



Revista Chilena de Derecho

ISSN: 0716-0747

redaccionrhd@uc.cl

Pontificia Universidad Católica de Chile
Chile

CARMONA CALDERA, CRISTÓBAL
HACIA UNA COMPRENSIÓN “TRÁGICA” DE LOS CONFLICTOS MULTICULTURALES:
ACUERDOS REPARATORIOS, VIOLENCIA INTRAFAMILIAR Y DERECHO PROPIO
INDÍGENA

Revista Chilena de Derecho, vol. 42, núm. 3, diciembre, 2015, pp. 975-1001

Pontificia Universidad Católica de Chile

Santiago, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=177043767010>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

HACIA UNA COMPRENSIÓN “TRÁGICA” DE LOS CONFLICTOS MULTICULTURALES: ACUERDOS REPARATORIOS, VIOLENCIA INTRAFAMILIAR Y DERECHO PROPIO INDÍGENA

TOWARDS A “TRAGIC” UNDERSTANDING OF MULTICULTURAL CONFLICTS: COMPENSATION AGREEMENTS, DOMESTIC VIOLENCE AND INDIGENOUS OWN LAW

CRISTÓBAL CARMONA CALDERA*

RESUMEN: El presente trabajo analiza la forma de comprensión de los casos de aprobación y rechazo de acuerdos reparatorios en materias de violencia doméstica, cuando tanto la víctima como el imputado pertenecen al pueblo mapuche, que han sido resueltos desde el año 2011 por tribunales de la Región de La Araucanía. Se plantea que las formas de comprender estos casos por los tribunales y la doctrina no ha sido la correcta, por cuanto se han centrado en determinar la primacía exclusiva que tendría uno de los derechos en disputa por sobre el otro. Frente a ello, el artículo sugiere que la forma adecuada de entender estos conflictos multiculturales, y a la decisión judicial que se pronuncia sobre los mismos, es reconociendo el elemento “trágico” que se encuentra presente, y que se configura a partir de un reconocimiento de las características e importancia de los principios en colisión y de los bienes jurídicos que protegen.

Palabras clave: Acuerdos reparatorios, pueblo mapuche, conflictos multiculturales, casos trágicos.

ABSTRACT: This paper analyzes the way of understanding the cases of approval and rejection of compensation agreements in matters of domestic violence, where both the victim and the accused belong to the Mapuche people, which have been resolved since 2011 by courts of the Araucanía Region. It argues that the ways of understanding these cases by the courts and the doctrine has not been proper, since it has focused on determine the exclusive primacy that one of the colliding rights would have over the other. Facing this issue, the article suggests that the best way to understand these multicultural conflicts, and the judicial decision pronounced on them, is considering the “tragic” element present in these cases, which is configured from the recognition of the characteristics and importance of the principles in collision and the legal goods they protect.

Key words: Compensation agreements, Mapuche people, multicultural conflicts, tragic cases.

* Abogado, Universidad de Chile; Magíster en Estudios Filosóficos, Universidad Alberto Hurtado, Chile y Magíster en Derechos Humanos y Democratización, Centro Internacional de Estudios Políticos de la Universidad Nacional de San Martín, Buenos Aires, Argentina; Profesor cátedras Derecho Indígena y Derecho Internacional Público, Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Católica de Temuco, Chile. Agradezco sinceramente a Iván Díaz, Juan Jorge Faundes, María de los Ángeles Fernández, Rodrigo Lillo, Alberto Olivares y Rocío Sanhueza, por los comentarios que hicieron a una versión preliminar de este trabajo, y a Jenny Ruedlinger Standen por su paciencia y ayuda en la discusión de la hipótesis central del texto. Evidentemente, los errores presentes son de mi exclusiva responsabilidad. Dirección postal: Manuel Montt 56, Casilla 15D. Temuco. Correo electrónico: c.g.carmona@gmail.com.

I. INTRODUCCIÓN

“Usan convenio 169 para absolver a agresores de mujeres mapuche”. Tal era el titular de un reportaje publicado por el *Diario Austral* de Temuco, en marzo de 2013.

Este desarrollaba principalmente la preocupación manifestada por el Servicio Nacional de la Mujer (SERNAM), por la utilización de los artículos 9 y 10 del Convenio 169 de la OIT (Convenio), a partir de los cuales los tribunales de la Región de La Araucanía habían absuelto a imputados mapuche que maltrataron a sus mujeres, bastando para ello la sola disculpa del agresor; según el reportaje, las sentencias se habrían basado en que esa es la forma de solucionar los problemas en la costumbre mapuche.

En términos técnicos, la publicación se refiere a la aceptación, por parte de los Juzgados de Garantía y la Corte de Apelaciones de Temuco, de “acuerdos reparatorios” en causas de violencia intrafamiliar donde tanto víctima como imputado son mapuche¹, justificando su procedencia en que es propio de la cultura mapuche resolver los conflictos a través del diálogo y negociación. La complejidad legal de estas decisiones está dada por el hecho que, en materia de violencia doméstica, los acuerdos reparatorios están expresamente prohibidos por el artículo 19 de la Ley 20.066 sobre Violencia Intrafamiliar (“Ley VIF”). Ante dicha antinomia, los tribunales han recurrido a los artículos 9 y 10 del Convenio, para aceptar la procedencia de este tipo de acuerdos, amparándose en que el Convenio es una norma de superior jerarquía que la Ley 20.066.

Independiente de las imprecisiones que pueda tener el reportaje, lo cierto es que sí da cuenta de un tema que no solo genera preocupación en el SERNAM, sino también en diversos organismos de derechos humanos, tanto del ámbito público como de la sociedad civil. Así, por ejemplo, el año 2012, el Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) presentó a la Corte de Apelaciones de Temuco un *Amicus Curiae* en una de estas causas, argumentando por el rechazo de los acuerdos reparatorios dado que “[e]l Convenio 169 de la OIT no puede ser interpretado de una manera que pueda llegar a dejar sin aplicación normas sancionadoras de la violencia contra las mujeres”², las que “están estrechamente relacionad[a]s con el núcleo más duro de la dignidad humana”³. En un sentido similar, el “Informe Conjunto de la Sociedad Civil para el Examen Periódico Universal”, de junio de 2013, confeccionado por los principales organismos de promoción y defensa de DD.HH. de nuestro país, señalaba: “[r]esulta alarmante que dichas sentencias (...) se hayan dictado

¹ Dos prevenciones metodológicas sobre las sentencias analizadas en este artículo. Primero, que se refieren a aquellos casos en donde la víctima era mujer y el victimario varón. No obstante, en aquellos casos en que la violencia no se ejerce contra la mujer, sino, por ejemplo, contra un hermano o descendiente, se utiliza el mismo tipo de argumentación. Segundo, aclarar que se analizan las decisiones judiciales pronunciadas por los Juzgados de Garantía de la Región de La Araucanía y Corte de Apelaciones de Temuco desde octubre de 2011 a mayo de 2013.

² INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (2012) p. 23. Presentado en *Ministerio público con Huenchullán* (2012b).

³ INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (2012) p. 21.

*en contravención a la normativa internacional sobre derechos humanos de las mujeres, que prohíbe la impunidad de dichos delitos*⁴.

Siguiendo estos argumentos, la Corte de Apelaciones de Temuco, que en la mayoría de las ocasiones ha confirmado las resoluciones de los Juzgados de Garantía aceptando los acuerdos reparatorios, en al menos una oportunidad se ha pronunciado en contra de las mismas⁵, argumentando que la norma del artículo 9.1 reconoce explícitamente como límites a la aplicación del derecho propio indígena tanto lo dispuesto por el “sistema jurídico nacional” como “los derechos humanos internacionalmente reconocidos”⁶. En función de lo anterior, hace prevalecer los derechos fundamentales/humanos de las mujeres⁷, por sobre esta forma cultural de resolución de conflictos.

Estos casos son ejemplos de lo que llamaré “conflictos multiculturales”⁸, en el sentido básico de que se trata de conflictos que derivan del reconocimiento –más o menos limitado– que hace un sistema jurídico estatal de corte multicultural –como el chileno– de la existencia y validez de otros órdenes legales en una determinada sociedad, lo que genera indefectiblemente que, dentro del propio sistema estatal, existan soluciones jurídicas diversas –cuando no derechos contradictorios– a una misma problemática.

Para diversos autores, no obstante, este tipo de conflictos serían más bien “aparentes”: antinomias que parecen tales solo porque el intérprete no ha realizado una adecuada reconstrucción del ordenamiento jurídico; *contrario sensu*, una interpretación correcta arrojaría como respuesta una relación jerárquica entre estos derechos –típicamente, la prevalencia de los derechos o instituciones del sistema estatal por sobre el indígena–. Como se hace evidente, sea que se aprueben o rechacen los acuerdos reparatorios, es esta la “comprensión” que está presente en los casos de violencia intrafamiliar (“VIF”) revisados arriba.

Ahora bien, la comprensión de un caso –lo ha explicado Zagrebelsky–, presupone que se entienda su “sentido” y se le dé un “valor” a través de las categorías que disponga el intérprete⁹. En los casos en comento, se aprecia una división entre los intérpretes acerca del sentido que hay que atribuirle a un mismo hecho material: para unos, se trata de casos en donde se está utilizando el derecho propio mapuche para resolver problemas intracomunitarios, mientras que para otros se está legitimando la violencia de género y obstruyendo el acceso a la justicia de las mujeres indígenas. Consecuentemente, cada comprensión de “sentido” dirige y condiciona la comprensión de “valor” de cara al juicio, lo que conduce a

⁴ CORPORACIÓN HUMANAS *et al.* (2013) p. 3. Énfasis agregado.

⁵ *Contreras con Cheque* (2013).

⁶ ARTÍCULO 9.1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.

⁷ La integridad física y síquica de la mujer (artículo 19 N° 1, Constitución Política de la República), la igualdad ante la ley (artículo 19 N° 3, Constitución Política de la República) o la obligación de prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer (artículo 7.b, Convención Belem do Para).

⁸ Utilizo la denominación “multicultural” en vez de “intercultural” por dos razones. La primera, porque los casos revisados se dan dentro de un marco legal “multicultural”, dentro del cual se propone una interpretación crítica del mismo. La segunda, es que más allá de la posibilidad del diálogo “entre-culturas”, estos conflictos se dan en marcos institucionales hegemónicos, como lo es un tribunal de justicia ordinaria.

⁹ ZAGREBELSKY (2011) p. 136.

su vez a soluciones jurídicas opuestas¹⁰: o se le otorga primacía al Convenio 169, respetándose las formas de resolver los conflictos entre personas indígenas de acuerdo a su derecho, o se erige a los derechos fundamentales de las mujeres – contenidos en la Constitución y en tratados internacionales de derechos humanos – como límites para la manifestación del derecho propio indígena. Ambas categorizaciones, aunque difieran de cuál sería la norma que resuelva el conflicto, coinciden en solucionar la antinomia a partir de la ordenación de jerarquías normativas que otorguen exclusiva y excluyentemente prioridad a alguno de los derechos en disputa.

En el presente artículo, sostendré que estas formas de comprender dichos casos –y el conflicto ínsito a ellos–, son erróneas, en el sentido que llevan a una reconstrucción del ordenamiento jurídico insostenible en la actualidad, ocluyendo a su vez la importancia de los bienes jurídicos presentes en estas controversias. En oposición, postularé que la forma correcta de entenderlos, es reconociendo su dimensión “trágica”. Esto, estimo, propiciará una solución jurídicamente más adecuada de los mismos, que asimismo tome en cuenta la relevancia de los bienes amparados por los derechos en colisión. Para llevar a cabo este objetivo, utilizaré una estructura relativamente simple: comenzaré explicando (II) qué quiero decir cuando señalo la posibilidad de que exista una dimensión “trágica” en el derecho, para luego (III) abordar el por qué creo que efectivamente en estos casos de (im)procedencia de acuerdos reparatorios, estaría presente dicha dimensión. Terminaré (IV) con unas breves reflexiones sobre la posibilidad de justicia dentro de esta perspectiva.

