

(AUTO)PROPIEDAD Y MUJERES INDÍGENAS*

LUIS VILLAVICENCIO MIRANDA**

I. EL AZ MAPU O SISTEMA JURÍDICO MAPUCHE. APROXIMACIÓN GENERAL

En la cosmovisión mapuche¹ se diferencian tres planos: el *Wenu Mapu* o Tierra de Arriba; el *Nag Mapu* o Tierra de aquí, en la que vive el ser humano y la naturaleza y el *Minche Mapu* o Tierra de abajo. En el *Nag Mapu* surge el *Az Mapu* que en *mapunzungun* implica estar en armonía con el ser interno y con todas las fuerzas que rodean al ser humano en su entorno cósmico y natural.

Como puede verse, el *Az Mapu* es una especie de principio universal que explica todo lo que existe en el orden temporal y, por tanto, excede con creces lo que conforme al canon occidental entendemos como sistema jurídico. Sin embargo, del *Az Mapu* se deduce un código de conducta que podemos definir, en términos generales, como un “conjunto de normas y reglas que determinan las relaciones que el hombre [ser humano] establece con otros individuos y con el entorno natural”². Se trata de “pautas de conducta que se transmiten de generación en generación por la vía

* Este trabajo forma parte del Proyecto FONDECYT número 1150094, titulado “Las mujeres indígenas como una minoría dentro de las minorías. Un caso difícil para la teoría y el derecho”. El texto reproduce parcialmente un trabajo anteriormente publicado: “Toward a Multicultural Jurisdiction in Chile: The Case of Mapuche Women”, en *Citizenship and Disadvantaged Groups in Chile*, ed. Pablo Marshall (Maryland: Lexington, 2018).

** Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid, director del Centro de Investigaciones de Filosofía del Derecho y Derecho Penal de la Universidad de Valparaíso. Correo electrónico: luis.villavicencio@uv.cl.

¹ Para la elaboración de este apartado he tenido a la vista MELIN ET AL. (2016) y SÁNCHEZ (2001).

² MELIN ET AL. (2016), p. 22.

oral”³. Esas relaciones se fundan en tres pilares fundamentales: la idea de equilibrio, el principio de reciprocidad y en una regla de oro “nadie se manda o se ha mandado solo”. Todas las normas están orientadas a conservar el equilibrio y las sanciones que se adoptan para restablecerlo implican deberes de reciprocidad mutuos entre todos los miembros de la comunidad. Como sistema jurídico el *Az Mapu* es universal, es decir, gobierna todas las acciones de las personas de forma holística.

Para el mapuche “hombre-tierra-naturaleza”, constituyen un solo ser, por tanto, la persona humana no es la dueña de la tierra, sino la tierra es más bien propietaria de los seres humanos. Somos brotes, hijos de la *Ñuke Mapu* (madre tierra). Por otro lado, la noción de territorio es clave pues juega un rol que va mucho más allá de lo económico y que “vincula directamente el espacio físico y los elementos de su entorno al mundo espiritual”⁴.

La base social Mapuche se denomina *Lof* y en ella existe un líder natural denominado *Logko* cuya tarea fundamental es ser garante del *Az Mapu*. El *Logko* es elegido según las creencias sagradas que entrega el *Az Mapu*. Los *Lof* no están aislados, se unen por linajes patrilineales hasta un total de nueve *Lof*. La alianza de este espacio territorial se llama *Rewe Mapu*. Entre los nueve *Logko* de cada *Lof* se elige uno, el mejor, el más capaz, para que lidere esta especie de región mapuche y se le llama *Ülmen Logko*. Por último, los *Rewe Mapu* se vuelven a federar hasta nueve *Rewe* o pequeños estados mapuches. Dentro de la dimensión territorial, rige para las mujeres un principio de patrilocalidad, esto es, la mujer debe seguir al hombre y, en consecuencia, dejar su *Lof* pasando a formar parte del nuevo territorio.

Dentro del *Az Mapu* encontramos algunos rasgos fundamentales que vale la pena destacar en esta rápida visita por el sistema normativo mapuche: a) la idea de respeto que debe existir entre pares, a quienes o algo que posee mayor estatus y también al que

³ MELIN ET AL. (2016), p. 34.

⁴ MELIN ET AL. (2016), p. 43.

recibe visitas; b) el valor de los acuerdos y de la palabra empeñada; c) el conversatorio como herramienta principal de persuasión y rectificación; d) la figura del *Ragiñelwe* o mediador; e) el *malon* o embargo; y f) la inexistencia de derechos subjetivos en sentido estricto, específicamente en materia de propiedad.

