

El caso de la “Ley Pascua”. Un enfoque más allá del todo o nada

Luis Villavicencio Miranda*
Yanira Zúñiga Añazco**

RESUMEN

En este trabajo revisamos críticamente la sentencia del Tribunal Constitucional que se pronunció acerca de la controversia originada por el caso de la Ley Pascua. A propósito de este caso, proponemos un abordaje de estas controversias de tipo contextual basado en una combinación de diversos enfoques, teóricos y dogmáticos, como método alternativo a las propuestas que asumen la incommensurabilidad de las tradiciones culturales o de los paradigmas de respeto de la diversidad cultural y de la protección de los derechos de las mujeres. Creemos que un abordaje contextual evita las soluciones relativistas o la priorización incondicionada de un paradigma en relación con el otro y, al mismo tiempo, enriquece el arsenal conceptual favoreciendo una mejor comprensión política, jurisdiccional y constitucional de los intereses en juego en estos casos en que las mujeres son una minoría al interior de minorías culturales.

Igualdad; género; diversidad cultural; Pueblo Rapa Nui; Tribunal Constitucional

The Pascua Law Case. Beyond an all-or-nothing approach

ABSTRACT

In this paper we critically review the Constitutional Court's ruling on the controversy originated by the Pascua Law case. We propose a combination of diverse theoretical and legal approaches to examine these cultural controversies. By enriching the conceptualization, a better political, jurisdictional and constitutional understanding of the case of women as a minority within minorities is favored.

Equality; Gender; Cultural Diversity; Rapa Nui People; Constitutional Court

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Diego Portales, Chile. Doctor en Derecho, Universidad Autónoma de Madrid, España. Director del Centro de Investigaciones de Filosofía del Derecho y Derecho Penal, Facultad de Derecho, Universidad de Valparaíso. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3115-3312>. Correo electrónico: luis.villavicencio@uv.cl

** Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile. Doctora en Derecho, Universidad Carlos III de Madrid, España. Profesora de Derecho Constitucional, Universidad Austral de Chile e investigadora del Núcleo DesDeh de la Universidad Austral de Chile y del Centro de Investigaciones de Filosofía del Derecho y Derecho Penal de la Universidad de Valparaíso. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0589-3552>. Correo electrónico: yzuniga@uach.cl

Este trabajo se enmarca en el Proyecto FONDECYT Regular N° 1180676, cuyo investigador responsable es Luis Villavicencio y coinvestigadora Yanira Zúñiga.

Artículo recibido el 30.4.2021 y aceptado para su publicación el 25.8.2021.

INTRODUCCIÓN

En junio de 2020 el Juzgado Mixto de Rapa Nui-Isla de Pascua presentó ante el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 13 y 14 de la Ley Nº 16.441 (o Ley Pascua), en el marco de un proceso penal por delito de violación iniciado a raíz de la denuncia de una turista en contra de un hombre Rapa Nui. Estas disposiciones generan en la práctica una aminoración automática del umbral punitivo previsto en el Código Penal para el delito de violación (el que se rebaja en un grado) y un régimen comparativamente más favorable en la ejecución de la pena privativa de libertad, habilitando su cumplimiento fuera del recinto carcelario.

A juicio del tribunal requirente estas reglas contravienen las normas constitucionales que prohíben la discriminación arbitraria (19 n°2) y, además, obligaciones internacionales. En particular, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer que reconoce y ampara específicamente los derechos de las mujeres a no sufrir violencia y establece obligaciones estatales de prevención, investigación y castigo de esta¹.

La tensión entre igualdad de género e igualdad cultural no es nueva en los debates filosóficos y constitucionales. Desde el ángulo de la filosofía jurídica, esta tensión es evocada unas veces como parte de las controversias entre universalismo y relativismo cultural, otras (las menos) en el marco del desencuentro entre posiciones del feminismo, por un lado, y del multiculturalismo, por el otro. En términos de los estudios dogmáticos, dicho asunto ha concitado creciente interés debido a la expansión de los estatutos de protección de los derechos de las mujeres frente a la violencia de género; y, paralelamente, la positivación de reglas de reconocimiento de la diversidad cultural, algunas de las cuales configuran también normas *iusfundamentales*.