II. TRAGEDIA Y DERECHO

La dimensión “trágica” que postulo se funda en dos elementos. Primero, que una reconstrucción normativa adecuada da como resultado que ambas posturas descansan en normas de carácter *ius fundamental*, coetáneas, de idéntico rango en el sistema de fuentes, y que representan a su vez mundos normativos antagónicos. Segundo, que no obstante no haber certeza sobre el derecho aplicable y pertenecer el juez a una de las tradiciones legales en disputa, este debe, sin embargo, tomar una decisión que resuelva dicho conflicto.

En orden a dar sustento a la categorización anterior, examinaré las características que lo “trágico” adquiere en *Hamlet*, de William Shakespeare¹¹, para luego explicar la existencia de dicho concepto en estos conflictos multiculturales y la decisión judicial que debe pronunciarse en ellos.

1. HAMLET, ENTRE EL MEDIOEVO Y LA MODERNIDAD

“Todo en la obra –señaló alguna vez el crítico norteamericano Harold Bloom– depende de la respuesta de Hamlet al fantasma de su padre, una respuesta que es intensamente

¹⁰ ZAGREBELSKY (2011) pp. 137-139.

¹¹ Usaré la versión SHAKESPEARE (1998). Las traducciones que utilizo son mayoritariamente libres, pero teniendo como referencia la clásica traducción de Leandro Fernández de Moratín. Cfr. SHAKESPEARE (2004) pp. 265-387. En cualquier caso, las citas textuales en el cuerpo del escrito se harán en inglés, para conservar ciertos matices que pueden ser mejor captados en el idioma original. Una versión preliminar de este análisis se puede encontrar en CARMONA CALDERA (2015).

te dialéctica, como lo es todo lo demás acerca de Hamlet”¹². Esta “dialéctica” que acompaña permanentemente –cuando no derechamente define– al carácter del príncipe danés, ha suscitado una amplia gama de interpretaciones; en lo que sigue, apoyándome parcialmente en la tesis de Rinesi¹³, trabajaré bajo la noción de que el carácter escindido de Hamlet, responde a que este debe actuar entre dos mundos normativos diversos y antagónicos entre sí, que le exigen resoluciones opuestas y racionalmente irreconciliables. Esta situación, que se nos presenta como el nudo trágico de la obra, contiene en sí misma dos dimensiones, la “tragedia de los valores” y la “tragedia de la acción”, que serán a su vez los marcos conceptuales con los que sustentará la comprensión “trágica” de los conflictos multiculturales.

A. Tragedia de los valores

A mediados del Acto IV, luego de la muerte de Polonio y de que Ofelia hubiese perdido la razón, Claudio se encuentra con Gertrudis en el castillo comentando las desdichas que estaban acaeciendo al Reino, cuando entra un mensajero alertando de la llegada de Laertes, quien estaba siendo aclamado como rey por el pueblo:

“(...) *The rabble call him lord,*
And, as the world were now but to begin,
Antiquity forgot, custom not know,
The ratifiers and props of every word,
*They cry, “Choose we! Laertes shall be king”*¹⁴

El malestar que el mensajero expresa en estas frases, no se limita a los eventos específicos que refiere, sino que se centra principalmente en el significado que ellos tienen para el orden (para el mundo) establecido hasta entonces: la elección de Laertes, no solo amenaza en lo inmediato al Rey, sino también a los cimientos simbólicos de su mundo –que también es el de Claudio y Gertrudis–. “*As the world were now but to begin*”, exclama el mensajero: la elección popular solo podría tener sentido en “otro” mundo, un mundo que parece estar apareciendo, emergiendo, en el cual la antigüedad y la costumbre, aquellos pilares que antaño sostenían el gobierno, yacen olvidados. Solo en dicho (nuevo) mundo –moral, jurídico, social, religioso–, puede “*the rabble*”, el “*vulgo*”, la “*chusma*” –en fin, el “*pueblo*”–, elegir al Rey. Pero, vale notar, la angustia del mensajero hace ver que esta emergencia no se da en un espacio vacío, sino precisamente en un lugar en donde existían ya valores –la antigüedad y la costumbre–, que eran apoyo y seguridad de otro mundo, de “su” mundo. Por ende, aquel “otro” mundo que “aparece”, implica siempre una tensión con –cuando no un “desgarro” de– otra realidad; nace siempre en un “*agon*”, en pugna con otros valores, con una moral antagónica, en donde “la antigüedad y la costumbre” todavía valen, proporcionan los marcos referenciales para las palabras –“*The ratifiers and props of every word*”–, para el lenguaje y constituyen en sí mismo un “juego de lenguaje”. Pues bien, es este conflicto

¹² BLOOM (1998) p. 387.

¹³ RINESI (2011) pp. 69-137.

¹⁴ SHAKESPEARE (1998) p. 106.

entre dos mundos normativos el que, en mi opinión, se reproduce en el corazón atormentado del príncipe Hamlet –“*Sir, in my heart there was a kind of fighting*”¹⁵, le señala Hamlet a Horacio– y que constituye lo que se ha denominado “tragedia de los valores”.

Según Rinesi, los valores (mundos) entre los que se debate Hamlet estarían representados, por una parte, en la moral de la venganza –venganza mandatada por el espectro de su padre y que debe recaer sobre su tío– y, por otra, en la sospecha de que esa moral empieza a ser inadecuada¹⁶. En mi opinión, en cambio, creo que si la moral de la venganza –la que, para la historiografía tradicional, representa el sistema jurídico propio del derecho germánico en la época altomedieval– comienza a parecer inadecuada, es porque a su vez empieza a emerger, a configurarse, otro marco moral, otro mundo normativo, bajo cuya lógica las mismas acciones se “leen” –se les atribuye un sentido– diferente. El monólogo que pronuncia Hamlet al final del Acto II, en donde enuncia su plan de utilizar la obra “*The murder of Gonzago*” para desenmascarar a su tío, es una elocuente muestra de esto.

En el comienzo del soliloquio, Hamlet se reprocha vehementemente el estar dilatando la venganza de su padre asesinado, perdiéndose en disquisiciones propias de prostitutas (“*whore*”; “*drab*”) y sirvientes (“*scullion*”), en vez de apresurarse a consumar esta venganza requerida “por el cielo y el infierno”¹⁷. En este contexto, nuestro protagonista no pone en duda la veracidad del mensaje del espectro de su padre; al contrario, la sola referencia por parte un espíritu pareciese bastarle para sentirse compelido –obligado– a actuar. *Contrario sensu*, las dilaciones –las cavilaciones, las reflexiones– que le aquejan, antes de significar prudencia, se leen como signos de debilidad¹⁸.

Sin embargo, dicho paradigma propiamente medieval parece mudar al final del monólogo, cuando Hamlet justifica ante sí mismo su plan de montar una obra que replique el asesinato de su padre. Acá, este duda no solo de las palabras del espíritu, sino del “espíritu” mismo –“*The spirit that I have seen / May be the devil*”¹⁹–, el que ahora puede ser un demonio que se esté tratando de aprovechar de él y de condenarlo. Por lo mismo, no basta ya una mera declaración espectral para justificar la venganza, sino que se requieren pruebas más sólidas, razones más poderosas –“*I'll have grounds / More relative than this*”, refiere Hamlet²⁰–, y a ello obedece la puesta en escena que montará. Sugerentemente, Hamlet llamará “*Mouse Trap*” a dicha obra.

En estos párrafos se puede observar cómo la validez de la “ética de la venganza” es puesta en suspenso por la emergencia de otro paradigma jurídico, uno de orden embrionarioamamente moderno, en donde la ofensa no es solo ya de un individuo a otro, sino que es una ofensa que se infringe también al Estado, al Soberano, y en donde el litigio –que en el derecho feudal funcionaba como una manera de probar la fuerza, el peso o la importancia

¹⁵ SHAKESPEARE (1998) p. 130.

¹⁶ “Hamlet no puede dejar de cumplir la orden de su padre de vengar su muerte, porque la ‘ética de la venganza’, la ‘moral de la honra’ que anima esa orden es también [todavía] la suya propia (...) [p]ero tampoco puede cumplir esa orden atroz, que lo haría igual a aquello que quiere destruir”. RINESI (2011) pp. 73 y 74. Énfasis original.

¹⁷ SHAKESPEARE (1998) pp. 59 y 60.

¹⁸ SHAKESPEARE (1998) pp. 59 y 60.

¹⁹ SHAKESPEARE (1998) p. 60.

²⁰ SHAKESPEARE (1998) p. 60.

de quien decía²¹— procura ahora, como ha explicado Foucault, establecer por “indagación” la verdad de lo ocurrido, esto es, si hubo crimen, cuál fue y quién lo cometió. Asimismo, en su afán por determinar la verdad, el poder “se dirige a los notables, personas que considera capaces de saber”²². Por ende, no es baladí que Hamlet, siguiendo su propia indagatoria, le haya solicitado a Horacio, aquel “*scholar*” de Wittenberg, que examinara cuidadosamente la reacción de Claudio ante la representación del asesinato de su padre, para así poder corroborar ambos qué fue lo que “vieron”²³. Y es que en esta nueva justicia, esta justicia “por-venir”, en este derecho por instaurarse aún, se lee como “criminal” una venganza ejecutada a partir de la sola referencia del daño por la víctima —y más todavía si esta es un espíritu—. Se requiere tener, como señalara el mismo Hamlet, razones más sólidas²⁴.

Lo dicho hasta acá no significa que Hamlet viva en una transición de un universo simbólico a otro, dentro de un perspectiva diacrónica; en absoluto. De lo que se trata en cambio, es que precisamente Hamlet vive, se debate sincrónicamente entre estos dos mundos: pertenece por igual al tiempo de la *Gesta Danorum* de Saxo Grammaticus —en la que se inspiró la obra— y a la del propio Shakespeare²⁵. Así, la lucha que vive el corazón de Hamlet se encarna en dos órdenes simbólicos del derecho: un sistema jurídico-moral, que remite inexorablemente al derecho germánico, en donde la ética de la venganza “tiene sentido”, y uno embrionarioamente vinculado a las nociones básicas del proceso moderno, en donde no basta la existencia de un daño, sino que se requiere de pruebas acerca de la culpabilidad del presunto autor. Ambos, se dijo, representan dos racionalidades, dos formas de comprender e interactuar con la “realidad”, que encuentran su legitimidad —y legalidad— autorreferencialmente y, por lo mismo, se hace imposible pensar en una resolución analítica al conflicto.

B. Tragedia de la acción

Junto a ello, o mejor dicho, a raíz de ello, se configura aquella segunda dimensión trágica que mencioné arriba, la “tragedia de la acción”. Esta se basa en que Hamlet no puede —como alguna vez sugirió Kafka respecto del futuro— “quedarse sentado en silencio”²⁶; sobre él pesa un imperativo, una promesa, un juramento de actuar, un círculo inconcluso que debe cerrar, aun cuando el mundo en el cual se gestó dicha orden empieza a difuminarse, a evanescerse, a volverse espectral; y es que, después de todo, sigue siendo “su” mundo, uno de sus mundos y, por tanto, debe actuar según los cánones del mismo. Esto está perfectamente

²¹ FOUCAULT (1973) p. 29.

²² FOUCAULT (1973) p. 36.

²³ Cfr. SHAKESPEARE (1998) pp. 70 y 71.