Sobre el último punto, es relevante decir algo más. En torno a la propiedad, se genera un importante “punto de inflexión entre el derecho propio mapuche y el ordenamiento jurídico occidental (...) El derecho a la propiedad privada de carácter individual es uno de los principios más importantes del ordenamiento jurídico liberal, la protección y el resguardo de la propiedad privada es el principio y el fin del andamiaje normativo estatal y, en definitiva, del sistema económico capitalista”⁵. Al contrario, una idea de un derecho subjetivo a (y de) la propiedad no tiene cabida en *Az Mapu*. Las prácticas del loteo, cercar las tierras, custodiarlas, considerarlas como un dominio excluyente no tienen sustento en el sistema jurídico mapuche. El agua y la tierra no son bienes de consumo que puedan ser adquiridos y transables en el mercado según su valor de cambio. En la concepción mapuche la tierra y el agua son parte del territorio y como tal no puede ser propiedad de un sujeto y, por ende, impedir su uso a otras personas y animales requiere una sanción. A diferencia de los sistemas jurídicos occidentales, en el mundo mapuche “la tierra es parte constituyente de la esencia misma de la existencia”⁶. Curiosamente, el artículo 1 de la Ley Indígena así lo reconoce: “El Estado reconoce que los indígenas de Chile son los descendientes de las agrupaciones humanas que existen en el territorio nacional desde tiempos precolombinos, que *conservan manifestaciones étnicas y culturales propias siendo para ellos la tierra el fundamento principal de su esencia y cultura*”.

Sin estatuto sobre la propiedad no avanzamos mucho si intentamos referirnos específicamente a la propiedad y las mujeres indígenas por la sencilla razón de que al no haberla —ni para hom-

⁵ MELIN ET AL. (2016), p. 108.

⁶ MELIN ET AL. (2016), p. 111.

bres ni para mujeres— no hay punto de comparación que nos permita cuestionar, por ejemplo, si las mujeres son discriminadas al acceder a la propiedad. Por ello, considero más relevante ocuparnos de si las mujeres tienen propiedad sobre sus vidas, o sea, preguntarnos si son autónomas en un sentido moral y político para luego explorar qué demandan ellas mismas como mujeres que se auto reconocen como indígenas. Para hacerlo, me apoyaré en el estudio de un caso que permita ilustrar las tensiones conceptuales que me interesa indagar: los acuerdos reparatorios en los casos de violencia contra la mujer mapuche.

II. LOS ACUERDOS REPARATORIOS EN CASOS DE VIOLENCIA CONTRA MUJERES MAPUCHE

Según las cifras del SERNAM (Servicio Nacional de la Mujer)⁷, en Temuco —la zona más densamente poblada por indígenas mapuche— se resuelven año tras año una veintena de casos de violencia contra la mujer mediante una disculpa del agresor, según dicta una controvertida interpretación de la costumbre mapuche⁸. En general, se trata de casos en que la víctima y el agresor son de etnia mapuche y la defensoría penal invoca las formas propias que tendría ese pueblo para resolver los conflictos de violencia intrafamiliar por medio de un *acuerdo reparatorio*⁹. El límite aplicado parece ser el siguiente: aceptar los acuerdos reparatorios solo si se

⁷ El año 2016 adquirió la categoría de ministerio bajo la denominación de Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género.

⁸ Ver http://www.mapuche.info/index/lumaco/docs/docs/novedades/wps_pdf/fakta/onu080519.html?kat=1&sid=4073.

⁹ Cabe destacar que estos acuerdos no son espontáneos, sino que obedecen a una decisión institucional de la defensoría penal pública. Su origen fue una oficina de atención para imputados mapuche que derivó en la creación de una defensoría penal especializada en la Araucanía para personas mapuche el año 2003. En la actualidad, la jurisprudencia de la Corte de Apelaciones de Temuco ha terminado por validar la práctica de estos acuerdos.

trata de mujeres que no han sufrido violencia reiterada ni grave¹⁰. ¿Es razonable la solución impulsada por la defensoría penal pública? ¿Se cumplen los límites del Convenio 169 y los demás tratados internacionales?¹¹ El desafío estriba, precisamente, en proponer un mecanismo de conciliación entre la vigencia de los derechos de las mujeres, como minoría al interior de las mismas minorías, que contribuya a superar las soluciones binarias que aparecen en el horizonte. En esa línea, es impostergable avanzar hacia un discurso feminista que, sin negar la importancia de la cultura, reconozca las condiciones de subordinación de las mujeres dentro de ellas; que avance en la reivindicación de los derechos básicos de las mujeres e identifique cuáles son las circunstancias de su contexto particular que impactan en la exclusión. La clave es no dar cabida, ex ante, a los prejuicios de una cultura por sobre otra para argumentar sin más la subordinación de todas las mujeres¹².

La propuesta para resolver el problema planteado pasa, según mi opinión, por combinar tres propuestas teóricas moduladas entre sí: el modelo de las jurisdicciones multiculturales, una concepción culturalmente sensible de la democracia deliberativa y una perspectiva *interseccional*. El modelo de las *jurisdicciones multiculturales*, propuesto por Ayelet Shachar¹³, parte de lo que la filósofa denomina la paradoja de la *vulnerabilidad multicultural*, esto es, la justificada reticencia feminista liberal ante la potencial opresión

¹⁰ Ver BRAVO (2017). Excelentes análisis, desde una dogmática penal interculturalmente sensible, pueden verse en CARMONA (2015); VILLEGAS (2014) y VILLEGAS (2012); PALMA y SANDRINI (2014) y COUSO (2013). Una visión exhaustiva de la pervivencia de los sistemas sancionatorios indígenas en Chile puede verse en VILLEGAS y MELLA (2017). Para una visión más global con una descripción de las propias categorías normativas desde la cosmovisión mapuche véase MELIN (2016). Para una revisión del pluralismo jurídico desde la perspectiva del derecho indígena véase GARZÓN (2016). Es relevante apuntar que el artículo 19 de la Ley de violencia intrafamiliar prohíbe los acuerdos reparatorios. Volveré sobre esto más adelante.

