituyo un gran avance en la legislación de Chile, puesto que, hasta la publicación de esta, no existía normativa que resguardara esta materia, por lo que sin duda se consagro como una ley muy innovadora, así como un gran aporte en lo pedagógico ya que posibilitaba reconocer la violencia como un medio ilegítimo para resolver las controversias suscitadas dentro de la familia⁶⁷.

⁶⁵ *Ibíd.* p. 42.

⁶⁶ Intervención ministra Cecilia Pérez, ministra del servicio nacional de la mujer, historia fidedigna del establecimiento de la ley 20.066.

⁶⁷ PRIETO BRAVO, Marcela, “*Aplicación de la ley n° 20.066 de violencia intrafamiliar, desde la perspectiva del trabajo de clínica jurídica en causas cuya víctima es la mujer*” Repositorio académico U. de Chile (Santiago, Chile, 2013). p.53.

Esta ley presentaba grandes ventajas considerando lo anterior, una de ellas era la determinación de la ilicitud de la conducta tipificada como violencia intrafamiliar, además amplió lo que se entendía como violencia, incorporando la violencia psicológica⁶⁸. Otra de las ventajas que esta ley trajo consigo, fue la celeridad de su proceso, estableciendo un procedimiento sumario y oral. Esta ley también reguló las medidas cautelares, las cuales se configuraron como un mecanismo de utilidad con la finalidad de resguardar a las víctimas y sus familias.

Una vez comenzó su aplicación comenzaron a visualizarse diversos problemas, consecuencia de la inexperiencia que la regulación de la violencia intrafamiliar conllevaba. Una de los grandes problemas fue el factor económico, ya que había un déficit de personas especializadas para realizar las intervenciones, incluso dentro del poder judicial, esto debido a una falta de recursos destinados a esta materia. En relación a esto, se entregó la competencia de conocer estos asuntos a la judicatura civil, al no ser especializada, solo resultó en una aplicación de la ley con bastantes carencias. La conciliación, siendo obligatoria en los procesos civiles, al estar esta materia bajo esa judicatura no era de extrañar que también se viese expuesta a este equivalente jurisdiccional, terminando sin duda en resoluciones forzadas y contraproducentes, ya que dada la naturaleza del conflicto la negociación no es una buena alternativa como veremos más adelante.

Si bien es cierto que la posibilidad que entregaba esta ley respecto de las medidas cautelares era algo innovador y en definitiva positivo, esto se veía mermado ya que estas medidas no eran decretadas con celeridad y tampoco en razón de la peligrosidad del imputado, además de una falta de unificación de criterios para ser aplicadas, las volvía una herramienta bastante ineficiente, esto sin mencionar la falta de control del cumplimiento de estas medidas lo que solo empeoraba la situación, todos

⁶⁸ Se puede entender como violencia psicológica, toda acción u omisión dirigida a perturbar, degradar o controlar la conducta, el comportamiento, las creencias o las decisiones de una persona, mediante la humillación, intimidación, aislamiento o cualquier otro medio que afecte la estabilidad psicológica o emocional.

estos son hechos observados durante los tres años de aplicación de la ley 19.325, a fin de tener en cuenta para su mejora dentro de la nueva normativa⁶⁹.

Teniendo en consideración lo anterior, se busca reformar la ley 19.325, lo cual no se llevó a cabo, ya que el ejecutivo con fecha 31 de agosto de 2001, sustituye esta modificación que se pretendía hacer, por un nuevo proyecto el cual contemplaba una serie de nuevos elementos, que en definitiva venía resolver los problemas presentes en la aplicación de la ley 19.325, 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.⁷⁰

4) Ley 20.066.

En Chile actualmente se regula la violencia intrafamiliar mediante la ley 20.066, promulgada el día 27 de septiembre de 2005 y publicada el 05 de octubre del mismo año, teniendo por objeto prevenir, sancionar y erradicar toda clase de violencia intrafamiliar, introduciendo cuestiones innovadoras en esta materia, como lo son las medidas cautelares y de protección consagradas en esta ley, así como la creación del tipo penal de Maltrato Habitual.

Se debe precisar lo que entiende el legislador por Violencia intrafamiliar, estableciendo en el artículo 5 de la ley 20.066:

“Será constitutivo de violencia intrafamiliar todo maltrato que afecte la vida o la integridad física o psíquica de quien tenga o haya tenido la calidad de cónyuge del ofensor o una relación de convivencia con él; o sea pariente por consanguinidad o por afinidad en toda la línea recta o en

⁶⁹ PRIETO BRAVO, Marcela, “Aplicación de la ley n° 20.066 de violencia intrafamiliar, desde la perspectiva del trabajo de clínica jurídica en causas cuya víctima es la mujer”. Repositorio académico U. de Chile (Santiago, Chile, 2013) p.63.

⁷⁰ SILVA ALARCON, Doris, “Convenio 169 de la OIT y los acuerdos reparatorios en delitos de violencia intrafamiliar”. (Temuco, Chile, 2017), p.26.

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.

Esta definición consagra un espectro bastante amplio de quienes pueden ser víctima de violencia intrafamiliar, y en consecuencia ser amparados por esta normativa, sin perjuicio de esto, la ley no regula expresamente la inclusión de conductas de violencia sexual y patrimonial, que países como Uruguay, Argentina y México establecen claramente en sus normativas⁷¹.

La ley 20.066 trae consigo importantes mejoras respecto de la norma anterior, en principio otorga la competencia para conocer de conflicto de violencia intrafamiliar a los juzgados de familia, y en casos de configurarse un delito, deberá remitirse los antecedentes al ministerio público, y por consiguiente los juzgados de garantía serían los encargados de conocer.