²⁴ Se puede comparar esta forma de demostrar la culpabilidad de Claudio, con la que el propio Claudio utiliza para demostrar su inocencia frente a Laertes —“*Make choice of whom your wisest Friends you will /And they shall hear and judge 'twixt you and me*”—, para tener una idea de cómo ambos procedimientos obedecen a lógicas jurídicas disímiles. Acá, el proceso —propriamente feudal—, no tenía por objeto descubrir la verdad de lo sucedido, sino dar cuenta del poder o la posición social de la parte acusada. Por lo mismo, las metáforas oculares —que inexorablemente remiten a aquel afán epistémico moderno— que acompañan las reflexiones indagatorias de Hamlet son reemplazadas por aquel “*hear and judge*”, escuchar y juzgar, que propone Claudio. Cfr. SHAKESPEARE (1998) p. 110.

²⁵ Cfr. YEPES (2009).

²⁶ MURRAY (2004) p. 162.

expresado en la famosa sentencia que profiere nuestro protagonista, luego del encuentro con el fantasma de su padre: “*The time is out of joint, O cursed spite / That ever I was born to set it right*”²⁷. “*The time*”, el tiempo, esta época, este mundo, está definitivamente “*out of joint*”, fuera de quicio, trastornado, en desorden, al revés, y es precisamente Hamlet quien no solo debe, sino que habría nacido para ello, “arreglar” dicha situación, “*to set it right*”, recomponer el orden, restablecer el derecho, “enderezar” aquello que está torcido.

Si nos situamos en el horizonte normativo desde el cual el espectro profiere su mandato, el restablecimiento del derecho que debe realizar Hamlet estaría dado por vengar la sangre, restituir el daño, reinstaurando así el equilibrio. Empero, se sabe, el tiempo no solo se encuentra “desencajado” por aquel crimen originario del padre, de tal forma que baste la venganza para “arreglarlo” –si fuera así, *Hamlet* no sería más que otra obra de venganza, cuando en realidad, como notó Schmitt, lo que ocurre acá es que la propia noción de venganza se vuelve un problema ético y dramático²⁸–. Se trata de una alteración más profunda: aquel mundo en donde la venganza implicaba derecho, no parece ya “ajustado” del todo. En una época en donde la venganza privada, la reparación del daño a la honra, a la familia, se lee diferente, o mejor, en donde la venganza deja de ser considerada “derecho”, es claro que el “restablecer el derecho” deja de ser una mera cuestión de aplicación mecánica y calculable. El cierre debe hacerse, pero se trata precisamente de eso: un cierre obligado, de una sutura a la que se está mandatado, “condenado” a realizar, pero que solo se puede realizar de manera imperfecta. Acá, la unidad del sistema no queda restituida por nada más trascendente que el cierre mismo.

De esta forma, quizás simplificando, aparece lo que se denomina “tragedia de la acción”: un sujeto obligado –condenado– a actuar en un mundo acerca del cual no sabe, ni puede saberlo todo –se trata, como señaló Rinesi, de un hiato entre conocimiento y acción²⁹–. Se debe vengar la sangre, aun cuando aquella venganza privada empieza a perder sentido, empieza a dejar de ser leída como “legal”. Los referentes ya no están claros, el mundo está “fuera de quicio” y, como Horacio notó en su oportunidad, nada bueno puede venir de que los muertos salgan de sus sepulcros y caminen por las calles³⁰. Pero, aun cuando se vea obstruido su entendimiento del mundo, de lo que es justo o injusto, debido o indebido, Hamlet debe actuar.

2. LA DIMENSIÓN “TRÁGICA” DEL DERECHO

Visto lo anterior, se puede comenzar a entender lo señalado en el comienzo de este apartado, en el sentido de que existiría un elemento “trágico” en el derecho, cuando el juez se encuentre ante dos derechos opuestos, los que representan cada uno un “universo normativo”, respecto de los cuales una reconstrucción racional del ordenamiento jurídico no proporciona una jerarquía determinada que resuelva la antinomia (tragedia de los valores)

²⁷ SHAKESPEARE (1998) p. 34.

²⁸ SCHMITT (2009) p. 21.

²⁹ RINESI (2011) p. 74.

³⁰ SHAKESPEARE (1998) p. 8.

y, a pesar de ello, el juez debe pronunciar una decisión final que haga prevalecer a uno de estos derechos por sobre el otro (tragedia de la acción).

Ahora bien, es claro que por la misma estructura del derecho, su comparación con estas dimensiones de la tragedia no es sencilla. Para analizar este tema, se puede recordar un interesante trabajo del profesor J.O. Cofré³¹, en el que se intentaba establecer una relación entre la tragedia griega y el juicio oral del sistema penal reformado. En este artículo, publicado en los inicios de la implementación de la reforma procesal penal en nuestro país, Cofré sugería la existencia de una “estrecha relación de simetría entre la estructura dialógica de la tragedia griega y el juicio oral tal como se presenta en un sistema acusatorio”³²; así –simplificando el argumento–, en el juicio oral, como en la tragedia ática, habría dos posiciones antagónicas (el fiscal y el acusado), en torno a los cuales se traba el conflicto (*litis*), el que será finalmente resuelto por una tercera fuerza imparcial (el Juez), que tendría una función similar a la desarrollada por el Coro en la tragedia.

No obstante lo original e intuitiva que es la propuesta del autor, me parece que, por centrarse en lo que denomina la “estructura dialógica” de ambos procesos, no logra captar en su análisis aquella dimensión esencial a la tragedia que tiene que ver con lo que arriba denominamos “tragedia de los valores”. Debe recordarse que, en la concepción clásica del derecho, la decisión supone –como exigencia de certeza jurídica demandada por el Estado de Derecho– no solo que se logre determinar la verdad acerca de los hechos que constituyen el caso, sino también que la norma que se aplica sea la adecuada y haya sido correctamente interpretada. Hay una tesis ontológica sobre la “presencia” de la norma correcta en el ordenamiento jurídico y una tesis epistemológica sobre la posibilidad del juez de conocer dicha norma. El conflicto trágico, en cambio, no se “distiende dialógicamente” en una resolución “prudente y sabia” de parte del Coro³³ –como señala Cofré– sino que, al contrario, como lo explica Steiner “[e]l personaje trágico es destruido por fuerzas que no pueden ser entendidas del todo ni derrotadas por la prudencia racional”³⁴. Por lo mismo, el que Cofré denomine a la tragedia griega como “drama”, viene a confirmar que no ve la diferencia esencial que existiría entre una esfera “dramática” y una “trágica”: “cuando las causas del desastre son temporales –explica Steiner–, cuando el conflicto puede ser resuelto por medios técnicos o sociales, entonces podemos contar con teatro dramático, pero no con la tragedia”³⁵.

Desde el punto de vista de las posiciones en disputa, entonces, lo que no puede perderse de vista al momento de intentar una comparación entre tragedia y derecho, es aquello que Hegel consideró como lo “originariamente trágico”, a saber, “el hecho de que en el seno de tal colisión [colisión entre potencias desatada por la acción humana], ambos aspectos de la oposición, tomados para sí, tienen legitimidad, mientras que por otra parte pueden llevar (...) a cumplimiento el verdadero contenido positivo de su fin y de su carácter

³¹ COFRÉ (2004) pp. 141-153.

³² COFRÉ (2004) p. 141.

³³ COFRÉ (2004) p. 145.

³⁴ STEINER (2011) p. 22.

³⁵ STEINER (2011) pp. 22-23.

solo como negación y violación de la otra potencia, igualmente legítima”³⁶. Piénsese, por ejemplo, en *Antígona* de Sofocles. En dicha obra, las leyes del Estado invocadas por Creonte estarían tan justificadas como las leyes divinas invocadas por Antígona³⁷, ambas “sirven a sendas dimensiones espirituales respetables, pero bajo un ángulo estrecho que los vuelve incompatibles y provoca la muerte de los protagonistas”³⁸, como notaba Ricoeur. Esto significa que, en el derecho, los “casos trágicos” tienen que ver precisamente con casos en donde el conflicto no tiene una solución racional posible –por ejemplo, porque se trata de dos principios incomparables–, o en los que el conflicto podría ser resuelto eligiendo uno de los principios, pero esta elección implicaría indefectiblemente el “sacrificio” del otro³⁹.

Teniendo en cuenta lo anterior, a continuación –en lo que toca a la dimensión de la “tragedia de los valores”– trabajaré bajo una noción de caso trágico constituido por una doble faz. Por un lado, esta noción supone –desde la perspectiva del juez– algún grado de indeterminación del derecho, que hace que la resolución judicial se presente más como una decisión entre alternativas de igual jerarquía, que como una solución analítica del problema –cuestión que ocurriría por ejemplo, desde la óptica del neoconstitucionalismo, en los casos de antinomia entre principios constitucionales–. Por otro lado, se trata de casos cuya resolución no podrá hacerse sin el “sacrificio” de uno de los principios o alternativas en conflicto⁴⁰. Aun cuando ambas ideas remiten a la imposibilidad de dar respuestas correctas a ciertos casos⁴¹, me parece útil diferenciarlas para enfatizar que la “tragedia” en el mundo jurídico, no se comprende solo desde una perspectiva normativa, sino que debe involucrar también la visión antropológico jurídica respecto de la importancia de los bienes jurídicos en disputa; concretamente, como se vio en *Hamlet*, se trata de entender las normas en oposición como fundamento y manifestación de tradiciones normativas disímiles e igualmente legítimas, que proporcionan marcos de sentido a los miembros de una comunidad determinada. A su vez, esto significa que para entender que estamos ante un caso trágico, no es necesario que, normativamente, la controversia se presente como objetivamente irresoluble, sino que aun cuando a partir de un proceso de ponderación o balance se pueda argumentar

³⁶ HEGEL (1985) p. 857.

³⁷ LARIGUET (2004) p. 324.

³⁸ RICOEUR (1997) pp. 216-217.

³⁹ LARIGUET (2004) pp. 318-319.

⁴⁰ Acá, la noción de “sacrificio” remite al hecho de que la elección por uno de los valores o principios ha dejado algo valioso en el camino: el otro principio o valor dejado de lado. Cfr. LARIGUET (2004) p. 322. En otro texto, refiriéndose a los dilemas morales trágicos, Lariguet subraya el hecho de que no solo se trata de una fuerte tensión entre alternativas normativas que determinan en forma incompatible lo que debe o no hacerse, sino que también involucra el tener que elegir entre males inevitables: “Cuando se pone la lente en el *mal inevitable* al que el agente se enfrenta al tener que escoger por fuerza entre estas alternativas, al que presuntamente no puede escapar, cuando esa lente puede además captar la *intensidad* de ese mal vinculado a la alternativa *sacrificada* y a las consecuencias *lamentables* que se siguen de dejarla a un lado y, en general, cuando el agente reporta un estado *emocional* (pena, angustia, dolor, culpa, etc.) por haber estado forzado a elegir entre males inescapables, los dilemas se catalogan *trágicos*”. LARIGUET (2009). Énfasis original.

⁴¹ “(...) ¿qué tipo de línea divide la idea de que no hay respuesta racional posible de la idea de que hay respuesta con sacrificio? La línea o bien es tenue o es inexistente desde que podría pensarse que ambas alternativas son descripciones diferentes del mismo problema: la imposibilidad de dar respuestas correctas a ciertos casos”. LARIGUET (2004) p. 323.

que alguno de los derechos en conflictos puede ser “derrotado”⁴², dicha resolución no elimina la noción de “sacrificio” del otro derecho.