¹¹ Desde la perspectiva del derecho internacional, el mejor análisis disponible de los casos aquí presentados es el trabajo de NASH ET AL. (2013).

¹² SANDOVAL y UNDURRAGA (2012), p. 32.

¹³ Cfr. VILLAVICENCIO (2014).

que, en nombre de los derechos de grupo, pueden sufrir las mujeres cuando los esfuerzos bien intencionados dirigidos a mejorar la autonomía de esos grupos y respetar la diversidad cultural pueden hacer más gravoso revertir las desigualdades de género o, incluso, profundizar la subordinación¹⁴. La aspiración fundamental del modelo es lograr dejar atrás la paradoja logrando proteger a los grupos vulnerables por medio del entrecruzamiento de las jurisdicciones estatales y comunitarias desde una concepción dinámica de las culturas. Así podrían justificarse las acomodaciones de la jurisdicción estatal que mejoran la posición de los grupos subordinados, mientras se amparan las diferencias culturales, generando condiciones para el cambio interno de la cultura y no fomentando su oposición refractaria hacia la comunidad dominante. Se institucionaliza una regla de no-monopolio jurisdiccional y se asegura la elección individual, caso a caso, de la ley aplicable. De modo que, por ejemplo, una mujer indígena tendrá asegurado jurisdiccionalmente sus derechos individuales cuando escoja someterse a la jurisdicción estatal en vez de la costumbre indígena que, en su opinión, la discrimine. La idea es equilibrar, por un lado, el reconocimiento de la autonomía normativa cultural y, por otro, la operatividad de los mecanismos protectores de los derechos fundamentales básicos¹⁵.

Más allá del problema evidente de incerteza y del costo que supondría implementar una jurisdicción pluralista, algunas críticas relevantes a Shachar son las que siguen. En primer lugar, en un modelo pluralista no se traza una distinción clara entre lo correcto y lo factible, es decir, podemos llegar a confundir la comprensión estratégica de cuestiones morales con aquello que por principio consideramos justo¹⁶. En segundo lugar, los procedimientos necesarios para institucionalizar la jurisdicción multicultural a veces corren el serio riesgo de provocar una refeudalización de la ley,

¹⁴ SHACHAR (2001), pp. 4-10.

¹⁵ SHACHAR (2004), pp. 423-425.

¹⁶ Cfr. KUKATHAS, (2012), pp. 53-55.

socavando la igualdad ante la ley¹⁷. Hay una diferencia relevante entre las excepciones hechas a favor de determinados grupos sobre la base de razones que se supone todos comparten, y el presupuesto de que las razones que justificarían el trato diferencial ya no exijan ser generalizadas. O sea, si no se especifica la capacidad de los principios constitucionales para prevalecer en algún momento, es posible que no estemos resolviendo la paradoja de la vulnerabilidad multicultural, sino permitiendo su recirculación por el sistema jurídico¹⁸. En tercer lugar, permanece latente el endiosamiento del proceso judicializando el diálogo político y cultural.

Las *propuestas deliberativas*, por su parte, buscan revitalizar un diálogo intercultural que permita, desde una visión no reduccionista de la cultura¹⁹, la comparecencia de todos los grupos en igualdad de condiciones dialógicas en la esfera pública. Así, por ejemplo, Benhabib propone una noción de cultura articulada sobre la base del constructivismo social caracterizada por una visión narrativa de las acciones y de la cultura conforme a la cual debemos distinguir entre el punto de vista del observador social y el del agente social. El observador social es el que impone —de la mano de las élites locales— la unidad de las culturas como entidades observadas. En cambio, el agente social representa la perspectiva de los participantes de la cultura que experimentan sus tradiciones a través de relatos narrativos compartidos, aunque también controvertibles. Desde su interior una cultura nunca aparece como un todo homogéneo²⁰. Pues bien, las tesis multiculturalistas deben sacudirse de esa concepción estática de la cultura: si una cultura

¹⁷ BENHABIB (2002), p. 128.

¹⁸ BARRY (2002), pp. 38-50.

¹⁹ Debe superarse una *sociología reduccionista de la cultura* fundada en premisas epistémicas falsas: a) afirmar que las culturas son claramente delineables; b) creer que es posible una descripción no controvertida de la cultura; y c) considerar que aun cuando las culturas y los grupos no se corresponden entre sí, esto no implica problemas para la política. BENHABIB (2002), p. 4.

²⁰ BENHABIB (2002), pp. 4-5.

cae en este vicio estaría siendo inconsistente con la única versión plausible del multiculturalismo, pues petrificaría la cultura a costa de la autonomía de algunos de sus miembros impidiendo que éstos cuestionen su pertenencia a la cultura. La cultura dejaría de ser, como nos asegura Parekh²¹, permeable externamente, haciendo vano todo cuestionamiento sobre el modo en que debemos tratar a las minorías al interior de las minorías.

Para las *propuestas deliberativas* no basta el derecho de salida, ya que traslada el peso del conflicto al individuo. Si la identidad cultural de verdad interesa a los sujetos, es muy probable que decidan permanecer en sus grupos desafiando a las élites²². De este modo, la democracia deliberativa emerge como el modelo más adecuado para responder a nuestro desafío, caracterizándose por dos elementos claves: a) un marcado énfasis en la esfera pública que es el lugar donde deben situarse las disputas culturales y donde ocurren las transformaciones políticas; y b) una defensa de la apertura de la agenda del debate público difuminando la distinción entre lo público y lo privado, entre lo que es de todos y lo que es sólo propio de mi cultura²³.