Otra de las grandes novedades es la introducción del “Factor de Riesgo”, establecido en el artículo 7 de la ley 20.066, con la finalidad de prevenir, cumpliendo uno de los objetivos de la ley, se evaluarán una serie de factores los cuales determinaran que la persona se encuentra en riesgo inminente de sufrir una situación de violencia intrafamiliar, algunos de los factores contemplados por la ley y por tanto se entenderá que existe riesgo inminente:

- a) *cuando haya precedido intimidación de causar daño por parte del ofensor*

⁷¹ Argentina, Ley n.º 26.485 de protección integral a las mujeres, México, Ley general de acceso de las mujeres a una vida libre de violencia, Uruguay, Ley n.º 17.514, sobre Violencia Doméstica.

- b) *Cuando concurren respecto del ofensor circunstancias o antecedentes de drogadicción, alcoholismo, una o más denuncias por violencia intrafamiliar.*
- c) *Que exista condena previa por violencia intrafamiliar, procesos pendientes o condenas previas por crimen o simple delito contra las personas o por alguno de los delitos establecidos en los párrafos 5 y 6 del Título VII, del Libro Segundo del Código Penal o por infracción a la ley 17.798*
- d) *Existan antecedentes psiquiátricos o psicológicos que denoten características de personalidad violenta.*
- e) *cuando el denunciado oponga, de manera violenta, su negativa a aceptar el término de una relación afectiva que ha mantenido recientemente con la víctima.*

En respuesta del riesgo inminente el tribunal, con el mérito de la denuncia, deberá adoptar las medidas de protección consagradas en la ley, para poder disminuir este riesgo.

En cuanto a las medidas cautelares es dable mencionar que se incorporó un catálogo mucho más amplio en el artículo 9 de la ley en cuestión, las cuales buscan tener una mayor eficacia en la prevención y protección de la víctima de violencia intrafamiliar, debido a que como se mencionó con anterioridad las medidas establecidas por la ley 19.325 eran bastante deficientes y poco utilizadas. Para solucionar esto, también se incorporaron nuevas atribuciones y deberes a los jueces competentes al momento de decretar estas medidas, como por ejemplo que el juez deberá decretar una o más medidas al momento de dictar sentencia, la posibilidad de prorrogar las medidas ya establecidas a petición de la víctima, cuando se mantengan los hechos que las justificaron, además, en caso de incumplimiento los jueces podrán dar aviso al ministerio público, para que se investigue el delito de desacato.

A) Delito de Maltrato Habitual.

Una de las grandes e importantes novedades que trajo consigo la ley 20.066, fue la creación del tipo penal del Maltrato habitual, establecido en su artículo 14 indicando:

“El ejercicio habitual de violencia física o psíquica respecto de alguna de las personas referidas en el artículo 5° de esta ley se sancionará con la pena de presidio menor en su grado mínimo a medio, salvo que el hecho sea constitutivo de un delito de mayor gravedad, caso en el cual se aplicará sólo la pena asignada por la ley a éste.”

El tipo de maltrato habitual es expresamente subsidiario, y su aplicación se excluye siempre que "el ejercicio de violencia física o psíquica" sobre la víctima –con prescindencia de la "habitualidad"– sea constitutivo de un delito cuya pena es mayor que la de presidio menor en su grado mínimo⁷², teniendo en consideración lo anterior es que se debe señalar que existiendo una conducta constitutiva de delito cuya pena sea mayor, se deberá establecer la pena y sanción correspondiente a la asignada por su propio cuerpo normativo.

En cuanto al procedimiento se debe mencionar que para que el ministerio público pueda investigar, el juzgado de familia competente deberá remitir los antecedentes necesario a dicha institución, en conformidad al artículo 90 de la ley 19.968⁷³, esto debido a que es de importancia que la conducta de violencia intrafamiliar sea conocida y tratada por judicatura especializada como lo son los juzgados de familia, debido a que si existiese la posibilidad de que se conozcan estos asuntos directamente

⁷² VAN WEEZEL, Alex, “Lesiones y violencia intrafamiliar” Revista Chilena de Derecho, 2008. vol.35, n.2.

⁷³ Artículo 90 ley 19.968. - Remisión de antecedentes si el hecho denunciado reviste caracteres de delito. En caso que los hechos en que se fundamenta la denuncia o la demanda sean constitutivos de delito, el juez deberá enviar de inmediato los antecedentes al Ministerio Público.

en sede penal, resultaría en una ascendencia del conflicto, y por consiguiente que este no pudiera ser superado⁷⁴.

La penalización de la conducta de violencia intrafamiliar, no solo se ve reflejada mediante el tipo penal de maltrato habitual, sino que también el Código Penal sufre una modificación, específicamente en el artículo 494 N° 5, estableciendo que *“en ningún caso el tribunal podrá calificar como leves las lesiones cometidas contra las personas mencionadas en el artículo 5 de la ley sobre violencia intrafamiliar”*,⁷⁵ también se modifica el artículo 400 del Código Penal el cual señala *“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”*⁷⁶ todo esto con la finalidad de favorecer a la víctima en su situación de indefensión y vulnerabilidad.

5) Mediación en contexto de Violencia intrafamiliar.

Como se mencionó con anterioridad la ley 19.325 al estar sujeta su aplicación a los juzgados civiles, consagraba la obligatoriedad de la conciliación propia del proceso civil, pero la utilización del método autocompositivo de solución de conflictos, genero más de una crítica.