Por su parte, el juez se sitúa frente a estos casos sin poder determinar con claridad *–non liquet–* el derecho aplicable, pero teniendo no obstante el deber “inexcusable” de resolver los conflictos; debe notarse, eso sí, que la inexcusabilidad del pronunciamiento del juez ante los casos trágicos no es “por falta de ley”, como señala el artículo 76 de la Constitución y el artículo 10 del Código Orgánico de Tribunales, sino más bien se realiza en situaciones en donde existe “exceso” de ley, “demasiado” derecho: “ante el exuberante florecimiento de un centenar de tradiciones legales, su tarea –señalaba Cover respecto de la labor judicial– es la de reafirmar que **solo una** es derecho y destruir o tratar de destruir el resto”⁴³. Pero, aún más, en situaciones como las que se está analizando en este artículo, en donde se confrontan una tradición legal occidental y una indígena, la violencia trágica vinculada a la decisión judicial se intensifica si se tiene en cuenta el que este juicio no se pronuncia desde un lugar “neutro”, “imparcial”, sino, al contrario, precisamente desde una de las tradiciones legales en disputa, la cual ha ejercido una posición hegemónica sobre la otra desde hace varios siglos. Así, dicho deber de juzgar (y ciertamente de destruir), constituye la “tragedia de la acción”, a la que –sostengo– se ve “sujeto” el juez en los conflictos multiculturales.

III. ACUERDOS REPARATORIOS, VIF Y DERECHO PROPIO INDÍGENA

Visto lo anterior, se puede ya conceptualizar que la comprensión “trágica” de los conflictos multiculturales, supone que en estos existe tanto un grado de “indeterminación” del derecho, como el que su resolución implique inexorablemente el “sacrificio” de uno de los principios o alternativas en conflicto, y que no obstante estas circunstancias, el juez esté compelido a pronunciarse por una de ellas. Tales características, estimo, se reproducen en aquellos casos de violencia doméstica entre mapuche descritos en la introducción, como pasará a explicar a continuación.

1. CASOS TRÁGICOS: INDETERMINACIÓN Y SACRIFICIO

A. Indeterminación del derecho

Sea que acepten o rechacen los acuerdos reparatorios en materia de VIF, los tribunales de la Región de La Araucanía indistintamente realizan una reconstrucción del ordenamiento jurídico que establece relaciones claras de prioridad entre los derechos en disputa. El hecho que estas reconstrucciones –en su mayoría– se den fuera de un marco exegético⁴⁴, no hace sino mostrar la confianza que se tiene en que el ordenamiento consti-

⁴² Para la utilización del concepto de “derrotabilidad” (*defeasibility*) para comprender la aplicación del derecho propio indígena, véase CARMONA CALDERA (2013).

⁴³ COVER (2002) p. 88. Énfasis original.

⁴⁴ La excepción se encuentra en un Voto de Minoría de los Ministros Rodríguez y Ballesteros, en un fallo de la Corte Suprema que rechaza el Recurso de Queja interpuesto por la Fiscalía en contra de una sentencia que aceptaba la procedencia de “acuerdos reparatorios”. *Ministerio público local con Ministro Meza y otros* (2012). Voto de minoría.

tuiría un sistema “donde siempre es posible integrar una respuesta a cada cuestión concreta puesta en conocimiento de los tribunales, y que aunque no haya norma expresa, es posible construir una solución conforme a derecho, teniendo presente el contenido valórico o racional implícito que fluye del sistema normativo, y en su defecto, desde los contenidos constitucionales”⁴⁵. En esta comprensión del derecho, es claro, no hay lugar para la tragedia. En efecto, si solo hay tragedia mientras el sujeto no sepa todo, ni crea saberlo todo sobre el mundo en que debe vivir y actuar⁴⁶, entonces, con el advenimiento de una interpretación como la arriba descrita, se regenera aquel nexo entre conocimiento y acción, de manera que la colisión de derechos es simplemente “aparente”⁴⁷.

No obstante, a pesar de este afán integrador, una sucinta revisión de los casos en comento da cuenta cómo estas narraciones de coherencia, de unidad, en fin, de jerarquía, no son internamente consistentes y, al contrario, lo que una reconstrucción racional del ordenamiento devuelve al intérprete, es una antinomia entre principios constitucionales de igual jerarquía.

a. Aceptación de acuerdos reparatorios

Tal como se describió *supra*, la controversia jurídica de estas sentencias se sitúa en la aceptación que hacen diversos juzgados de garantía de la Región de La Araucanía y la Corte de Apelaciones de Temuco, en casos de violencia doméstica, de acuerdos reparatorios alcanzados entre personas pertenecientes al pueblo mapuche, a pesar de que este tipo de acuerdos se encuentran prohibidos por el artículo 19 de la Ley 20.066; para ello, los tribunales han invocado los artículos 9 y 10 del Convenio 169 de la OIT⁴⁸.

El razonamiento que se utiliza es relativamente sencillo. Se comienza por reconocer, como hecho público y notorio, “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”⁴⁹. De esta forma, el acuerdo reparatorio vendría a representar una forma de solución de controversias ajustada al derecho mapuche, lo que haría que cayese dentro de la esfera de protección del Convenio 169, en tanto este –señalan los tribunales– “obliga a respetar las formas de resolver los conflictos entre personas indígenas de acuerdo a sus costumbres”. Luego, considerando que dicho instrumento internacional “es una norma

⁴⁵ MARTÍNEZ (2012) pp. 129-130. Martínez identifica dicha comprensión del ordenamiento jurídico utilizando la expresión de Zagrebelsky, “derecho dúctil”. Sin embargo, lo que entiende Martínez por “derecho dúctil” se aleja ostensiblemente de la idea sostenida por Zagrebelsky. Al contrario, se acercaría a lo que Hart denominaba “the Noble Dream” de la “American jurisprudence”: la creencia de que aun cuando, por sí mismo, un precepto legal no proporcione una guía determinada para resolver el conflicto, “in the whole system of which the given provision is a member there may be, either expressed or latent, principles which, if consistently applied, would yield a determinate result”. HART (1983) p. 134.

⁴⁶ Como le señala Hamlet a Horacio, “There are more things in heaven and earth, Horatio / Than are dreamt of in your philosophy”. SHAKESPEARE (1998) p. 34.

⁴⁷ Así, por ejemplo, PALMA y SANDRINI (2014) pp. 160 y 161.

⁴⁸ Ministerio público con Huenchullán (2012a). Considerando 3º.

⁴⁹ Ministerio público con Huenchullán (2012a). Considerando 4º.

de rango superior que debe aplicarse por sobre la referida ley [20.066]”, es que los tribunales estiman que deben aceptar los acuerdos reparatorios propuestos⁵⁰.

La argumentación, en todo caso, no se agota en la idea anterior. Junto con sostener la mayor jerarquía del Convenio por sobre la Ley VIF, los tribunales procuran establecer una correspondencia entre la decisión adoptada y los fines perseguidos tanto por el Convenio como por la Constitución –esto es una muestra de aquella confianza en que existe un “contenido valórico o racional implícito que fluye del sistema normativo, y en su defecto, desde los contenidos constitucionales”⁵¹, según se vio arriba–, específicamente en lo que se refiere al fortalecimiento de la familia: “Actuar de otra manera, impidiendo el término del conflicto de la forma que se ha producido, implicaría desintegrar lazos familiares que han podido recomponerse mediante una solución que les parece justa, lo que estaría en contradicción con el Convenio ya referido que obliga a fortalecer la integración de los pueblos, más aún cuando de esta manera se contribuye a cumplir con el interés superior de fortalecer lazos familiares de acuerdo a lo que establece la Constitución Política de la República”⁵².

Aun cuando existen falencias claras en algunos de los elementos de juicio de estas sentencias –particularmente, la falta de prueba respecto de la costumbre indígena de resolución de conflictos–, hay dos puntos que vale la pena destacar. De partida, no es menor el reconocimiento que hacen del carácter de tratado de derechos humanos del Convenio 169 de la OIT –cuestión que en su momento fuera rechazada por una parte de la doctrina⁵³ y que en la actualidad, en cambio, ya ha sido ratificada por el Tribunal Constitucional⁵⁴–, al citar al artículo 5 inciso 2º de la Constitución como una de las normas que se tiene a la vista para resolver estos casos. Así, el Convenio se incorpora al llamado “Bloque de Constitucionalidad”⁵⁵, lo que permite –como lo hacen los tribunales en estos casos– realizar un “control de convencionalidad”⁵⁶ entre la norma internacional y la doméstica (Ley 20.066), haciendo prevalecer aquella sobre esta.

Por otra parte, al fundar sus conclusiones en el artículo 9.1 del Convenio 169 –que específicamente refiere la obligación de respetar “los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros”–, los fallos en comento se alejan de la interpretación neutralizadora que hiciera sobre esta norma el Tribunal Constitucional, al momento de efectuar el primer control preventivo sobre el Convenio, el año 2000. En dicho pronunciamiento, el Tribunal, considerando por un lado que el propio artículo 9.1 circunscribe la obligación antes mencionada a que los sistemas de resolución de conflictos de los pueblos indígenas sean “compatibles con el

⁵⁰ *Curibuentro con Huaracán* (2012). Considerando 3º. En términos generales, la mayoría de las sentencias de la Corte de Apelaciones de Temuco que acepta los acuerdos reparatorios reproduce este razonamiento. Cfr. DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA (2013) pp. 2-7. Agradezco a Rodrigo Lillo por su ayuda en la recopilación jurisprudencial.

⁵¹ MARTÍNEZ (2012) pp. 129-130.

⁵² *Curibuentro con Huaracán* (2012). Considerando 3º.

⁵³ Véase por ejemplo, CORREA (2002).

⁵⁴ Ver Tribunal Constitucional chileno, sentencia recaída en la causa rol 2387 - (2388)-12-CPT (acumuladas), de 23 de enero de 2013, considerando 22º.

⁵⁵ Sobre el concepto de “Bloque de Constitucionalidad” y su aplicación Chile, puede verse NASH (2011) pp. 43 y ss.

⁵⁶ Ver AGUILAR CAVALLO (2012) pp. 727 y 728.

sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos” y, por otro, que en su opinión dichos sistemas son “absoluta y nítidamente incompatibles con el sistema procesal nacional”, concluyó que esta era una norma de carácter “no autoejecutable”⁵⁷.

Contrario a esto, los tribunales de La Araucanía han estimado que es posible cumplir con el mandato del Convenio 169 a través de las salidas alternativas que contempla el propio Código Procesal Penal, por cuanto –como lo han relevado diversos autores– estos mecanismos permiten armonizar o “compatibilizar” ambos cuerpos normativos⁵⁸.

No obstante la relevancia de los puntos anteriores, los fallos siguen adoleciendo de un problema técnico importante: el mismo ejercicio de “ascenso justificatorio” –el concepto, se sabe, es de Dworkin⁵⁹– que se hace con el Convenio 169 de la OIT, se puede hacer perfectamente con el artículo 19 de la Ley 20.066. Después de todo, este último artículo tiene su fundamento en el hecho de que, en un contexto de violencia doméstica, la víctima no está en condiciones de igualdad como para consentir en este acuerdo; con esto, el mencionado artículo 19 vendría a ser expresión de lo señalado por el derecho internacional de los DDHH, acerca de la necesidad de que los actos de violencia contra las mujeres sean objeto de sanciones y no se permitan conciliaciones entre agresores y víctimas⁶⁰.