En este trabajo revisamos críticamente la solución suministrada por el TC a la controversia originada por el caso de la Ley Pascua y proponemos un ensamblaje de distintos enfoques, teóricos y dogmáticos, para abordar este tipo de asuntos, en el entendido de que tal método permite enriquecer el arsenal conceptual para enfrentar política y jurisdiccionalmente estos conflictos, al mismo tiempo que favorece una mejor comprensión de las cuestiones relativas a la igualdad constitucional que subyacen a ellos.

Este trabajo se divide en cuatro partes. En la primera (I) examinamos el conflicto constitucional desde la perspectiva de los intervinientes vinculados a la cultura Rapa Nui. En la segunda parte (II) analizamos críticamente los presupuestos de análisis y conclusiones de la argumentación del TC y mostramos sus puntos ciegos, debilidades e inconsistencias. En la última parte (III) ofrecemos y defendemos una propuesta teórica que consideramos tiene mejores rendimientos para aproximarse y resolver este tipo de controversias. Finalmente cerramos el trabajo (IV) con algunas conclusiones.

¹ Esta considera a la violencia como un atentado a los derechos humanos de las mujeres y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres, y exige que los Estados actúen con debida diligencia en su prevención, investigación y sanción.

I. EL CONFLICTO CONSTITUCIONAL Y SUS LECTURAS

El requerimiento presentado ante el TC versa acerca de los artículos 13 y 14 de la Ley N° 16.441 o *Ley Pascua*. Estas normas disponen:

Artículo 13°. En los delitos contemplados en los Títulos VII y IX del Libro Segundo del Código Penal, cometidos por naturales de la Isla y en el territorio de ella, se impondrá la pena inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley para el delito de que sean responsables.

Artículo 14°. En aquellos casos en que el Tribunal deba aplicar penas de presidio, reclusión o prisión podrá disponer que hasta dos tercios de ellas puedan cumplirse fuera del establecimiento carcelario, fijando en la sentencia las condiciones de trabajo y residencia que deba llevar el condenado y el tiempo por el cual se concede este beneficio, el que podrá suspenderse o revocarse por el Juez, de oficio o a petición de parte, por medio de una resolución fundada, que se apoye en el incumplimiento de las condiciones impuestas.

La controversia fue planteada por el tribunal requirente como una afectación multidimensional de la igualdad que transgrede varias disposiciones internacionales. Así, el tribunal sostuvo que los beneficios en favor de los naturales de Rapa Nui que esas normas dispensan una diferenciación arbitraria respecto de otras personas condenadas por los mismos delitos y generan, además, una desprotección de las mujeres víctimas pertenecientes a la cultura Rapa Nui en relación con otras mujeres. En su escrito el tribunal argumentó que lo anterior infringiría tanto normas constitucionales como disposiciones de tratados internacionales ratificados por Chile que reconocen y amparan la igualdad ante la ley de las mujeres. Adujo también que dicha rebaja punitiva transgrede el art. 7 letra b) de la Convención de Belém do Pará, el que establece que los Estados deben actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra las mujeres. Y postuló, apoyándose especialmente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que la pena “pretende satisfacer el derecho de las víctimas a la justicia y con ello obtener su justo derecho al castigo del autor” (c. 15°) siendo parte de un derecho genérico de la víctima a un justo y racional resarcimiento, exento de arbitrariedades. Según el requirente tal derecho sería vulnerado por la Ley Pascua, puesto que esta no satisface el estándar constitucional de razonabilidad en la diferenciación cuya carga de motivación es exigente debido al establecimiento sobreviniente de normas internacionales que proscriben toda clase de discriminaciones de género. Concluye que la mencionada rebaja punitiva no debiese ser aplicada por haber operado una derogación tácita tras la suscripción de los mencionados instrumentos internacionales².

² Si bien conforme con lo que sostiene parte de la doctrina y la jurisprudencia nacionales la declaración de derogación tácita podría ser declarada por el juez de fondo, al parecer el tribunal requirente optó por someter el asunto a la decisión del TC porque consideró que dicha declaración podría afectar o limitar los derechos de pueblos originarios —en especial, las normas de aplicación de penas contenidas en el Convenio