Sin duda una de las más sobresalientes mencionadas en la historia de la ley, fue el desequilibrio en que se encuentran las partes en su posibilidad de negociar, puesto que la parte afectada no debería dialogar en pos de lograr un acuerdo, ya que al menos en esa instancia del proceso, su moral se encuentra bastante disminuida⁷⁷, además de la existencia de una posible afectación psicológica producida por el hecho violento,

⁷⁴ VAN WEEZEL, Alex, “Lesiones y violencia intrafamiliar” Revista Chilena de Derecho, vol.35, n.2, 2008.

⁷⁵ CODIGO PENAL, promulgado y publicado el 12 de noviembre de 1874, modificado por última vez el 21 de julio de 2020.

⁷⁶ *Ibíd.*

⁷⁷ Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley No. 20.066, p.408.

esto sin considerar otras circunstancias como lo es la dependencia económica entre la víctima y su agresor.

Es importante mencionar que en las discusiones del proyecto de la actual ley sobre violencia intrafamiliar, aun se consideraba la posibilidad de introducir la mediación o conciliación como una posibilidad de solucionar los conflictos suscitados al interior de la familia, esto de forma voluntaria, pero en vista de estos antecedentes, la participación voluntaria de las partes, como elemento esencial de la mediación, deja de ser tan “voluntaria” si es la ley quien ordena que determinadas materias sean sometidas a mediación⁷⁸. De esta forma se descarta la posibilidad de introducción de un método autocompositivo, consagrando la nueva ley una prohibición expresa en su artículo 19 de realizar acuerdos reparatorios en conflictos de violencia intrafamiliar.

A) Acuerdos reparatorios.

Para otorgar un contexto más amplio e introducir de mejor forma a la problemática en sí, es necesario tratar brevemente el mecanismo procesal denominado como acuerdos reparatorios.

El CPP no precisa una definición de lo que deberá considerarse como acuerdos reparatorios, sin perjuicio de esto, pueden entenderse como aquellos “arreglos de carácter voluntario que se realiza entre imputado y víctima, cuyo objeto es, en primer término, reparar el daño causado por algún motivo de investigación, que afecte a un bien jurídico patrimonial disponible y, además, poner fin al procedimiento, provocándose para ambos el efecto de cosa juzgada”⁷⁹, estos se encuentran regulados en el artículo 241 del Código Procesal Penal estableciendo:

“El imputado y la víctima podrán convenir acuerdos reparatorios, los que el juez de garantía aprobará, en audiencia a la que citará a los

⁷⁸ PRIETO BRAVO, Marcela, “Aplicación de la ley n° 20.066 de violencia intrafamiliar, desde la perspectiva del trabajo de clínica jurídica en causas cuya víctima es la mujer” (Santiago, Chile, 2013). p. 86.

⁷⁹ CORNEJO MANRÍQUEZ, Aníbal. Proceso penal en preguntas y respuestas. Editorial Metropolitana, 3° Edición, (Santiago, 2006), pp. 196.

intervinientes para escuchar sus planteamientos, si verificare que los concurrentes al acuerdo hubieren prestado su consentimiento en forma libre y con pleno conocimiento de sus derechos.

En el primer inciso se establece el primer requisito para que sea posible lograr un acuerdo reparatorio, debiendo existir consentimiento libre y consentimiento de sus derechos por parte de la víctima⁸⁰ y del imputado⁸¹, este es uno de los requisitos entra en conflicto con la norma de prohibición establecida por la ley 20.066, ya que la víctima no se encuentra en condiciones óptimas para prestar su consentimiento de forma libre.

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

Es en este inciso segundo, donde se establece un requisito, así como también un límite a los casos en donde es posible aplicar estos acuerdos.

En consecuencia, de oficio o a petición del ministerio público, el juez negará aprobación a los acuerdos reparatorios convenidos en procedimientos que versaren sobre hechos diversos de los previstos en el inciso que antecede, o si el consentimiento de los que lo hubieren celebrado no apareciere libremente prestado, o si existiere un interés público prevalente en la continuación de la persecución penal. Se entenderá

⁸⁰ El CPP en su artículo 108 se encarga de establecer que se entiende por víctima, indicando que “se considera víctima al ofendido por el delito.

En los delitos cuya consecuencia fuere la muerte del ofendido y en los casos en que éste no pudiese ejercer los derechos que en este Código se le otorgan, se considerará víctima:

a) al cónyuge o al conviviente civil y a los hijos;

b) a los ascendientes;

c) al conviviente;

d) a los hermanos, y

e) al adoptado o adoptante.”

⁸¹ María Inez Horvitz define en su libro “Derecho Procesal Chileno: Tomo I” al imputado como aquel interviniente contra quien se dirige la acción punitiva del Estado, la persona adquiere esta calidad según el inciso primero del artículo 7 del CPP desde “la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra y hasta la completa ejecución de la sentencia”.

especialmente que concurre este interés si el imputado hubiere incurrido reiteradamente en hechos como los que se investigaren en el caso particular.”

Se consagra el último requisito, la aprobación del juez, sin perjuicio de que el juez no tiene un rol demasiado activo en cuanto a los acuerdos reparatorio, esto no quiere decir que no tenga la posibilidad de intervenir, para finalmente aprobar los cuales deberán cumplir con los requisitos mencionados, de lo contrario deberá rechazar, por ejemplo, si existe reincidencias por parte del imputado.