De esta forma, en un ejercicio similar al que los tribunales hicieron respecto del Convenio 169 –y que, en mayor o menor grado, es el que realizan las decisiones o votos de minoría que rechazan la procedencia de los acuerdos reparatorios–, se podría haber vinculado al artículo 19 de la Ley VIF con el artículo 7 de la Convención Interamericana de Belem do Pará –instrumento internacional de derechos humanos también amparado por el artículo 5 inc. 2º de la CPR, y que en el mencionado artículo obliga a adoptar todas las medidas necesarias para sancionar la violencia contra las mujeres y permitir el acceso a la justicia de estas–, y/o con los artículos 19 N° 1 –integridad física y síquica– y N° 3 –igual protección de la ley– de la Constitución, en tanto derechos fundamentales contenidos en el sistema jurídico nacional. Esto significa que la resolución del conflicto jurídico invocando la “mayor jerarquía” del Convenio, no es correcta, al omitir el hecho que, finalmente, en la controversia se ven involucrados derechos fundamentales de igual jerarquía.

b. Rechazo de acuerdos reparatorios

Aun cuando, dentro del período examinado, la mayoría de los tribunales se pronunciaron a favor de los acuerdos reparatorios, también en una oportunidad la Corte de

⁵⁷ Tribunal Constitucional chileno, sentencia recaída en la causa rol 309-00, de 4 de agosto de 2000, considerando 52º y 53º.

⁵⁸ COUSO (2013) p. 205. En el mismo sentido, véase VILLEGAS (2014) p. 238. Contra este argumento se podría mencionar que una salida alternativa es, en realidad, una forma alternativa de resolución de conflictos y no propiamente un método para la represión de los delitos, por lo que no sería aplicable el artículo 9.1. Véase DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA (2012) p. 15.

⁵⁹ Ver DWORKIN (1997).

⁶⁰ INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (2012) p. 15. Cfr. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH) (2007) párr. 161.

Apelaciones de Temuco rechazó dichos acuerdos⁶¹, utilizando una argumentación que ya había sido esbozada en un voto de minoría anterior⁶². Aquella decisión judicial se basó en la ya referida cláusula de salvaguarda del artículo 9.1 del Convenio, *i.e.*, que el respeto de los métodos tradicionales para la represión de los delitos procederá “[e]n la medida en que (...) sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos”. En función de lo anterior, se hacen prevalecer los derechos fundamentales de las mujeres –vinculándose tanto a las garantías constitucionales del artículo 19 números 1 y 3, como a la Convención Belem do Pará–, por sobre el derecho propio indígena⁶³. En este sentido, la Corte de Apelaciones ha manifestado “[q]ue el respeto a las costumbres de los pueblos indígenas no puede pasar aquel límite que significa el respeto a la mujer, cualquiera sea su etnia”⁶⁴ y, por ende, ha denegado la procedencia a los acuerdos reparatorios presentados por las partes.

Un tema interesante que se evidencia en estos casos, es que para cierta dogmática de los derechos humanos, aun cuando no existiese la salvaguarda del artículo 9.1, de igual forma debiesen seguir primando –siempre y en todos los casos– los derechos de las mujeres a que se investigue y sancione la violencia en su contra por sobre los derechos de las comunidades a mantener y aplicar su derecho propio. Así lo sugiere al menos el *Amicus* del INDH, señalando la mentada prevalencia de “la aplicación de normativas vinculadas al goce de una vida libre de violencia por parte de las mujeres” por sobre “la aplicación de formas propias de la etnia para la resolución de conflictos penales”, por la simple razón que las primeras “están estrechamente relacionados con el núcleo más duro de la dignidad humana”⁶⁵.

De esta forma, se repite el razonamiento de los fallos que aceptan los acuerdos reparatorios: la antinomia entre los derechos en conflicto es “aparente”, pues una reconstrucción correcta del ordenamiento jurídico da cuenta de una jerarquía determinada de uno sobre otro; en otras palabras, uno de ellos estaría “estrechamente relacionado” con el núcleo “más duro” de la dignidad humana. Sin embargo, de igual forma que en el caso anterior, este argumento no parece sostenible dentro de la lógica actual del ordenamiento jurídico. Ello, al menos, por dos razones.

En primer lugar, por la errónea lectura del supuesto de hecho del artículo 9.1 en el que incurren los jueces, al insistir que su enunciado establece como “límites” lo dispuesto por el sistema jurídico nacional y los derechos humanos⁶⁶. Esta equivocación conceptual es importante, pues es la que sustenta conclusiones del tenor revisado arriba –*viz.*, que “el respeto de las costumbres de los pueblos indígenas no puede pasar aquel límite que significa el respeto a la mujer”–. Sin embargo, el enunciado normativo en ninguna parte habla

⁶¹ *Contreras con Cheque* (2013).

⁶² *Ministerio público con Marileo* (2012). Voto de minoría del Ministro Sr. Alejandro Vera Quilodrán.

⁶³ *Contreras con Cheque* (2013) Considerando 6º.

⁶⁴ *Contreras con Cheque* (2013) Considerando 7º.

⁶⁵ INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (2012) p. 21.

⁶⁶ “2.6 Que en el caso de autos el artículo 9 de Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales en los países independientes, establece un límite para las represión de los delitos cometidos por su miembros y ese límite es “el ordenamiento jurídico nacional”. *Ministerio público con Marileo* (2012). Voto de minoría del Ministro Sr. Alejandro Vera Quilodrán.

de “límites”, ni utiliza los términos perentorios de otras normas de reconocimiento del pluralismo jurídico, como “siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona” (artículo 149, Constitución Política del Perú) o “siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República” (artículo 246, Constitución Política de Colombia); al contrario, al usar la fórmula “[e]n la medida que ello sea compatible con (...)”, condiciona el respeto de las formas tradicionales indígenas de represión de delitos a un análisis sobre si estas son o no “compatibles” con los órdenes normativos citados, y no, como hacen las decisiones en comento, a la constatación trivial de que en los referidos órdenes existen disposiciones contrarias a los acuerdos reparatorios en materia de VIF.

Asimismo, se puede constatar que la argumentación de estas decisiones yerra al momento de identificar qué textos normativos componen “el sistema jurídico nacional” y “los derechos humanos internacionalmente reconocidos”: solo enumeran disposiciones que remiten a los derechos individuales de las mujeres –artículo 19 de la Ley 20.066, artículos 19 N° 1 y 19 N° 3 de la Constitución Política de la República, Convención Belem do Pará–, pero omiten el que tanto a nivel nacional como internacional existen sendos instrumentos que reconocen y protegen derechos de los pueblos indígenas, como el derecho a la integridad cultural –*v. gr.*, artículos 2 a) y 5 b) del Convenio– y el derecho a la libre determinación –artículo 3, Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas (DDPI)–, los que son normas de relevancia para la resolución controversias analizadas. En el mismo sentido, parecen ignorar que diversos órganos de tratados internacionales de derechos humanos –todos ratificados por Chile y que se encuentran vigentes– tanto del sistema de Naciones Unidas⁶⁷ como del Sistema Interamericano de Derechos Humanos⁶⁸, han entendido que los pueblos indígenas son “titulares de derechos fundamentales de carácter colectivo”⁶⁹. Esto supone, entonces, que el examen de compatibilidad que manda el artículo 9.1, inevitablemente debe considerar las disposiciones referentes a ambos sujetos de derechos fundamentales y la correcta ponderación entre ellas, cuestión que los fallos en comento no hacen.

En suma, sea que se trate de aquellas decisiones que aceptan los acuerdos reparatorios o de aquellas que los rechazan, las argumentaciones son inconsistentes incluso desde su propia lógica interna y, en realidad, el resultado de una reconstrucción adecuada del ordenamiento jurídico, lleva a concluir que, en estos conflictos multiculturales al menos, estarían involucrados derechos entre los cuales no hay una jerarquía determinada *ex-ante*, generándose por tanto un grado de indeterminación respecto del derecho que debe ser aplicado.

⁶⁷ *V.gr.*, tanto el Comité de Derechos Humanos como el Comité DESC, han sostenido que los pueblos indígenas son titulares al derecho colectivo a la autodeterminación, contemplado en el artículo 1 tanto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como en el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Cfr.* QUANE (2012) pp. 61 y ss.

⁶⁸ “(...) la normativa internacional relativa a pueblos y comunidades indígenas o tribales reconoce derechos a los pueblos como sujetos colectivos del Derecho Internacional y no únicamente a sus miembros. Puesto que los pueblos y comunidades indígenas o tribales, cohesionados por sus particulares formas de vida e identidad, ejercen algunos derechos reconocidos por la Convención desde una dimensión colectiva, la Corte señala que las consideraciones de derecho expresadas o vertidas en la presente Sentencia deben entenderse desde dicha perspectiva colectiva”. *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador* (2012).

⁶⁹ *Cfr.* FAUNDES (2013) pp. 571-579.

B. Conflictos multiculturales: universos normativos y sacrificio

En un estudio reciente del Centro de Derechos Humanos (CDH) de la Universidad de Chile sobre el tópico en análisis, se mencionaba que las soluciones de los tribunales construidas jerárquicamente sobre alternativas excluyentes parecían no ser las adecuadas. Esta conclusión, como ya se ha visto, es correcta. Empero, al momento de proponer un enfoque alternativo, el estudio sugiere que este estaría dado por buscar una fórmula que valorase aquellos elementos “constitutivos de la esencia de la titular de derechos: ser mujer y ser indígena”⁷⁰. En este sentido, agrega, el intérprete debiese hacerse cargo de que “estamos ante una situación compleja que requiere una respuesta que considere al titular del derecho como un todo: mujer e indígena”⁷¹.

Esta interpretación, me parece, es parcial, por cuanto impide ver que la controversia no se suscita entre dos derechos fundamentales individuales –*v. gr.*, el derecho a la no discriminación (artículo 2, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (“PIDCP”)) y el derecho a profesar y practicar su vida cultural (artículo 27, PIDCP)– predicables de un mismo sujeto, sino en cambio, de derechos fundamentales de dos sujetos distintos, uno individual y otro colectivo⁷². Debe recordarse que el titular de los derechos contemplados en los artículo 8 y 9 del Convenio 169, no es el miembro de un pueblo indígena determinado, sino el pueblo en cuanto tal. Es este quien tiene el derecho a que se tome debidamente en consideración su derecho consuetudinario (8.1), a conservar sus costumbres e instituciones propias (8.2) y a que se le respete sus métodos tradicionales para la represión de delitos (9.1). De igual forma, el bien jurídico protegido posee inexorablemente un carácter colectivo, que se relaciona asimismo con el derecho de autodeterminación (artículo 3, DDPI) y el derecho a que se les reconozca, respete y proteja sus valores y prácticas culturales (artículo 5 a) y b), Convenio 169), entre otros. Esta distinción es importante, porque proporciona una imagen nítida de aquel elemento que constituye el “excedente” de estos “conflictos multiculturales” respecto de otros “casos difíciles” o “críticos”; en otras palabras, se trata de aquella dimensión antropológica jurídica que posibilita que tenga sentido hablar acá de “sacrificio”. Este “excedente” viene dado por la presencia y disputa de dos *nomos* o “universos normativos”⁷³.

Tal como lo explicara Cover, habitamos en un *nomos*, en un universo normativo; creamos y mantenemos constantemente un mundo dividido entre el bien y el mal, lo legal y lo ilegal, lo válido y lo inválido, que sitúa y da significado a las diversas instituciones formales del derecho, a los preceptos legales e incluso, a los principios de justicia⁷⁴. De esta forma, entendido en el conjunto de narrativas que le dan sentido, “el derecho deja de ser

⁷⁰ NASH *et al.* (2013) p. 40.

⁷¹ NASH *et al.* (2013) p. 40.