Las *propuestas deliberativas* parecen ser las más potentes, pero también presentan dificultades. Las más relevantes son las que se deducen de las objeciones generales que se hacen al modelo deliberativo: ¿quién ha de participar en la deliberación? ¿Quién se incluye, a quién se silencia y quién habla por quién? ¿Qué normas son supuestas por el esquema deliberativo y si son éstas genuinamente compartidas o son excluyentes? ¿Cómo se conduce la deliberación? ¿Qué tipo de resultado debe ser el esperado?²⁴ Pero, más allá de las tensiones generales que afectan a estas propuestas, se mantiene la ambigüedad que aflige a propuestas como las de Parekh: esperar a que el debate fluya para que se haga más

²¹ PAREKH (2006).

²² PHILLIPS (2007a), pp. 40-42.

²³ BENHABIB (2000).

²⁴ DEVEAUX (2005), pp. 344 y 345.

amigable no es algo que los grupos oprimidos podrían estar dispuestos a aceptar. En palabras de Deveaux²⁵, hay tres peligros de los cuales el enfoque deliberativo no puede sacudirse: primero, la posibilidad siempre contingente de que los resultados de la deliberación no sean justos; segundo, que el modelo deliberativo descansa en una concepción de la legitimidad política paradójicamente construida en tensión con las visiones canónicas de ciertos grupos tradicionales cuyas prácticas son cuestionadas; y, tercero, el rechazo de parte de las comunidades tradicionales a los efectos que pudieran generar en ellas la implementación de una deliberación abiertamente inclusiva.

Tanto la tesis de las jurisdicciones multiculturales como las propuestas deliberativas han de ser moduladas con la perspectiva *interseccional*²⁶. La interseccionalidad²⁷ es un enfoque crítico que permite comprender la identidad de las personas en contextos diversos y a partir de las conexiones entre las estructuras de género, etnia y clase social, y la manera cómo la intersección de éstas puede producir contextos complejos de desigualdades que pueden, a su vez, ser analizados en términos de poder a través de distintos niveles²⁸. Para Anzaldúa, la etnia, la clase social y el género contribuyen en la manera como nos percibimos y cómo somos percibidos, jugando un papel constitutivo en la tarea de emprender la construcción de las identidades. De la lectura de Anzaldúa se desprende una crítica a las condiciones opresivas (para las mujeres) inherentes a los distintos sistemas culturales dominados por una supremacía de lo masculino. Estas condiciones son difíciles de separar en la medida que se constituyen como experiencias si-

²⁵ DEVEAUX (2005), pp. 360 y 361.

²⁶ He indagado las posibilidades de la perspectiva interseccional, a propósito del caso de la pastora aymara Gabriela Blas en VILLAVICENCIO (2017), pp. 355-387.

²⁷ Hemos revisado la idea de interseccionalidad en otro trabajo. Véase SABINA y VILLAVICENCIO (2016).

²⁸ ANTHIAS y YUVAL-DAVIS (1992); ANTHIAS (1998); ANDERSEN (2006); MCCALL (2005) y WINKER y DEGELE (2009).

multáneas de opresión: no podemos criticar el racismo, sin hacer referencia al sexismo y al clasismo, y viceversa²⁹.

La interseccionalidad es, entonces, una alternativa a la política de la identidad que permite considerar las diferencias intra-grupales subvirtiendo las separaciones entre género, etnia y clase social como elementos disyuntivos. Al hablar de diversidad cultural se busca resaltar la necesidad de entender ésta a partir de su carácter constitutivamente interseccional. Como tal, la diversidad cultural constituye un fenómeno formado por distintas condiciones que la modelan conjuntamente de una forma que no puede ser definida *a priori*, poniendo de relieve su origen complejo y su interconexión con distintas condiciones de identificación y discriminación social como lo son el género, la etnia y la clase social, entre otras. Esta postura se sustenta en el principio de que ninguna cultura debería ser reivindicada sin haber hecho conciencia de aquellos aspectos sexistas, racistas y clasistas que la constituyen.

Expuesto el modelo, quisiera ahora volver sobre los casos que ilustran el dilema que estamos tratando. Para hacerlo adecuadamente, me parece útil hacer una distinción entre el reconocimiento del derecho propio de primer nivel, es decir, aquel que se verifica ante la justicia estatal; y el de segundo nivel, esto es, aquel que se cristaliza en una jurisdicción indígena propia³⁰. Los acuerdos reparatorios se enmarcan en el primer nivel, o sea, se trata de casos en que los órganos jurisdiccionales, para aplicar la legislación nacional a los pueblos indígenas, “deberán tomar debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario” (artículo 8 del Convenio 169) y sus “características económicas, sociales y culturales” (Artículo 10 del Convenio 169). El principal problema para considerar el *Az Mapu*³¹ en casos de violencia intrafamiliar es doble. Por una parte, el artículo 19 de la Ley N° 20.066 prohíbe expresamente los acuerdos reparatorios; y,

²⁹ ANZALDÚA (1987).

³⁰ MELIN (2016).