Durante la tramitación del requerimiento de inaplicabilidad de la Ley Pascua se presentaron varios *amicus curiae* con opiniones de terceros, pertenecientes a la sociedad civil. Resulta de interés reseñar dos de ellos, provenientes de organizaciones adscritas a la cultura *Rapa Nui*, los que formulan interpretaciones divergentes acerca del sentido y alcance de la Ley Pascua y respecto de la manera constitucionalmente adecuada de resolver este conflicto. El primero de estos escritos fue presentado por MAROA, una organización civil de mujeres que promueve la identidad, pertenencia y participación en la comunidad de Rapa Nui, en conjunto con la Corporación Colectiva-Justicia en Derechos Humanos³. El segundo provino del Consejo de Ancianos Rapa Nui-Mau Hatu, un órgano ancestral integrado por representantes de las familias del Pueblo Rapa Nui, que ejerce una autoridad tradicional, reconocida por la ley. Mientras el *amicus curiae* de Maroa-Colectiva sostiene que las normas de la Ley Pascua impugnadas son inconstitucionales porque lesionan el derecho de las mujeres a no sufrir violencia y no afectan derechos culturales (no habría tradición cultural diversa que proteger respecto del delito de violación), su homólogo del Consejo de Ancianos, en cambio, defiende la constitucionalidad de dichas normas priorizando la necesidad de proteger los valores culturales y negando la existencia de una afectación a la igualdad de género⁴.

Ambas presentaciones coinciden en que la Ley N° 16.441 –promulgada en 1966 y que creó el departamento de Isla de Pascua– estuvo inspirada por una voluntad del Estado chileno de resarcir el abandono al que había sido sometido este territorio y su gente, otorgando un régimen administrativo y judicial especial, incluyendo las normas penales objeto de controversia. Difieren, en cambio, acerca de la interpretación de la finalidad y justificación de las normas impugnadas. Maroa-Colectiva argumenta que ellas obedecen a un patrón cultural colonialista y patriarcal, que naturaliza la violencia de género mediante la concesión de beneficios a los autores de delitos sexuales y niega la existencia de una costumbre Rapa Nui que justifique tal diferenciación. En contraste, el Consejo de Ancianos postula que la Ley Pascua reconoce motivaciones culturales propias de la etnia Rapa Nui, las que inciden en la configuración de estos delitos; y las ampara para evitar la asimilación cultural. De acuerdo con la tesis de este órgano ancestral, la cosmovisión cultural Rapa Nui respecto de la sexualidad y el erotismo se aparta de la moral sexual cristiana (dominante en la legislación chilena de la época) y concibe el ejercicio de la sexualidad como algo natural, igualitario y libre, sin más límites que los impuestos por la costumbre. El uso de la fuerza en las relaciones sexuales no estaría completamente prohibido en la cultura Rapa Nui, existiendo ciertas formas de violencia toleradas (la denominada “fuerza grata”) para vencer la oposición del otro al acto sexual⁵.

169 de la OIT– y el llamado principio *pro reo*. Así, el requerimiento sostiene que es más conveniente que sea “la Justicia Constitucional [quien] dirima entre estos preceptos y los valores y principios que inundan nuestro orden jurídico” (c. 22°).

³ El objetivo de esta corporación es la defensa, el asesoramiento y la información en materia de derechos humanos.

⁴ Tribunal Constitucional, 29.1.2021 rol 8792-20, p. 686.

⁵ Tribunal Constitucional, 29.1.2021 rol 8792-20, p. 699.

En opinión del Consejo de Ancianos, lejos de constituir una afectación de los derechos de las mujeres, las normas cuestionadas por el requerimiento reconocen una concepción y práctica de la sexualidad basadas en la diversidad cultural, cuya preservación el pueblo Rapa Nui tiene derecho a reclamar de conformidad con el Convenio 169 de la OIT⁶.

Estas dos interpretaciones del problema constitucional concreto llevan a conclusiones distintas: si no hay costumbre indígena –como sostiene Maroa-Colectiva– entonces, la diferencia de regímenes normativos respecto del delito de violación deviene inmotivada y arbitraria. Es decir, no existiría, por consiguiente, un conflicto entre derechos de género y derechos culturales (o entre igualdad de género e igualdad cultural). En cambio, si existe tal costumbre –como argumenta el Consejo de Ancianos– entonces, la diferencia en el reproche penal descansaría sobre una diferencia cultural, en principio, amparada normativamente; de suerte que el conflicto entre derechos culturales y derechos de género resurgiría y debería ser resuelto priorizando alguno de ellos.