⁷² Es importante reconocer en este punto, que el voto disidente del Ministro Vera Quilodrán comienza su razonamiento reconociendo esta circunstancia: “Que en caso de pugna de un derecho de autodeterminación de un pueblo versus el derecho a la integridad física debe interpretarse de manera que ambos maximicen su vigencia”. *Ministerio público con Marileo* (2012). Voto de minoría del Ministro Sr. Alejandro Vera Quilodrán. Ahora bien, como se explicó en el apartado anterior, luego de dicha declaración, se insiste en la lectura errada del artículo 9.1 y la reconstrucción parcial del “sistema jurídico nacional” y “los derechos humanos internacionalmente reconocidos”.

⁷³ *Cfr.* COVER (2002) p. 16.

⁷⁴ COVER (2002) pp. 15-18.

un mero sentido de reglas a ser observadas y se transforma en el mundo en que vivimos”⁷⁵. Cada “universo normativo” proporciona criterios –de “sentido” y de “valor”– que hacen que, por ejemplo, la decisión judicial de aceptar acuerdos reparatorios en materia de VIF sea comprendida alternativamente como acción que deja en la impunidad del agresor y en la indefensión a la mujer, vulnerando así derechos cercanos al “núcleo más duro de la dignidad humana”, o como un reconocimiento del derecho propio de un pueblo para resolver los problemas entre sus miembros y, consecuentemente, como la posibilidad de seguir “existiendo” como pueblo diferenciado⁷⁶ –no por nada Alain Supiot relacionaba la “función antropológica de las leyes” con la existencia política de una comunidad, en el sentido de que estas garantizaban a cada nueva generación algo “ya dado”⁷⁷, un mundo común preexistente que trasciende la vida individual de cada generación⁷⁸–.

Estos universos normativos en oposición, han sido reconocidos, o mejor, han sido afirmados autoritativamente por el ordenamiento jurídico internacional como “iguales”, estableciéndose –como señala el Preámbulo de DDPI– un “derecho de todos los pueblos a ser diferentes” y a ser respetados como tales, declarándose que cualquier doctrina que afirme o propugne la superioridad de un pueblo determinado sobre otro por razones culturales, no es solo “jurídicamente inválida” sino además “científicamente falsa” –no es baladí, en este orden de ideas, que el artículo 15.1 de este mismo cuerpo normativo, sostenga que “los pueblos indígenas tienen derecho a la dignidad y diversidad de sus culturas, tradiciones, historias y aspiraciones”–. Bajo tales supuestos, es claro que la pérdida de los principios que sustentan dichos mundos normativos, suponen, de alguna forma u otra, la pérdida de algo valioso, un “sacrificio”, y ello no solo para las personas que habitan regularmente dicho *nomos*, sino también para el sujeto que toma dicha decisión –después de todo, es el propio sistema jurídico nacional el que mandata al juez a reconocer, respetar y proteger tanto los derechos de las mujeres como de los pueblos indígenas–.

Pero, más aún, estos “universos normativos” en pugna, en los casos de marras representan a dos grupos “desaventajados” o “vulnerables”, partes de aquella “exterioridad” negada y excluida de las grandes narraciones de la modernidad, que han sido constantemente “sacrificadas”. Ya Seyla Benhabib notaba que las mujeres y sus cuerpos siempre han sido el lugar simbólico-cultural sobre el cual las sociedades humanas inscriben sus ordenamientos

⁷⁵ COVER (2002) p. 16.

⁷⁶ “La cultura de las comunidades indígenas, en efecto, corresponde a una forma de vida que se condensa en un particular modo de ser y de actuar en el mundo, constituido a partir de valores, creencias, actitudes y conocimientos, que de ser cancelado o suprimido (...) induce a la desestabilización y a su eventual extinción. La prohibición de toda forma de desaparición forzada (CP artículo 12) también se predica de las comunidades indígenas, quienes tienen un derecho fundamental a su integridad étnica, cultural y social”. *Organización Indígena de Antioquia (O.I.A.) contra Corporación Nacional de Desarrollo del Choco y otro* (1993). En igual sentido, recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos agregó en *Saramaka vs. Surinam*, a manera de *obiter dictum*, un requisito adicional al ya conocido “test de proporcionalidad”, cuando se tratase de restricción de los derechos de los pueblos indígenas, a saber, que el Estado tiene el deber examinar si la restricción implica una “denegación de las tradiciones y costumbres de un modo que ponga en peligro la propia subsistencia del grupo y de sus integrantes”. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam* (2007). Énfasis agregado.

⁷⁷ SUPIOT (2007) pp. 104-105.

⁷⁸ SUPIOT (2007) p. 105.

o códigos morales⁷⁹. Por otro lado, las culturas indígenas han servido típicamente como víctimas sacrificiales, como verdaderos “holocaustos al progreso”⁸⁰ de los estados-nación latinoamericanos, por lo que tiene razón Fornet-Betancourt cuando afirma que el “reconocimiento” es una “lucha entre sujetos (pueblos e individuos) por el derecho (y el ejercicio real del mismo) a tener un mundo propio”⁸¹. Con mayor intensidad, entonces, la elección entre uno de estos mundos nos remite indefectiblemente a la noción de sacrificio⁸².

Se configura así, de manera similar a lo visto en *Hamlet*, no solo una pugna entre principios jurídicos sino una oposición entre dos órdenes normativos, dos formas de hacer y entender las cosas, las relaciones de género, la resolución de conflictos, la constitución de la comunidad y de la familia, etc. Dos potencias, dos sistemas (morales, culturales, normativos) diferentes y antagónicos, aunque normativamente equivalentes e igualmente legítimos, que han sido sacrificados antes y que dotan de significado la vida de los miembros pertenecientes a las comunidades respectivas. No obstante, solo uno de ellos puede prevalecer en el caso concreto, con la consecuente pérdida (sacrificio) del otro. Tragedia de los valores, sobre la cual el juez deberá, inexcusablemente, actuar.

2. ¿DECIR EL DERECHO?

La respuesta definitiva por parte de un órgano jurisdiccional es una condición necesaria para cualquier sistema jurídico que funcione correctamente. Por lo mismo, el juez debiese situarse ante estos dos *nomos* opuestos, teniendo que decidir, “decir”, cuál de estas alternativas “es” derecho y justificar su decisión; es una demanda no lógica, sino institucional⁸³, mediada por restricciones temporales y marcos formales que hacen que la decisión sea, finalmente, inevitable.

Empero, el que sea inevitable no la hace menos compleja. En términos epistemológicos, producto de esta simetría legal y cultural entre derechos opuestos, el juez no se puede situar frente al ordenamiento jurídico como un sujeto cognoscente frente a su objeto de estudio, sino que su situación se asemeja más bien a la del campesino del cuento “Ante la ley” de Kafka, quien muere postrado ante la puerta de ley sin jamás poder acceder a ella, sabiendo que, no obstante, esta estaba destinada exclusivamente para él.

Junto a ello, si bien legalmente el juez se encuentra obligado a considerar estos dos universos normativos, no se puede olvidar que al mismo tiempo se encuentra “implicado” y “complicado” en aquello que explica⁸⁴: sus “marcos de significado” se enraízan precisamente en una de las tradiciones legales en disputa y la decisión final respecto de la vigencia

⁷⁹ BENHABIB (2002) pp. 83-84.

⁸⁰ Ver VAN KESSEL (2003) p. 309.

⁸¹ FORNET-BETANCOURT (2011) p. 37.

⁸² En cualquier caso, no se trata de pensar de manera esencialista a las diversas culturas, sino simplemente de reconocer que, por más “híbridas” o “dinámicas” que estas sean, no dejan de proporcionar marcos de sentido a sus miembros. Sobre esta “porosidad” de las culturas, además de la ya citada obra de Seyla Benhabib, puede consultarse HOEKEMA (2008) pp. 4-5. Para una certa crítica al “esencialista antiesencialismo” profesado por estos autores, véase KOMPRIDIS (2005) pp. 318-343.

⁸³ LARIGUET (2005) p. 70.

⁸⁴ GIANNINI (2004) p. 17.

y operatividad del derecho propio indígena, se pronuncia desde un lugar que representa la hegemonía de una cultura sobre otra⁸⁵. En otras palabras, los tribunales continúan siendo –como reconociera el Juez Marshall de la Corte Suprema de Estados Unidos, en *Johnson v. M'Intosh*– “las cortes de los conquistadores”⁸⁶: responden a la estructura institucional del Estado y sus jueces son educados dentro de un canon jurídico valorativo propio de la tradición liberal. Pero, no obstante esta “parcialidad” manifiesta, deben intentar una resolución adecuada –que haga “justicia” a la importancia de los bienes jurídicos en disputa– del conflicto multicultural.

La decisión judicial debe procurar un cierre a la cuestión debatida, aun cuando el ordenamiento se encuentre “des-ordenado”, “*out of joint*”; por ende, esta clausura será más autoritativa que racional (aunque no por ello menos razonable); una sutura a la que el juez está obligado, “condenado”, pero cuyo resultado es siempre imperfecto; como diría Derrida, es una decisión en la que “lo indecidible” queda prendido “fantasmalmente” de ella, en una fantasmaticidad que “deconstruye desde el interior toda seguridad de presencia, toda certeza o toda pretendida criteriología que nos asegure la justicia de una decisión”⁸⁷. De esta forma, se dijo, la unidad del sistema no queda restituida por nada más trascendente ni originario ni racional, que el cierre mismo. Esta es la “tragedia de la acción” y, en suma, lo “trágico” en los conflictos multiculturales.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN: LO “TRÁGICO” Y LA POSIBILIDAD DE JUSTICIA

La comprensión trágica de los casos y de la decisión judicial cuyos contornos esenciales he esbozado en el presente artículo, es una propuesta hermenéutica que intenta hacerse cargo de las dificultades e inconsistencias que tienen –tanto a nivel judicial como de la dogmática jurídica en materia de derechos humanos– las interpretaciones contemporáneas de estos casos, visibilizando los bienes jurídicos presentes y la situación –el “lugar”– desde donde fallará el juez.

La insistencia en este carácter “trágico”, empero, deja abierta una cuestión sobre la cual es menester, aunque sea someramente, pronunciarse. René Girard señalaba que al no existir diferencia entre los antagonistas del debate trágico, se estaba afirmando que no existe diferencia entre el “verdadero” y el “falso” profeta⁸⁸; la tragedia, entonces, sería el equilibrio de una balanza que no es la de la justicia sino de la violencia: “[e]n todas partes donde se instala el equilibrio interminable y terrible del conflicto trágico, desaparece el lenguaje de lo justo y lo injusto”⁸⁹. En términos jurídicos: si ambas respuestas son normativamente

⁸⁵ CARMONA CALDERA (2014) pp. 379-438. De acá la necesidad, de *lege ferenda*, de procurar instancias de revisión judicial (*judicial review*) por parte de tribunales mixtos, compuestos tanto por jueces estatales como por autoridades indígenas, como lo hace ya el actual Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. Esta es una cuestión que incluso Kymlicka había señalado en su obra temprana. *Cfr.* KYMLICKA (1996) p. 169.

⁸⁶ *Johnson v. M'Intosh* (1823) pp. 588-589.

⁸⁷ DERRIDA (2002) p. 57.

⁸⁸ GIRARD (2005) p. 78.

⁸⁹ GIRARD (2005) p. 59.

equivalente, entonces existiría el peligro que se substituya la autoridad normativa –y, al fin, la justicia–, por el mero criterio subjetivo del juez.

Al respecto, una primera cuestión que debiese notarse es que, bajo la comprensión jurídica propuesta, no puede decirse que finalmente la decisión judicial descance en la sola subjetividad del intérprete. En efecto, la situación “trágica” se da por la colisión de dos normas que forman parte –sea directamente o a partir de la norma de reenvío del artículo 5 inciso 2º– del Bloque de Constitucionalidad. Esto permite situar el contexto de la decisión en el ámbito de valores objetivos sobre los cuales el propio ordenamiento no ha constituido una jerarquía determinada y que protegen bienes jurídicos de particular importancia para la sociedad chilena⁹⁰.