³¹ Sistema jurídico mapuche.

por otra, el artículo 8.2. del Convenio 169 establece como límite a la aplicación del derecho propio los derechos humanos reconocidos por el sistema jurídico nacional e internacional.

El caso de los acuerdos reparatorios grafica muy bien la tensión que recorre transversalmente la aplicación del Convenio 169 de la OIT al disponer la obligación de asegurar el acceso a la justicia a las personas que pertenecen a un pueblo originario, pero considerando su derecho propio. Si bien el artículo 8.1 del Convenio establece que al “aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres”, consagra inmediatamente, como límite al derecho de conservar costumbres, la circunstancia de que “éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos”³². Expresión concreta de esa tensión en materia penal es la necesidad de compatibilizar el deber de las autoridades y los tribunales de tener en cuenta las costumbres de los pueblos originarios (art. 9.2) y el coto vedado de los derechos fundamentales³³.

Hay en los casos que nos ocupan varios nudos críticos que nos demandan una perspectiva más dinámica para hacernos cargo de casos difíciles como éste, los que superan la lógica unidimensio-

³² A primera vista, parece clara la filiación multiculturalista liberal del Convenio 169 y, en ese sentido, se le pueden imputar, en buena medida, las críticas que se han hecho a la propuesta conceptual de Kymlicka de los *derechos de acomodo*. Véase VILLAVICENCIO (2012). El Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos emitió, en relación con el artículo 3 del Pacto, la Observación General N° 28 (2000) sobre igualdad entre hombres y mujeres que sigue igual principio: la cultura no debe ser un pretexto válido para vulnerar el derecho de la mujer a la igualdad ante la ley.

³³ AYLWIN ET. AL. (2013). He explorado este problema desde la perspectiva de las mujeres indígenas en VILLAVICENCIO (2015). El fundamento para excluir la procedencia de los acuerdos es tan evidente como plausible: las partes involucradas en casos de violencia intrafamiliar se encuentran en una relación desigual de poder producto de la violencia.

nal del discurso de los derechos humanos y la tirantez no resuelta en el Convenio 169 entre el derecho propio y la promesa expansiva de los derechos fundamentales. En primer lugar, desde la esfera de los derechos humanos encontramos el derecho de todas las mujeres a no sufrir violencia de ninguna especie. La potencia transcultural de este derecho es indudable, por mucho que pueda ser modulada en cada situación concreta por razones culturales, religiosas o de otra índole. En segundo lugar, concurre la obligación de respetar los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas con el fin de neutralizar el *asimilacionismo* característico del derecho estatal y reconocer, en cambio, la existencia de regímenes jurídicos pluralistas³⁴. En tercer lugar, se presenta la remisión a los derechos fundamentales por el propio Convenio 169 como límite a la aplicación del derecho propio. En cuarto lugar, observamos la clase social como un aspecto importante en el modo en que se evalúa un caso. Y, finalmente, el género aparece como relevante, sobre todo por la naturalización de la violencia contra las mujeres en las relaciones de pareja o de parentesco, los que impactan en cada uno de los ámbitos indicados. ¿Habrà algún modo satisfactorio de administrar estas tensiones?³⁵

El dilema que tenemos entre manos se puede resumir en el choque entre la interdicción de la violencia entendida transcultural o culturalmente situada y cómo esa definición supone consecuencias normativas. Los factores que entran en juego son: la etnia, el género, la clase social, la pretensión hegemónica del discurso de los derechos humanos y la pluralidad fáctica (aunque no institucionalizada) de sistemas normativos. El planteamiento que

³⁴ AYLWIN ET. AL. (2013), pp. 416-417.

³⁵ Es evidente que una forma de resolver este conflicto jurídico es, desde el ámbito penal, absolver a la persona indígena por no ser posible hacerle un reproche antijurídico debido a sus prácticas y costumbres culturales. Mi interés en este trabajo es ir más allá para generar una aproximación que, de vuelta, pueda enriquecer el análisis dogmático penal. Para un análisis desde el derecho penal, pero con sensibilidad intercultural, pueden verse los trabajos de VILLEGAS (2012) y VILLEGAS (2014); VILLEGAS y MELLA (2017); GUZMÁN (2014) y COUSO (2013).

se propone descansa —como ya se dijo— en la interseccionalidad y un modelo de jurisdicciones multiculturales deliberativamente situado.

Sin duda, el factor etnia ocupa un lugar importante en este asunto. Debemos clarificar en cuanto sea posible cómo se comprende en la cosmovisión mapuche la violencia contra la mujer. Según un estudio realizado en el marco de un proyecto de investigación a cargo de la Corporación de Mujeres Mapuche *Aukinko Zomo*³⁶, la violencia contra la mujer no es una práctica que se pueda naturalizar al interior de ninguna cultura, incluida la mapuche. En este mismo sentido, Villegas y Mella concluyen que “la significación de la violencia intrafamiliar, sus causas, frecuencia y víctimas dentro del pueblo mapuche no difieren sustancialmente de lo que acontece en la realidad no mapuche”³⁷.