Es dable mencionar, que el ministerio público puede oponerse a la aprobación de los acuerdos, particularmente en los siguientes casos:

- Cuando, sea posible deducir que la víctima no ha prestado el consentimiento de forma libre, por motivos de coacción, amenazas, o cualquier otro método que impidiese su aceptación o rechazado consentido.
- Cuando existiese un interés público prevalente en la persecución penal, esto ocurre, en los casos en que el imputado incurra en la conducta objeto de los acuerdos de forma reiterada, ya sea de igual forma o de mayor gravedad, estos deberán ser resueltos por la imposición de una pena⁸².

Los acuerdos reparatorios vienen a provocar un descongestionamiento en el sistema procesal penal debido a que estos permiten una terminación anticipada del proceso cumpliendo uno de los principales objetivos de la intervención de la víctima que es la reparación,⁸³ teniendo en cuenta que lo que normalmente se busca al menos en los delitos que se contemplan por el artículo 241 del CPP, es un resarcimiento del daño producido de forma rápida y eficiente, como por ejemplo en el hurto, la víctima lo que busca es que se le devuelva la especie hurtada o en su defecto la indemnización en dinero, evitando de esta manera llegar a instancia de juicio.

⁸² SILVA ALARCON, Doris, “Convenio 169 de la OIT y los acuerdos reparatorios en delitos de violencia intrafamiliar”. (Temuco, Chile, 2017), p.34.

⁸³ HORVITZ, María, LÓPEZ, Julián, “Derecho Procesal Chile: Tomo I” Editorial Jurídica de Chile (Santiago, 2002). p. 292.

Además, resulta beneficioso para el imputado, ya que el conflicto se termina de forma expedita y sin una sanción penal, como sería la privación de libertad.

Capítulo IV: Revisión de casos de violencia intrafamiliar en contexto de pueblos indígenas en la región de Atacama.

1) Costumbre indígena y la violencia intrafamiliar.

Como se mencionó en los capítulos precedentes, el Convenio 169 de la OIT cumple un importante papel a la hora de resolver conflictos suscitados, en donde sus intervinientes sean sujetos pertenecientes a pueblos indígenas. La Costumbre indígena cobra relevancia al ser reconocida expresamente por el Convenio antes mencionado, en su artículo 8 en relación con el 9, teniendo que ser considerada al aplicar la legislación nacional, pero, ¿Qué ocurre en los casos de violencia intrafamiliar? ¿Qué papel cumple la costumbre?

En la región de la Araucanía, la Corte de Apelaciones de Temuco resolvió en casos de violencia intrafamiliar en donde el imputado y la víctima eran de etnia mapuche, como procedente la aplicación de acuerdos reparatorios para terminar los conflictos, señalando *“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”*⁸⁴

De esta forma se entiende que se adoptó la negociación, como forma de solucionar los conflictos dentro de las comunidades mapuches, y es por esta razón que la Corte de Apelaciones hace análogo los acuerdos reparatorios a la negociación indígena, de esta forma se estaría respetando la costumbre y por consiguiente también el Convenio 169.

Es importante recalcar que la ley 20.066 señala expresamente en su artículo 19, la prohibición de procedencia de los acuerdos reparatorios en causas de violencia

⁸⁴ PALMA, Rosario, SANDRINI, Renata, Mujer mapuche y retos de la justicia intercultural: aplicación del derecho propio indígena en delitos de violencia intrafamiliar, (Chile, 2014) p.153.

intrafamiliar, ya que la víctima se encuentra muy disminuida en su autoestima por lo que no se encuentra en condiciones de negociar.

De esta forma es que se podría determinar, que existe un conflicto en la aplicación del Convenio 169 y la ley 20.066 en causas de violencia intrafamiliar en contexto indígena.

En relación a esto, se han suscitado diferentes discusiones respecto de este posible conflicto generando diversas posturas de cómo solucionar esto y la forma en que debería aplicarse la normativa, tal y como las presentan Rosario Palma Ayala y Renata Sandrini Carreño en su artículo “Mujer mapuche y retos de la justicia intercultural”, la primera es la existencia de una colisión de derechos, entre los derechos de la mujer y los derechos de pertenecer a un pueblo originario, ya que a nivel normativo los derechos de la mujer se encuentran fuertemente resguardados por el derecho internacional, específicamente en la convención Belem do Pará, y en el ordenamiento jurídico interno en la ley 20.066, y por su parte los derechos indígenas, consagrados en el Convenio 169 de la OIT⁸⁵.

Existen dos posibles alternativas para solucionar lo antes mencionado, la primera es que se descarte la posibilidad de aplicar el Convenio 169 argumentando que los derechos de la mujer tienen una supremacía por sobre la costumbre indígena y de esta forma no sería posible la aplicación de los acuerdos reparatorios, la segunda es plantear que la colisión de derechos es aparente, considerando que el sistema penal debe entregar una solución integral, resguardando los derechos de la mujer y de los pueblos indígenas⁸⁶.

La siguiente postura es aquella que dice que los derechos indígenas se encuentran por sobre los de la mujer, con fundamento en el Convenio 169 específicamente en sus artículos 9.2 que establece “*Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia*”, y 10.1 “*Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán*

⁸⁵ Ibid. p.158.

⁸⁶ Ibid. p.159.

tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales”, sumado a esto el artículo 10.2 indica *“Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento”* argumentos en los sé que apoyaría la Defensoría Penal Pública, a la hora de ofrecer los acuerdos reparatorios como forma alterativa de solución de conflictos, además invocando el *Az mapu* como método utilizado por los mapuches para solucionar el conflicto, debiendo buscar el restablecimiento del equilibrio perdido como consecuencia de la situación de violencia, señalando que es posible solucionar el problema mediante disculpas públicas y un compromiso de que no se volverá a ocurrir hechos del mismo tipo⁸⁷.