En este marco, y bajo el supuesto –no comprobado, es verdad, en los casos en comento– de que efectivamente se diera una solución a conflictos en materia de VIF de acuerdo al *Az mapu* o derecho propio mapuche⁹¹, habrá que preguntarse si la restricción que se hace a los derechos de las mujeres mapuche a partir de la aceptación de acuerdos reparatorios, es admisible dentro de nuestro régimen constitucional. Típicamente, dicho examen se realiza a través un “test de proporcionalidad”, el que por lo general se desenvuelve en al menos tres actos: primero, que el tribunal deberá considerar si es que la medida en cuestión –aceptación acuerdos reparatorios– contribuye a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo (idoneidad); segundo, si dicha medida es la mejor alternativa para alcanzar aquella finalidad (necesidad); y tercero, que deba determinar cuál de los intereses en juego debe prevalecer por sobre el otro: los derechos fundamentales afectados por la medida que los restringen –*v.gr.*, el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de VIF– o bien los derechos fundamentales cuyo favorecimiento pretende dicha medida –*v.gr.*, el derecho a que se respete sus formas tradicionales de represión de delitos y, a través de este, la garantía constitucional de la igualdad ante la ley– (proporcionalidad en sentido estricto)⁹².

Aun cuando la referida herramienta hermenéutica puede ser de gran utilidad para enfrentar este tipo de conflictos multiculturales, quisiera formular un par de prevenciones respecto de su aplicación.

Primero, se debe tener cuidado al determinar cuáles son los principios o derechos en colisión en cada caso, lo que supone a su vez poder establecer diferencias entre los diversos conflictos multiculturales que pueden surgir dentro de un Estado que reconozca –aun de manera tímida, como lo hace Chile– el hecho básico del pluralismo jurídico. En efecto,

⁹⁰ Algunos autores coinciden en ver en la *phronesis* aristotélica un camino para abordar los casos trágicos. Véase a este respecto LARIGUET (2009), RICOEUR (1997) o PÉREZ DE LA FUENTE (2007).

⁹¹ Como explica Sánchez Curihuentro: “El *Az Mapu* expresa las normas de conducta, tanto individuales como colectivas, que debe observar el mapuche para mantener la armonía cósmica. Es la esencia del ser, la imagen y semejanza de la naturaleza mapuche; señala el poder hacer y no hacer y la manera en que se deben hacer las cosas, de tal forma que si no se hace lo que hay que hacer, se hace lo que no se debe hacer, es decir, si se hace algo en forma indebida se romperá el equilibrio cósmico en que vive el hombre y el pueblo mapuche. De esta misma forma, una vez que el equilibrio está roto, existen posibilidades de enmendar el error que llevó al rompimiento –ello también está dicho en el *Az Mapu*– a través del principio de la reciprocidad, uno de los valores fundamentales de la cultura mapuche. De ahí que el hacer justicia en la cosmovisión mapuche equivale entonces a restablecer el equilibrio cósmico”. SÁNCHEZ CURIHUENTRO (2001) p. 29.

⁹² DÍAZ GARCÍA (2011).

no es lo mismo una controversia entre derechos individuales y derecho propio indígena cuando se defiende una práctica como la mutilación genital femenina⁹³ o se invoca una enfermedad mapuche (“*kutran*”) como eximiente de responsabilidad en un femicidio⁹⁴, que uno en el que se aprueba un acuerdo reparatorio en una causa de violencia intrafamiliar. Recuérdese que el propio enunciado del artículo 9.1 es claro en señalar que, para el pueblo involucrado, estos episodios de violencia sí constituyen “delitos”; de hecho, el objeto de protección de la norma explícitamente se refiere a las formas tradicionales de “reprimir” dichas acciones, y no involucra, lógicamente, un resguardo de las mismas. Para decirlo con precisión: es la “manera” en la cual los pueblos indígenas “lidian con las ofensas”⁹⁵ –que en estos casos supone el reemplazo del sistema retributivo que utiliza la legislación penal, por mecanismos propios de la justicia restaurativa⁹⁶–, la que produciría la restricción del ejercicio del derecho y no, obviamente, la “ofensa” objeto del procedimiento resolutivo.

En virtud de lo anterior, y sin negar la interconexión entre los distintos derechos en juego, debiese existir claridad en que estos acuerdos estarían más cerca de una limitación a la igual protección de la ley o al derecho a que se investigue y sancione delitos de violencia doméstica, que a una violación directa de la integridad física de las mujeres. La precisión es importante, por cuanto la respuesta judicial a un conflicto multicultural debiese ser diferenciada según sea la entidad del derecho involucrado, como sucede por ejemplo, en la jurisdicción constitucional colombiana⁹⁷.

Junto a lo anterior, la segunda prevención que quisiera hacer –siguiendo en esto a McCrudden– es que incluso este “test de proporcionalidad” continúa requiriendo un juicio de valor en la decisión, especialmente en su última parte, *i.e.*, cuando se debe decidir cuál de los derechos en disputa tiene más “peso”⁹⁸. Con esto, aunque más acotado, el escenario de indeterminación del derecho vuelve a aparecer. Sin embargo, esto es consecuencia antes de las condiciones de fondo en las que el derecho está llamado a operar hoy en día, que de

⁹³ Ejemplo con el que impertinentemente inician su argumentación tanto el voto de minoría del Ministro Vera Quilodrán como el estudio del CDH. Véase respectivamente, *Ministerio Público con Marileo* (2012). Voto de minoría del Ministro Sr. Alejandro Vera Quilodrán; y NASH *et al.* (2013) p. 54.

⁹⁴ Cfr. *Ministerio Público con Maliqueo Quidel* (2013).

⁹⁵ “(...) for dealing with offences”, como señala el texto en inglés del artículo 9.1 del Convenio.

⁹⁶ Sobre la conveniencia de medidas de justicia restaurativa en materias de VIF, véase GONZÁLEZ RAMÍREZ (2013).

⁹⁷ “En ese plano, el ‘núcleo duro’ es un límite absoluto que trasciende cualquier ámbito autonómico de las comunidades indígenas. Cualquier decisión que desconozca el derecho a la vida, lesione la integridad de una persona o transgreda las prohibiciones de tortura y servidumbre está constitucionalmente prohibida, aunque la evaluación de una eventual vulneración, especialmente en cuanto a la integridad personal y el debido proceso debe realizarse a la luz de la cultura específica en que se presenten los hechos. Los (demás) derechos fundamentales constituyen un límite que debe establecerse a través de un ejercicio de ponderación en cada caso concreto, en la medida en que un conflicto entre la autonomía, la integridad o la diversidad cultural y un derecho fundamental determinado es un conflicto entre normas constitucionales de igual jerarquía. En estos conflictos, sin embargo, los derechos de la comunidad gozan de un peso mayor, *prima facie*, en virtud al principio de ‘maximización de la autonomía’”. *Mendiola Montero contra el Consejo de Mayores, y el Cabildo Gobernador de la Organización Indígena Kankuama* (2009). En el mismo sentido, se puede revisar la ya clásica sentencia *Gonzalez contra asamblea General de Cabildos Indígenas región Chamí y Cabildo Mayor Único* (CRIR) (1996).

⁹⁸ McCRUDDEN (2008) pp. 715 y 716.

una determinada teoría de la interpretación, como lo notó Zagrebelsky⁹⁹: “La causa de la falta de certeza en los procesos de aplicación del derecho [*radica*] en el agotamiento de un cuadro de principios de sentido y valor compartidos por la generalidad. Al faltar un único y seguro ‘horizonte de expectativas’ en orden a los resultados de las operaciones de interpretación, los caminos de la jurisprudencia terminarán bifurcándose y, en muchos casos, se perderá también la posibilidad de distinguir el ‘principal’ de los ‘desviados’¹⁰⁰.

De esta forma, la irrupción y reconocimiento del universo de sentido indígena dentro del sistema jurídico constitucional e internacional de aquellas sociedades que todavía se pueden conceptualizar como “occidentales”, no deja al orden legal intacto, sino que, al contrario, lo hace permeable a una incertidumbre normativa que deriva finalmente de lo heterogéneo y relevante de los principios y valores que coexisten –y se relacionan– en él. Por lo mismo, este ejercicio de “ponderación” que se estructura a través del análisis de “proporcionalidad” –lo ha explicado Guastini–, no implica “atemperar” o “conciliar” dos principios o derechos, “no significa hallar un punto de equilibrio, una solución ‘intermedia’, que tenga en cuenta ambos principios en conflicto”. Al contrario, “[...]a ponderación consiste sobre todo en sacrificar o descartar un principio aplicando el otro”¹⁰¹.

En síntesis, aun cuando el referido examen permita llegar a soluciones razonables en los conflictos multiculturales revisados, lo cierto es que este no puede dejar de operar en un marco de indeterminación normativa, en donde la “ponderación” siempre involucre algún tipo de discrecionalidad del juez en la “elección” entre los principios en colisión –por eso tiene sentido hablar de un “sacrificio” de los mismos–. Esta conclusión no hace sino enfatizar la idea de que una resolución “adecuada” y “justa” de estos casos dependerá, primero, de una comprensión correcta de los mismos, en donde la categorización de su “sentido” y “valor” –cuestiones que, como se explicó, terminan condicionando la respuesta jurídica– tenga en cuenta la diversidad y legitimidad de los fines y bienes que están (cuya supervivencia “está”) en juego al momento de la decisión, de tal modo que el juez tenga conciencia del “peso” de cada *nomos*, previo a su sacrificio.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AGUILAR CAVALLO, Gonzalo (2012): “El control de convencionalidad en la era del constitucionalismo de los derechos. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de Chile en el caso denominado Episodio Rudy Cárcamo Ruiz de fecha 24 mayo de 2012”, *Estudios Constitucionales*, Año 10, N° 2: pp. 717-750.
- BENHABIB, Seyla (2002): *The claims of culture: equality and diversity in the global era* (New Jersey, Princeton University Press).
- BLOOM, Harold (1998): *Shakespeare. The invention of the human* (New York, Riverhead Books).

⁹⁹ ZAGREBELSKY (2011) p. 145.

¹⁰⁰ ZAGREBELSKY (2011) p. 146.

¹⁰¹ GUASTINI (2001) p. 146.

CARMONA CALDERA, Cristóbal (2013): “Tomando los derechos colectivos en serio: el derecho a consulta previa del Convenio 169 de la OIT y las instituciones representativas de los pueblos indígenas”, *Ius et Praxis*, Año 19, N° 2: pp. 317-324.

CARMONA CALDERA, Cristóbal (2014): “Entrando al círculo: la antropología jurídica y la posibilidad de justicia intercultural”, en CASTRO LUCIC, M. (Ed.), *Los puentes entre la antropología y el derecho. Hacia una Antropología Jurídica* (Santiago, Programa de Antropología Jurídica e Interculturalidad, Facultad de Derecho, Universidad de Chile) pp. 379-438.

CARMONA CALDERA, Cristóbal (2015): “Indétermination du droit, conflits interculturels, et le ‘tragique’ dans la décision judiciaire”, en MARTIN, A., *Les droits indigènes en amérique latine* (Paris, L'Harmattan).

COFRÉ, Juan Omar (2004): “Justicia dramática: una comparación entre estructuras literarias y jurídicas”, *Estudios Filológicos*, N° 39: pp. 141-153.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH) (2007): “Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas”, OEA/Ser.L/V/II, Doc.68. Disponible en: <<http://www.cidh.org/pdf%20files/Informe%20Acceso%20a%20la%20Justicia%20Espanol%20020507.pdf>>

CORPORACIÓN HUMANAS *et al.* (2013): *Chile. Informe conjunto de la sociedad civil para el Examen Periódico Universal* (para ser presentado al Consejo de Derechos Humanos 18º Período de Sesiones).