Establecido que la violencia contra la mujer es condenada transculturalmente y no presenta peculiaridades culturales relevantes, debemos evaluar el modo en que el *Az Mapu* reacciona ante ella³⁸. El sistema jurídico mapuche carece de un mecanismo único de resolución de controversias pues éstos varían en cada comunidad. Con todo, es posible identificar ciertos rasgos comunes mínimos: a) la presencia de un tercero en la resolución del conflicto ya sea el jefe de la comunidad o *lonko*, los ancianos del grupo de familias o *Lof*, la familia extendida en su conjunto, tíos o tías, entre otros; b) la valoración de la conversación y la participación como elementos claves para abordar el conflicto y restablecer el equilibrio para que el individuo que ha cometido la falta “*entre a ser gente*” (*chekonan*), o sea, restaure su condición de *che* (persona); y c) el consejo o *ngulam*³⁹ tanto como resultado del conversatorio (*nvxamkawvn*) y sanción.

³⁶ Ibídem.

³⁷ VILLEGAS y MELLA (2017), p. 154.

³⁸ Sigo en esta parte a VILLEGAS y MELLA (2017), pp. 153-163 y MELIN ET AL. (2016).

³⁹ El *ngulam* o *golam* es un “mecanismo a través del cual normalmente las personas mayores entregan enseñanza de las pautas y las normas a las nuevas

Como puede observarse, la respuesta del *Az Mapu* a la violencia contra la mujer es compleja, integral y opera en varios niveles. Los acuerdos reparatorios constreñidos a un reconocimiento del derecho propio solo de primer nivel no le hacen justicia. En sede judicial estatal los actores del sistema de justicia criminal (defensoría, fiscalía y tribunal), imbuidos de la lógica adversarial y la estrategia del caso, utilizan solo de manera instrumental y accesoria la remisión a la costumbre indígena. La defensoría quiere lograr una salida alternativa menos gravosa que la penal para el imputado/agresor, la fiscalía, al contrario, busca que el rigor del derecho estatal recaiga sobre el imputado y el juez queda atrapado dentro de esta lógica controversial sin llegar al convencimiento de que ha habido un acuerdo previo real, si la costumbre invocada es o no genuino derecho y sin el conocimiento necesario ni la disposición para actuar él mismo como garante del acuerdo reparatorio. Aún más, en ocasiones la remisión al derecho propio no es funcional para la estrategia del caso de la defensoría pues supondría reconocer los hechos constitutivos de violencia. Por su parte, el juez anhela que el derecho propio estuviera codificado e incorporado por el derecho estatal, lo que implica un desconocimiento del carácter particularista y comunitario del *Az Mapu*.

Dentro de los propios colectivos de mujeres mapuche el panorama no es más alentador. Ellas denuncian que son víctimas de violencia estatal e institucional tanto en la implementación de las políticas y programas contra la violencia hacia las mujeres, señalando que no se les reconoce su identidad mapuche. Destacan “el cruce de la violencia policial en territorios en recuperación, y la violencia que ejercen las funcionarias en las mismas instituciones del Estado. Sernam [Servicio Nacional de la Mujer], no se identifica como una institución que otorgue confianza ni que garantice los derechos de las mujeres mapuche en el abordaje de las distin-

generaciones o —en general— a las personas que la necesitan. Aconsejar al otro sobre una determinada materia, sobre cómo comportarse en determinado contexto o situación o simplemente sobre quien ha cometido una falta”. MELIN ET AL. (2016), p. 30.

tas formas y expresiones de violencia. Se reconoce que el acceso a la información ha contribuido de alguna manera a que las mujeres denuncien a sus agresores. Por otra parte, se expresa la falta de abordar la violencia machista y el sexismo desde la educación temprana, así como la necesidad de un reconocimiento constitucional como pueblo, que permita una transformación real de la política y un abordaje de la violencia contra las mujeres mapuche con pertinencia cultural”⁴⁰.

La opinión de las mujeres mapuche es especialmente esclarecedora. No parecen estar conformes ni con la justicia estatal ni con la justicia propia. Reclaman la necesidad de un diálogo desde la propia identidad que las constituye doblemente como mujeres e indígenas. Se reconocen a sí mismas como un grupo triplemente vulnerable por razones étnicas, de género y sociales. En mi opinión, resulta muy clara la necesidad de avanzar hacia el reconocimiento de una jurisdicción pluralista indígena de segundo nivel de carácter voluntaria para la mujer, en el marco de una interpretación interseccional del derecho propio sustentada en una distribución transcultural de las condiciones que aseguran la participación en las decisiones colectivas. Específicamente, tratándose del caso de los acuerdos reparatorios ello supondría que los acuerdos incluyan la intervención real y directa de la comunidad indígena y sus autoridades. Así, la actual solución que se usa para resolver los casos de violencia contra la mujer no protege ni los derechos de la mujer ni los de los pueblos indígenas. Parece perentorio que Chile avance “hacia una justicia más respetuosa de los sistemas sancionatorios propios de los pueblos indígenas. Cuestión que no sería incompatible con el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia, ya que —debido a que ninguna cultura es estática— estos derechos pueden perfectamente formar parte, ser interpretados a la luz de su cosmovisión y llegar a

⁴⁰ MELIN ET AL. (2015), p. 17.

ser una realidad dentro de sus propios métodos de resolución de conflictos”⁴¹.