La tercera postura es la planteada por el Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH), por la cual me decantare, es aquella basada en límites establecidos por el mismo Convenio 169 de la OIT, ya que en su artículo 8.1 señala expresamente la primera limitación en cuanto a que la aplicación de la costumbre indígena solo será posible [...] *“siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos”*, la aplicación de la costumbre indígena en casos de violencia intrafamiliar, no solo constituiría una vulneración grave a los derechos reconocidos por instrumentos internacionales que versen sobre protección de derechos humanos de las mujeres (convención Belem do para, CEDAW, entre otros), sino que también generaría una afectación al mismo Convenio 169, puesto que este mismo establece que solo se deberá considerar la costumbre cuando esta no sea incompatible con los derechos humanos, por lo que la aprobación de acuerdos reparatorios en contexto de violencia intrafamiliar, ya supone una vulneración al derecho a la integridad física y psíquica de la mujer, viéndose obligada a negociar con su agresor y además existiendo una fuerte posibilidad de que deba seguir conviviendo con él, asimismo, cabe hacer presente que la comunidad internacional ha reconocido que la violencia contra la mujer es una violación de derechos humanos, específicamente en el artículo 4 de la Convención Sobre la Eliminación de la Violencia Contra la Mujer que

⁸⁷ Ibid. p.159.

señala “*Los Estados deben condenar la violencia contra la mujer y no invocar ninguna costumbre, tradición o consideración religiosa para eludir su obligación de procurar eliminarla*” por lo que esto asentaría la incompatibilidad de la aplicación en estos casos de la costumbre indígena con los derechos humanos consagrados por instrumentos internacionales en protección de las mujeres.

Fortaleciendo lo anterior el artículo 9.1 señala “*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*” considerando esto, el convenio nuevamente establece literalmente que existe la posibilidad de utilizar métodos regulados por comunidades indígenas para tratar los delitos cometidos por personas de estas etnias, siempre y cuando estos métodos sean compatibles con el ordenamiento jurídico nacional y los derechos humanos establecidos por instrumentos internacionales.

En el caso de la negociación, siendo objeto de analogía por la Corte de Temuco con los acuerdos reparatorios, claramente no es compatible con el sistema jurídico nacional, ya que existe norma expresa en la ley 20.066 de prohibición de procedencia de estos acuerdos, por lo que por respeto al mismo convenio 169 de la OIT y además siendo incompatible con los derechos humanos, estos métodos de represión de delitos no debieran ser utilizados.

2) Casos de violencia intrafamiliar con intervinientes indígenas en la región de Atacama.

Considerando las sentencias de las Cortes de Apelaciones de Temuco en las cuales fundan su investigación Rosario Palma Ayala y Renata Sandrini Carreño⁸⁸, y el

⁸⁸ Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia de 5 de marzo de 2012. Rol 169-2012; sentencia de 2 de agosto de 2012. Rol 581-2012; sentencia de 19 de enero de 2012. Rol 18-2012; sentencia de 23 de noviembre de 2012. Rol 1034-2011; sentencia de 4 de enero de 2011. Rol 1192-2011; sentencia de 17 de julio de 2012. Rol 499-2012; sentencia de 19 de diciembre de 2012. Rol 995-2012; sentencia de 18 de diciembre de 2012. Rol 970-2012; sentencia de 21 de agosto de 2012. Rol 635-2012; sentencia de 27

desarrollo que llevaron a cabo, es que surge un gran interés de conocer y determinar cómo los tribunales de la región de Atacama han abordado causas de carácter similar, es decir, de violencia intrafamiliar cuando sus intervinientes pertenecen a un pueblo indígena reconocido por el estado de Chile.

Para llevar a cabo esta investigación se realizó una recopilación de un total de 5374 causas de violencia intrafamiliar tramitadas por el Juzgado de Garantía de Copiapó⁸⁹, desde los años 2015 hasta el 2020, por lo que fue necesario efectuar una filtración para determinar si los intervinientes pertenecían a un determinado pueblo indígena, siendo esto posible, mediante la obtención de un certificado indígena otorgado por la CONADI, y de esta forma lograr visualizar la realidad regional.

Fue posible encontrar un total de 15 causas de violencia intrafamiliar vinculadas con pueblos indígenas en la región de Atacama⁹⁰, desde el 2016 hasta el 2019, seis del año 2016 de un total de 832 causas de VIF, tres de 2017 de un total de 1120 causas en la misma materia, dos de 2018 siendo 666 causas ese año, y tres de 1059 causas VIF en el año 2019, todas con víctimas indígenas de los diferentes pueblos del norte del país, así como también de personas con calidad mapuche pertenecientes a la región de Atacama.

Iniciada la revisión de las causas, fue necesario primero, determinar si todos los intervinientes de ellas, eran pertenecientes a pueblos indígenas, algo que es determinante a la hora de considerar el tipo de defensa que recibirán, esto se debe hacer teniendo en cuenta los criterios establecidos en la ley 19.253, pero principalmente considerando el principio de autodeterminación consagrado en los diferentes instrumentos internacionales mencionados con anterioridad, por sobre todo es importante establecer el derecho aplicable, es decir, el derecho estatal o la costumbre

de octubre de 2012. Rol 955-2011; sentencia de 4 de junio de 2012. Rol 388-2012 y; sentencia de 24 de enero de 2012. Rol 43-2012.

⁸⁹ Obtenidas mediante transparencia pasiva a Juzgado de Garantía de Copiapó, solicitud de fecha 30 de julio de 2020.