CORREA, Rodrigo (2002): “Informe de Constitucionalidad Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, de la OIT” (Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato, Subcomisión de Legislación).

COUSO, Jaime (2013): “Mapuches y derecho penal” en: OLEA RODRÍGUEZ, H. (Ed.), *Derecho y Pueblo Mapuche: Aportes para la discusión* (Santiago, Centro de Derechos Humanos Universidad Diego Portales) pp. 155-214.

COVER, Robert (2002): “Nomos y narración”, en *Derecho, narración y violencia. Poder constructivo y poder destructivo en la interpretación judicial* (Barcelona, Gedisa) pp. 15-111.

DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA (2012): “Comentarios a fallos relevantes en materia de defensa penal de imputados de pueblos originarios. Algunos aspectos para la mejor aplicación del Modelo de Defensa Penal”, *Informe de análisis jurisprudencial*, N° 1.

DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA (2013): “2º Informe de jurisprudencia sobre defensa penal de imputados indígenas”. Disponible en: <<http://www.biblio.dpp.cl/biblio/Data-Bank/7615.pdf>>

DERRIDA, Jaques (2002): *Fuerza de Ley. El fundamento místico de la autoridad* (Madrid Tecnos).

DÍAZ GARCÍA, Iván (2011): “La aplicación del principio de proporcionalidad en orden a juzgar sobre la licitud o ilicitud de una restricción a derechos fundamentales”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 36: pp. 167-206.

DWORKIN, Ronald (1997): “Order of the Coif Lecture: in praise of theory”, *Arizona State Law Journal*, N° 29, pp. 353-375.

FAUNDES, Juan Jorge (2013): “Pueblos indígenas como titulares de derechos humanos” en ÁLVAREZ LEDESMA, M. y CIPPITANI, R. (coords.), *Diccionario Analítico de Derechos Hu-*

- manos e *Integración Jurídica* (Roma-Perugia-México, Istituto per gli Studi Economici e Giuridici) pp. 571-579.
- FORNET-BETANCOURT, Raúl (2011): *La filosofía intercultural y la dinámica del reconocimiento* (Temuco, UCT).
- FOUCAULT, Michel (1973): *La verdad y las formas jurídicas. Cinco conferencias dictadas en la Universidad de Río de Janeiro entre los días 21 y 25 de mayo de 1973*. Disponible en: <http://psicologiaysociologia.files.wordpress.com/2011/08/foucault_laverdadylasformasjuridicas.pdf>
- GIANNINI, Humberto (2004): *La reflexión cotidiana. Hacia una arqueología de la experiencia* (Santiago, Editorial Universitaria).
- GIRARD, René (2005): *La violencia y lo sagrado* (Barcelona, Anagrama).
- GONZÁLEZ RAMÍREZ, Isabel Ximena (2013): “Justicia restaurativa en violencia intrafamiliar y de género”, *Revista de Derecho Universidad Austral*, vol. XXVI, N° 2: pp. 219-243.
- GUASTINI, Riccardo (2001): “Principios de derecho y discrecionalidad judicial”, en *Estudios de Teoría Constitucional* (México DF, UNAM).
- HART, Herbert Lionel Adolphus (1983): “American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream”, en *Essays in jurisprudence and philosophy* (Oxford, Clarendon Press).
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich (1985): *Lecciones sobre la estética* (Trad. de A. Brotóns., Madrid, Akal).
- HOEKEMA, André (2008): “Multicultural Conflicts and National Judges: A General Approach”, *Law, Social Justice & Global Development*, N° 2. Disponible en: <http://www.go.warwick.ac.uk/elj/lsgd/2008_2/hoekema>
- INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (2012): “Amicus Curiae Violencia Contra La Mujer Contexto Indígena”. Disponible en: <<http://www.indh.cl/wp-content/uploads/2012/06/amicus-violencia-contra-mujer-contexto-indigena-temuco.pdf>>
- KOMPRIDIS, Nikolas (2005): “Normativizing hybridity/Neutralizing culture”, *Political Theory*, vol. 33, N° 3: pp. 318-343.
- KYMLICKA, Will (1996): *Multicultural Citizenship. A liberal theory of minority rights* (Great Britain, Oxford University Press).
- LARIGUET, Guillermo (2004): “Conflictos trágicos y derecho. Posibles desafíos”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 27: pp. 317-348.
- LARIGUET, Guillermo (2005): “Conflictos trágicos y ponderación constitucional. En torno a algunas ideas de Gustavo Zagrebelsky y Ricardo Guastini”, *Diritto y questioni pubbliche*, N° 5: pp. 67-85.
- LARIGUET, Guillermo (2009): “La ética frente a los dilemas trágicos: Guerreros, Pacificadores, Cirujanos”, *A Parte Rei*, Revista de Filosofía, N° 64. Disponible en: <<http://serbal.pntic.mec.es/~cmunoz11/lariguett64.pdf>>
- MARTÍNEZ BENAVIDES, Patricio (2012): “El principio de inexcusabilidad y el derecho de acción desde la perspectiva del Estado Constitucional”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39, N° 1: pp. 113-147.
- McCRUDDEN, Christopher (2008): “Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights”, en *The European Journal of International Law* Vol. 19, N° 4, pp. 655-724.

- MURRAY, Nicholas (2004): *Kafka* (London, Abacus).
- NASH, C. (2012): *Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno* (Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile).
- NASH, C., LAGOS, C., NÚÑEZ, C., BUSTAMANTE, M., LABRA, C. (2013): *Erradicación de la Violencia Contra las Mujeres en las Américas: Violencia contra mujeres indígenas en el marco de las relaciones familiares: pautas para decidir la procedencia de acuerdos reparatorios* (Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile). Disponible en: <<http://www.cdh.uchile.cl/publicaciones/detalle.tpl?id=100>>
- PALMA, R. y SANDRINI, R. (2014): “Mujer mapuche y retos de la justicia intercultural: aplicación del derecho propio indígena en delitos de violencia intrafamiliar”, en *Anuario de Derechos Humanos*, N° 10, 2014, pp. 151-161.
- PÉREZ DE LA FUENTE, Óscar (2007): “Una aproximación aristotélica a la deliberación en casos trágicos”, *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, N° 15. Disponible en: <<http://www.uv.es/CEFD/15/perezdelafuente.pdf>>
- QUANE, Hellen (2012): “A Further Dimension to the interdependence and Indivisibility of Human Rights?: Recent developments concerning the rights of Indigenous Peoples”, *Harvard Human Rights Journal*, vol. 25: pp. 49-83.
- RICOEUR, Paul (1997): *Lo justo* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- RINESI, Ernesto (2011): *Política y Tragedia. Hamlet, entre Maquiavelo y Hobbes* (Buenos Aires, Ediciones Colihue).
- SÁNCHEZ CURIHUENTRO, Juan (2001): “El Az mapu o sistema jurídico mapuche”, *Revista Crea*, N° 2, Año 2, pp. 28-38.
- SCHMITT, Carl (2009): *Hamlet or Hecuba: The intrusion of the time into the play* (New York, Telos Press Publishing).
- SHAKESPEARE, William (1998): *The Tragedy of Hamlet Prince of Denmark* (USA, Signet Classics).
- SHAKESPEARE, William (2004): “Hamlet”, en *Teatro II* (trad. Leandro Fernández de Moratín, Madrid, Algaba ediciones) pp. 265-387.
- STEINER, George (2011): *La muerte de la tragedia* (Madrid, Ediciones Siruela).
- SUPIOT, Alain (2007): *Homo Juridicus. Ensayo sobre la función antropológica del derecho* (Buenos Aires, Siglo XXI editores).
- VAN KESSEL, Juan (2003): *Holocausto al progreso. Los aymaras de Tarapacá* (Iquique, IECTA).
- VILLEGAS, Myrna (2014): “Sistemas sancionatorios indígenas y Derecho penal. ¿Subsiste el Az Mapu?”, *Política Criminal*, Vol. 9, N° 17, pp. 213-247.
- YEPES LONDOÑO, Mario (2009): “Hamlet, en el principio de la modernidad: el juicio al rey”, *Estudios Políticos* (Medellín) N° 34: pp. 187-203. Disponible en: <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-51672009000100009&lng=es&nrm=iso&tlang=es>
- ZAGREBELSKY, Gustavo (2011): *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* (Madrid, Trotta).

JURISPRUDENCIA CITADA

- COMUNIDAD INDÍGENA XÁKMOK KÁSEK VS. PARAGUAY (2010): Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de 24 de agosto de 2010.

CONTRERAS CON CHEUQUE (2013): Corte de Apelaciones de Temuco, 3 de mayo de 2013 (apelación acuerdo reparatorio) Rol N° 220-2013.

CURIHUENTRO CON HUARACÁN (2012): Corte de Apelaciones de Temuco, 21 de agosto de 2012 (apelación sobreseimiento definitivo) Rol N° 635-2012.

González contra asamblea General de Cabildos Indígenas región Chamí y Cabildo Mayor Único (CRIR) (1996): Sentencia T-349/96.

MENDIOLA MONTERO CONTRA EL CONSEJO DE MAYORES, Y EL CABILDO GOBERNADOR DE LA ORGANIZACIÓN INDÍGENA KANKUAMA (2009): Sentencia T-903/09.

MINISTERIO PÚBLICO CON HUENCHULLÁN (2012a): Corte de Apelaciones de Temuco, 4 de junio de 2012 (apelación de sobreseimiento definitivo) Rol N° 388-2012.

MINISTERIO PÚBLICO CON HUENCHULLÁN (2012b): Juzgado de Letras y Garantía de Collipulli, 1 de enero de 2012 (sentencia) RIT 1091-2011.

MINISTERIO PÚBLICO CON MARILEO (2012): Cortes de Apelaciones de Temuco, 17 de julio de 2012 (apelación sobreseimiento definitivo) Rol 499-2012.

MINISTERIO PÚBLICO LOCAL CON MINISTRO MEZA Y OTROS (2012): Corte Suprema, 4 de enero de 2012 (recurso de queja) Rol 10.635-2011.

ORGANIZACIÓN INDÍGENA DE ANTIOQUIA (O.I.A.) CONTRA CORPORACIÓN NACIONAL DE DESARROLLO DEL CHOCO (CODECHOCO) Y LA COMPAÑÍA DE MADERAS DEL DARIEN (MADARIEN) (1993): Sentencia N° T-380/93.

PUEBLO INDÍGENA KICHWA DE SARAYAKU VS. ECUADOR (2012): Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de Fondo y Reparaciones, 27 de junio de 2012. .

Sentencia del Tribunal Constitucional chileno, rol 309-00, de 4 de agosto del 2000.

Sentencia del Tribunal Constitucional chileno, rol 2387 - (2388)-12-CPT (acumuladas), de 23 de enero de 2013. *Thomas Johnson and Graham's Lessee v. William M'Intosh* (1823), Supreme Court of Justice, 28 de febrero de 1823, 21 U.S. 543 (1823).

NORMAS CITADAS

Constitución Política de la República de Chile.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belem do Para), promulgada por Decreto N° 1640, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado el 11 de noviembre de 1998.

Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo, promulgado por Decreto N° 236, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado de 14 de octubre de 2008.

Ley 20.066 de 7 de octubre de 2005, Ley de Violencia Intrafamiliar.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, promulgado por Decreto N° 778, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado el 29 de abril de 1989.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, promulgado por Decreto N° 326, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado el 27 de mayo de 1989.