III. CONCLUSIÓN

El único camino que queda por recorrer es construir una visión pluralista con la finalidad de superar las deficiencias de las propuestas descritas, consideradas aisladamente. Esa concepción pretenderá hacerse cargo de la paradoja de la vulnerabilidad cultural y dilucidar si la apelación a la cultura interna es una justificación suficiente para no reconocerles a las mujeres un catálogo de derechos básicos mínimos que aseguren autonomía moral y política. Se trata, entonces, de un equilibrio triple: primero, el reconocimiento de las potestades normativas de las comunidades indígenas (autodeterminación territorial y política); segundo, el reconocimiento de una jurisdicción multicultural que permita escoger caso a caso la legislación aplicable, y tercero, la distribución para todas las personas de los derechos que aseguren las precondiciones de una democracia deliberativa. Estos derechos constituyen la garantía institucional de “tomarse en serio” y “cobrarles la palabra” a aquellos que defienden posturas interculturales más intensas, pero que afirman que no defienden una visión esencialista de las culturas.

Cumplidas las condiciones anteriores, se espera que los individuos que pertenecen a la comunidad dominante y la minoritaria se conciban como agentes morales cuya identidad tiene una filiación plural y permitan que, en la vida cotidiana, tanto el Estado como el grupo dominante y los grupos minoritarios se comprendan en cuanto entes sociales mutables que se influyen recíprocamente⁴². Es indispensable que las demandas interculturales, precisamente porque sus manifestaciones desafían los presupuestos

⁴¹ VILLEGAS y MELLA (2017), p. 163.

⁴² SHACHAR (2001), p. 118.

básicos de las democracias constitucionales modernas, liberen su potencial conflictivo en la esfera civil pública por medio del diálogo y la negociación⁴³. En una democracia deliberativa e intercultural dinámica, las maniobras de los abogados, operadores y jueces que ejercitan las herramientas de modelos pluralistas jurídicos no deberían reprimir del todo el conflicto cultural y político, ni el aprendizaje a través de este por parte de los propios ciudadanos, los de la cultura dominante, los de la cultura minoritaria y sus minorías internas. Tal como lo plantea Deveaux⁴⁴, nada de lo anterior asegura que los resultados de la deliberación van a ser considerados los más justos desde el punto de vista de los interesados, pero los procesos de evaluación y reforma de las prácticas impugnadas, en caso de que sea necesario, generarán soluciones legitimadas democráticamente y serán políticamente viables.

Tratar a las mujeres con igual consideración y respeto no admite soluciones sencillas ni monistas. Se ha de transitar desde posturas que esencializan las culturas a una propuesta que comience por dejar de hablar en nombre de las mujeres. El origen de la posible vulneración de sus derechos no reposa, necesariamente, en la cultura en que se insertan, sino en los agentes —hombres— que lideran esos grupos y que aseguran representarlas, para en realidad mantener el control, pero también en los estados y en los organismos internacionales que, bien inspirados, se olvidan demasiado a menudo de preguntarles sus opiniones y reconducirlas institucionalmente. De lo que se trata, como de manera gráfica ha señalado Gargarella⁴⁵, es que se deje entrar a las mujeres —y a otros grupos desaventajados— a la “sala de máquinas” de la Constitución, y no contentarse con concederles derechos administrados por la élite dominante.

⁴³ BENHABIB (2002), p. 115.

⁴⁴ DEVEAUX (2000), p. 362.

⁴⁵ GARGARELLA (2019).

Bibliografía citada

- ANDERSEN, Margaret (2006). "Race, gender, and Class Stereotypes: New Perspectives on Ideology and Inequality". *Revista Norteamérica* 1.
- ANTHIAS, Floya y Yuval-Davis, Nira (1992). *Racialized Boundaries: Race, Nation, Gender, Colour and Class and the Anti-Racist Struggle*. Ed. Routledge
- ANTHIAS, Floya (1998). "Rethinking Social Divisions: Some Notes towards a Theoretical Framework". *Sociological Review* 46, 3.
- ANZALDÚA, Gloria (1987). *Borderlands / La Frontera: The New Mestiza*. San Francisco: Aunt Lute Books.
- AYLWIN, José, MEZA-LOPEHANDÍA Matías y YÁÑEZ, Nancy (2013). *Los pueblos indígenas y el derecho*. Santiago: LOM.
- BARRY, Bryan (2002). *Culture and Equality: An Egalitarian Critique of Multiculturalism*. Massachusetts: Harvard University Press.
- BENHABIB, Seyla (2002). *The Claims of Culture. Equality and Diversity in the Global Era*. Oxford: Princeton University Press.
- BRAVO, Millicer (2017). "Tribunales validan disculpas verbales ante violencia intrafamiliar entre Mapuches". Lexweb. Disponible en: <http://www.lexweb.cl/tribunales-validan-disculpas-verbales-ante-violencia-intrafamiliar-entre-mapuches>. [Fecha de consulta: 23 de septiembre de 2017].
- CARMONA, Cristóbal (2015). "Hacia una comprensión «trágica» de los conflictos multiculturales: acuerdos reparatorios, violencia intrafamiliar y derecho propio indígena". *Revista Chilena de Derecho* 42, 3.
- COUSO, Jaime (2013). "Mapuches y derecho penal", en Helena OLEA (ed.). *Derecho y Pueblo Mapuche: Aportes para la discusión*. Santiago: Universidad Diego Portales.
- DEVEAUX, Monique (2000). *Cultural Pluralism and Dilemmas of Justice*. Ithaca: Cornell University Press.
- (2005). "A Deliberative Approach to conflicts of culture". En Avigail EINSENBURG y Jeff SPINNER-HALEV (ed.). *Minorities within Minorities. Equality, Rights and Diversity*, Cambridge: Cambridge University Press.
- GARCÍA, Sabina y VILLAVICENCIO, Luis (2016). "Alcances y límites del multiculturalismo liberal desde un enfoque de género interseccional". *Convergencia Revista de Ciencias Sociales*, 72.
- GARGARELLA, Roberto (2014). "El nuevo constitucionalismo latinoamericano". En *El País*, (España) 20 de agosto de 2014. Disponible en <http://elpais.com/elpais/2014/07/31/opinion/1406816088_091940.html>. [Fecha de consultad: 16 de mayo de 2020]
- GARZÓN, Pedro (2016). *Ciudadanía indígena: del multiculturalismo a la colonialidad del poder*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