⁹⁰ De las cuales solo fue posible la revisión de 6, ya que los 9 restantes revestían el carácter reservado.

o forma de solucionar el conflicto que como sujeto perteneciente a una etnia indígena pudiesen tener.

Se pudo comprobar que todos los imputados de las diferentes causas mencionadas, no eran pertenecientes a ningún pueblo indígena, esto fue posible mediante consulta en la base de datos de la CONADI, de la cual no fue posible la obtención de ningún certificado que acreditase su calidad, a diferencia de lo ocurrido con las víctimas, las que fueron comprobadas mediante el documento indicado, siendo pertenecientes a diferentes pueblos indígenas como Diaguita, Atacameño, Aimara y Mapuche, es dable mencionar que en ninguna de las causas mencionadas, fiscalía, defensoría o juez de la causa, hace algún tipo de alusión a la calidad de la víctima y su situación de grupo vulnerable.

Expuesto esto, es necesario establecer la forma de termino de las diferentes causas en cuestión, ya que como se vio al comienzo de este capítulo, la aplicación de acuerdos reparatorios en causas VIF por parte de la magistratura en la región de la Araucanía, resultaron en una discusión de relevancia para determinar los límites de la utilización de la costumbre indígena o derecho consuetudinario para la resolución de disputas en las comunidades.

En las causas revisadas pertenecientes al juzgado de Garantía de Copiapó⁹¹, la fiscalía, no hizo presente en ningún momento la calidad indígena de la víctima esto probablemente debido a no existir imputados pertenecientes a un pueblo indígena, solo perteneciendo a uno de ellos las víctimas, por lo que, no es posible hablar de un conflicto dentro de un pueblo, en razón de esto, la aplicación de la costumbre indígena no fue posible, y por consiguiente tampoco es viable hacer una analogía de la negociación como método de solución de conflictos, a los acuerdos reparatorios, no siendo utilizados, respetando la prohibición expresa del artículo 19 de la ley 20.066.

⁹¹ RUC: 1600790378-6 (2016), RUC: 1700195955-7 (2017), RUC: 1700191900-8 (2017), RUC: 1800092882-4 (2018), RUC: 1800092882-4 (2018), RUC: 1600149907-K (2016), RUC: 1600316639-6 (2016) RUC: 1600337255-7 (2016), RUC 1600555502-0 (2016), RUC: 1600616071-2 (2016), RUC: 1701111025-8 (2017), RUC: 1700860135-6 (2017), RUC: 1900423132-8 (2019), RUC: 1900775234-5 (2019), RUC: 1901186183-3 (2019).

No existiendo acuerdos reparatorios, se utilizan otras formas de término del procedimiento consagradas en el ordenamiento jurídico nacional, la primera es la suspensión condicional del procedimiento⁹², un mecanismo procesal bastante utilizado en causas de VIF con un total de 787 causas en 2017⁹³, 628 en 2018⁹⁴ y 623 en 2019⁹⁵ en la región de Atacama, de las causas investigadas se vio presente en tres de ellas (2017, 2018 y 2019) en ambas el tribunal asignó una de las siguientes condiciones:

- Fijar domicilio e informar cualquier cambio al Ministerio Público, por el plazo de un año.
- Artículo 9° letra c) de la ley 20.066, esto es, prohibición de porte o tenencia de armas de fuego, por el plazo de seis meses.
- Artículo 9° letra d) de la ley 20.066, esto es, someterse a un tratamiento psicológico de control de impulsos, por el plazo de seis meses. En atención a que el imputado dice que se encuentra sometiendo a un tratamiento en la Unidad de Salud Mental del Hospital Regional, deberá acreditar dicha condición en el plazo de un mes al Ministerio Público⁹⁶.

Teniendo en consideración estas condiciones, nuevamente es posible recalcar la nula observancia por parte de los diferentes sujetos procesales de la calidad indígena de las víctimas, pudiendo decretar condiciones especiales o medidas de protección para la víctima⁹⁷ en atención a que son consideradas una minoría de riesgo al ser indígena y a su vez dos de ellas mujeres, ambas calidades históricamente vulneradas.

⁹² Se entiende por suspensión condicional del procedimiento, la interrupción de la pretensión punitiva del Estado durante el proceso, impulsada por las “partes” (imputado, fiscal o fiscal e imputado variando de un ordenamiento a otro), ocasionando la suspensión del mismo y con miras a la extinción de la pretensión penal. Se trata, en la práctica, de una posibilidad que tiene el imputado de librarse del proceso y de la pena si cumple, por un periodo de tiempo, con ciertas condiciones o reglas de conducta que le son impuestas. La suspensión condicional del procedimiento se encuentra regulada en el artículo 237 del CPP, así como también las condiciones para su procedencia.

⁹³ Según Boletín anual del Ministerio Público año 2017, tabla n° 25.

⁹⁴ Según Boletín anual del Ministerio Público año 2018, tabla n° 25.

⁹⁵ Según Boletín anual del Ministerio Público año 2019, tabla n° 25.

⁹⁶ Causa RUC 1901186183-3 y 1800092882-4 del juzgado de garantía de Copiapó.

⁹⁷ Por ejemplo, decretar la letra b) del artículo 9 de la ley 20.066 “*Prohibición de acercarse a la víctima o a su domicilio, lugar de trabajo o estudio, así como a cualquier otro lugar al que ésta concurra o*

Es dable señalar que la suspensión condicional del procedimiento tiene aspectos positivos, ya que permite finalizar la causa y otorgar protección a la víctima y a su familia, aun cuando la víctima se haya retractado, en virtud de esto es que es recomendado el termino por esta vía cuando se trata de un hecho aislado, y no cuando es un acto que ponga en riesgo fuertemente la vida de la víctima, como la utilización de armas de fuego o blancas⁹⁸.

Fue posible encontrar tres causas, dos del año 2016 y una de 2018 ⁹⁹finalizadas por sentencia condenatoria dictada en un juicio simplificado, siendo este un procedimiento obligatorio según lo dispuesto en el artículo 388 del CPP en casos en donde el fiscal no solicitare al juez penas que excediere de presidio o reclusión menores en su grado mínimo, tal y como ocurrió en las causas mencionadas, siendo condenados por lesiones menos graves en contexto de VIF estableciéndose penas de 41 días de prisión en su grado máximo en la causa RUC 1800340189-4 (2018), de multa de un tercio de UTM en la causa RUC 1600799378-6(2016) y en la causa RUC 1600337255-7 (2016).

En estas causas se logra visualizar que al menos en dos de ellas fue decretada la medida accesoria del artículo 9 de la ley 20.066 esto es “*b) Prohibición de acercarse a la víctima o a su domicilio, lugar de trabajo o estudio, así como a cualquier otro lugar al que ésta concurra o visite habitualmente.*” Sin duda la utilización de esta medida accesoria, viene a garantizar el objetivo de la misma, que consiste en el resguardo de la integridad física y psíquica de la víctima, alejando al agresor de todas las esferas en que se desarrolla el diario vivir de la afectada, si bien la posibilidad de decretar esta medida sin contar con mayores antecedentes pudiese resultar vulneratorio en cuanto al derecho de libertad ambulatoria del imputado, es necesario mencionar que el artículo 7 de la ley 20.066 contempla el denominado riesgo inminente, que es sin

visite habitualmente. Si ambos trabajan o estudian en el mismo lugar, se oficiará al empleador o director del establecimiento para que adopte las medidas de resguardo necesarias.”

⁹⁸ COÑUECAR BARRIA, Victoria, “*Tratamiento y respuesta del sistema judicial ante la violencia contra la mujer*” (Santiago, 2015), p. 64.

⁹⁹ RUC 1600799378-6(2016), RUC 1600337255-7 (2016), 1800340189-4 (2018).

duda la situación de la víctima en estas causas, siendo violentadas por sus parejas, justificando la utilización de esta medida.

En razón de lo expuesto, es posible sostener que la costumbre indígena en el juzgado de Garantía de Copiapó en los periodos de 2015-2020 no es algo utilizado en contexto de VIF de los pueblos, por lo que no es posible llevar a cabo una comparativa entre las causas vistas en la región de la Araucanía y las analizadas en este trabajo de investigación, ya que como se comprobó, los mecanismos procesales utilizados, son completamente diferentes, siendo los de la región de Atacama ajustados a derecho, no generando controversias en cuanto a una posible vulneración del Convenio 169 de la OIT y por consiguiente a la costumbre indígena.

Es necesario destacar, que, de todas las causas revisadas, en ninguna fue posible visualizar alguna mención a la calidad indígena de las víctimas, lo que podría dar cuenta de una mecanización en cuanto a la forma en cómo se desarrollan las causas VIF en nuestra región ya sea por parte de fiscalía, defensoría y por sobre todo del juzgado, en las que se pasa por alto la etnia de la persona vulnerada, no existiendo una promoción a la autodeterminación.

Conclusiones.

Chile es un país rico en cuanto a cultura indígena, existiendo a la fecha diez pueblos reconocidos por el estado, los cuales constituyen aproximadamente el 13 % de la población nacional, por lo que el conocimiento sobre ellos resulta importante como medida de inclusión.

Es dable mencionar que el derecho nacional, en cuanto a la protección de las comunidades y desarrollo indígena, ha evolucionado de manera significativa, incorporando importantes mejoras como los programas especiales para el desarrollo de personas y comunidades indígenas a cargo de la CONADI, entre otras garantías las cuales vienen a propender la protección de los derechos de los indígenas en las diferentes áreas.

El Convenio 169 de la OIT ratificado por Chile y actualmente vigente, es uno de los tratados internacionales más completo en cuanto a reconocimiento de derechos y principios de los pueblos indígenas, como lo son el principio de autonomía, el de integración cultural, el principio de no discriminación y el principio de participación de los pueblos, todos de vital importancia para cimentar las bases de la protección y visualización de los diferentes pueblos indígenas, incluido lo relativo al sistema penal estatal, permitiéndole conservar su identidad cultural.

Lo anterior, es necesario para contextualizar y sumirse en el conflicto que se había suscitado en lo relativo a la violencia intrafamiliar en pueblos indígenas, esto es la aprobación de acuerdos reparatorios, en los tribunales de la región de la Araucanía, que en virtud de dar cumplimiento a lo establecido por el Convenio 169 de la OIT en lo relativo a la costumbre y al respeto de los métodos propios de los pueblos para solucionar sus conflictos, es que se argumenta, que ese mecanismo procesal es el análogo a las negociaciones efectuadas por el pueblo mapuche según su *Az mapu* para restablecer la armonía de la comunidad, estando prohibidos expresamente por la ley 20.066 cuyo objeto es 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.