- GUZMÁN, José Luis (2014). "Derecho penal y minorías étnicas: planteamiento y liquidación criminalista de un problema político". *Revista de Derecho Penal y Criminología* 11.
- KUKATHAS, Chandran (2012). "Exit, freedom and gender", en Dagmar BORCHERS y Annamari VITIKAINEN (ed.). *On Exit: Interdisciplinary Perspectives on the Right of Exit in Liberal Multicultural Society*. Berlin/Boston: Walter de Gruyter.
- MCCALL, Leslie (2005). "The Complexity of Intersectionality". *Signs: Journal of Women in Culture and Society* N° 30, 3.
- MELIN, Miguel *et al* (2016). *Azmapu: una aproximación al sistema normativo mapuche desde el Rakizuam y el derecho propio*. Temuco: Instituto Nacional de Derechos Humanos.
- MERCADO CATRIÑIR, Ximena *et al*. (2015). *Sistematización de nvxankawvn (encuentros de conversación) y definición de propuestas entre mujeres y organizaciones mapuche en torno a violencia contra mujeres mapuche y aplicación de sistemas de justicia propia*. Temuco: Corporación de Mujeres Mapuche Aukinko Zomo.
- NASH, Claudio, LAGOS, Catalina y NUÑEZ, Constanza (2013). *Violencia contra mujeres indígenas en el marco de las relaciones familiares: pautas para decidir la procedencia de acuerdos reparatorios*. Santiago: Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile.
- PALMA, Rosario y SANDRINI, Renata (2014). "Mujer mapuche y retos de la justicia intercultural: aplicación del derecho propio indígena en delitos de violencia intrafamiliar". *Anuario de Derechos Humanos* 10.
- PAREKH, Bhikhu (2006). *Rethinking Multiculturalism. Cultural Diversity and Political Theory* (2 ed.). Londres: Palgrave Macmillan
- PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar (2004). "Indígenas y derechos colectivos: ¿es el multiculturalismo malo para las mujeres?". *Derechos y libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 13.
- PHILLIPS, Anne (2007). *Multiculturalism without Culture*. Londres: Princeton University Press.
- SANDOVAL, Marcela y UNDURRAGA, Verónica (2012). "Mujeres y ciudadanía: revisiones conceptuales y estrategias políticas. ¿Qué significa ser ciudadana hoy en América Latina?". *Iniciativa Latinoamericana para el avance de los derechos humanos de las mujeres II. Mujeres, Ciudadanía y Multiculturalismo*. Santiago: Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile.
- SÁNCHEZ, Juan (2001). "El Az Mapu o sistema jurídico mapuche". *Revista Crea*, 2.
- SHACHAR, Ayalet (2001). *Multicultural Jurisdictions. Cultural Differences and Women's Rights*. Cambridge: Cambridge University Press.

- VILLAVICENCIO, Luis (2012) “Un diálogo intercultural más allá del multiculturalismo”. *Revista Opinión Jurídica*, Facultad de Derecho, Universidad de Medellín (Colombia).
- (2014). “Minorías étnico-culturales y derechos de las mujeres”. *Revista de Ciencia Política* (Santiago) 34, 3.
- (2015). “Una concepción de la ciudadanía para una nueva Constitución. El caso de las mujeres indígenas”, en Eduardo CHIA y Flavio QUEZADA (ed.). *Propuestas para una nueva constitución (originada en democracia)*. Santiago: Instituto Igualdad - Facultad de Derecho, Universidad de Chile - Friedrich Ebert Stiftung.
- (2017). “Interculturalidad, derechos de la infancia y Constitución”, en Anuar QUESILLE (ed.). *Constitución política e infancia: Una mirada desde los derechos de los niños, niñas y adolescentes en Chile*. Santiago: UNICEF.
- VILLEGAS, Mirna (2012). “Entre la justificación y la exculpación. Apuntes de legislación comparada latinoamericana sobre pluralismo jurídico y derecho penal”. *Revista de Derecho (Valdivia)* XXV, 2.
- (2014). “Sistemas sancionatorios indígenas y Derecho penal. ¿Subsiste el Az Mapu?” *Política criminal* 9, 17.
- VILLEGAS, Myrna y MELLA, Eduardo (2017). *Cuando la costumbre se vuelve ley: la cuestión penal y la pervivencia de los sistemas sancionatorios indígenas en Chile*. Santiago: LOM.
- WINKER, Gabriele y DEGELE, Nina (2009). *Intersektionalität: Zur Analyse sozialer Ungleichheiten*. Bielefeld: Transcript Verlag.