De la investigación realizada a las diferentes causas en materia de VIF en la región de Atacama, fue posible analizar seis de ellas, mostrando una realidad completamente diferente a la presentada en el sur de Chile, pudiendo demostrar que en la región de Atacama no existe conflicto en lo relativo a aplicación de acuerdos reparatorios en respeto a la costumbre indígena regulada por el Convenio 169, no existiendo imputados indígenas, lo que sería necesario para constituir un conflicto al interior del pueblo, por lo que las causas terminan con la utilización de la suspensión condicional del procedimiento y dictación de sentencia en juicios simplificados, es por esto, que no es posible realizar una comparativa en cuanto las causas del sur y del norte, ya que en Atacama no existe una vulneración a la costumbre indígena como tal.

Es necesario dar cuenta, que, en el proceso de revisión de causas, fue posible determinar una nula visualización de la calidad indígena de las víctimas, por parte de fiscalía, defensoría y Juzgado de Garantía, trayendo como consecuencia la inexistencia de promoción de que la víctima en virtud de su derecho de autodeterminación, se identifique como perteneciente a un pueblo indígena, pudiendo acceder a ciertos beneficios y derechos reconocidos a las personas con esta calidad.

Por último, señalar que se precisa un estudio completo y acabado en cuanto a la costumbre de los diferentes pueblos indígenas del país, así como también la incorporación de peritos expertos en la materia, para que al momento de ocurrir disputas dentro de las comunidades, exista certeza del método en cómo se soluciona el conflicto suscitado al interior del pueblo, y como la justicia penal abordara a los diferentes sujetos procesales, mejorando la aplicación del Convenio 169 evitando la posibilidad de incompatibilidades entre el derecho internacional y el derecho interno.

BIBLIOGRAFIA

ALESSANDRI- SOMARRIVA. “Derecho Civil, Tomo I”, redactado y puesto al día por Antonio Vodanovic H., Edic. 1971, p. 143.

AMPUERO BRITO, Gonzalo “*Cultura diaguita*” Biblioteca Nacional de Chile (Santiago, 1978).

BUJES, Jacylin, “Los Colla de Atacama: Identidad y Etnogénesis” (Santiago, 2008)

CODIGO PENAL, Biblioteca del Congreso Nacional. [Disponible en: <http://www.bcn.cl>].

CÓDIGO PROCESAL PENAL, Biblioteca del Congreso Nacional. [Disponible en: <http://www.bcn.cl>]

COMISIÓN VERDAD HISTORIA Y NUEVO TRATO CON LOS PUEBLOS INDÍGENAS, “*Informe de la comisión verdad histórica y nuevo trato con los pueblos indígenas*”,

CONADI, fecha de consulta, 12 de diciembre de 2020 [Disponible en: <http://www.conadi.gob.cl/politica-de-comunicacion-internainstitucional#:~:text=La%20Corporaci%C3%B3n%20Nacional%20de%20Desarrollo,los%20pueblos%20ind%C3%ADgenas%20de%20Chile>].

CONGRESO NACIONAL. Historia de la ley 20.066.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPUBLICA, [Disponible en: <http://www.bcn.cl>].

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

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Biblioteca Congreso Nacional de Chile [Disponible en: <http://www.bcn.cl>].

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>].

Coñuecar Barria, Victoria, *“Tratamiento y respuesta del sistema judicial ante la violencia contra la mujer”* (Santiago, 2015).

GLEISNER, Christine, MONTT, Sara *“Colla: Serie introducción histórica y relatos de los pueblos originarios de Chile”* (Santiago, 2014).

HORVITZ, María, LÓPEZ, Julián, *“Derecho Procesal Chile: Tomo I”* Editorial Jurídica de Chile (Santiago, 2002)

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. 2010

MINISTERIO DE JUSTICIA. Ley de Violencia Intrafamiliar. [Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242648&buscar=20066>]

MINISTERIO PUBLICO, Boletín Anual año 2017, tabla n°25. [Disponible en: <http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/estadisticas/index.do>].

MINISTERIO PUBLICO, Boletín Anual año 2018, tabla n°25. [Disponible en: <http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/estadisticas/index.do>].

MINISTERIO PUBLICO, Boletín Anual año 2019, tabla n°25. [Disponible en: <http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/estadisticas/index.do>].

MEZA-LOPEHANDIA, Matías, YÁÑEZ, Nancy, “*Los pueblos indígenas y el derecho*”. LOM ediciones (Santiago, 2013).

MUÑOS, Bernardo, “*Derechos de Propiedad y pueblos indígenas*” CEPAL (Santiago de Chile, 1999).

PALMA, Rosario, SANDRINI, Renata, *Mujer mapuche y retos de la justicia intercultural: aplicación del derecho propio indígena en delitos de violencia intrafamiliar*, (Chile, 2014)

PAREDES, Pedro “*LA COSTUMBRE INDÍGENA Y LA RESPONSABILIDAD PENAL*”, (Santiago, Chile, 2015)

PEREZ, Cecilia, ministra del Servicio Nacional de la Mujer, Intervención, historia fidedigna del establecimiento de la ley 20.066.

PRIETO BRAVO, Marcela, “Aplicación de la ley n° 20.066 de violencia intrafamiliar, desde la perspectiva del trabajo de clínica jurídica en causas cuya víctima es la mujer”. Repositorio académico U. de Chile (Santiago, Chile, 2013).

RIVAS, Antonia, “Derechos Humanos de los pueblos indígenas en Chile” 2020

SANCHEZ CURIHUENTRO, Juana “El Az mapu o sistema jurídico mapuche” artículo,

SILVA ALARCON, Doris, “*Convenio 169 de la OIT y los acuerdos reparatorios en delitos de violencia intrafamiliar*”, (Temuco, Chile, 2017).

VAN WEEZEL, Alex, “*Lesiones y violencia intrafamiliar*” Revista Chilena de Derecho, 2008, vol.35, n.2.