No cabe duda de que esta última aproximación tiende a ser más incómoda que la primera. Como observa Okin, las tensiones entre los objetivos políticos y jurídicos promovidos por el feminismo y por el multiculturalismo, habitualmente no son abiertamente reconocidas en los debates políticos y jurídicos⁷. El repentino cambio de posición del Consejo de Ancianos en medio de la tramitación del requerimiento contra la Ley Pascua parece ilustrar esta incomodidad. Presumiblemente, debido a la repercusión pública de los argumentos contenidos en el escrito de *amicus curiae*⁸, este órgano se vio forzado a presentar un nuevo escrito (un “téngase presente”) en el que se desdijo completamente del alegato que reivindicaba una práctica cultural de tolerancia hacia la violencia sexual⁹. En este escrito posterior reconoció, además, la existencia de una controversia al interior de la comunidad Rapa Nui, en relación con el impacto de los beneficios contemplados por dicha ley en las altas tasas de violencia intrafamiliar y delitos sexuales que registra la isla¹⁰. Sin embargo, reitera ahí la necesidad de que la vigencia de las normas impugnadas fuera resuelta por el pueblo Rapa Nui, de manera autónoma, con respeto de su

⁶ Tribunal Constitucional, 29.1.2021 rol 8792-20, p. 698.

⁷ OKIN, 1998, pp. 661-684.

⁸ La prensa local reportó que, al conocerse en el territorio Rapa Nui estos argumentos, se produjo una manifestación de protesta espontánea entre las mujeres de la isla. Véase *El Correo del Moai*, edición del 14.08.2020, disponible en <https://www.elcorreodelmoai.com/?p=1910>.

⁹ En particular, se desdijo de las afirmaciones que sugerían una aceptación cultural de la violencia de género (por ejemplo, su calificación como “fuerza grata”) y que podían interpretarse como una relativización de la indemnidad sexual de niños, niñas y adolescentes. Tribunal Constitucional, 29.1.2021, rol 8792-20, pp. 1008-1009).

¹⁰ En su escrito de contestación, el Ministerio de la Mujer y Equidad de Género aportó datos de contexto que permiten situar políticamente esta discusión. De acuerdo con cifras oficiales, los delitos de violencia intrafamiliar, en el 2018, en Rapa Nui, registraron una tasa de 4,37 veces superior a la tasa nacional. En respuesta a lo anterior, las acciones de protesta de las mujeres Rapa Nui para lograr la derogación de estas normas se han multiplicado. Ellas aducen que la baja penalidad asociada a la violencia sexual y el beneficio especial relacionado con el régimen de cumplimiento de las penas produce en las víctimas de la violencia de género desamparo, revictimización, vulneración y aumenta las posibilidades de reincidencia.

cultura y tradición, mediante el mecanismo de la consulta indígena y de conformidad con el Convenio 169 de la OIT¹¹.

El TC optó por una lectura de la controversia que disuelve completamente el conflicto entre derechos culturales y derechos de género. Si bien llega a la misma conclusión sugerida en el escrito de Maroa-Colectiva, lo hace utilizando otras coordenadas de análisis, menos sensibles al reconocimiento de la diversidad cultural. En efecto, en su sentencia (Rol 8792-2020) descartó que los artículos 13 y 14 de la Ley Pascua recojan una costumbre indígena, tanto respecto del momento en que se promulgó dicha ley como en la actualidad, y concluyó que el trato más favorable ahí previsto es un privilegio, carente de toda justificación, contrario a la cláusula general de igualdad del art. 19 n°2 y a la cláusula de “igual protección de los derechos” contemplada en el art. 19 n°3¹².

Para justificar dicha conclusión, la sentencia argumenta que, si bien el legislador puede fijar discrecionalmente el espectro punitivo, la rebaja de la pena asignada a un delito no puede atender “a las condiciones particulares del partícipe de un delito salvo en los casos de inimputabilidad”, porque “el Derecho Penal es un derecho que realiza valoraciones sobre actos u omisiones y no sobre personas”; y una finalidad es constitucionalmente legítima únicamente cuando se refiere a la valoración de los delitos y sus consecuencias¹³.

II. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA SENTENCIA DEL TC

Toda solución a un problema jurídico queda predeterminada por los presupuestos y categorías conceptuales utilizados para abordarlo. Este caso no escapa a esa regla. Pero debido a que las interpretaciones constitucionales tienen un efecto de irradiación en todo el sistema jurídico, aunque “muchos caminos puedan llevar a Roma”, hay unos que son preferibles a otros. Algunos enriquecen la teoría y la dogmática constitucional, mientras otros, aun siendo satisfactorios para un conflicto concreto, pueden terminar por empobrecer o encoger la dogmática constitucional. Creemos que el camino que la sentencia bosqueja es problemático desde varias perspectivas.

En primer lugar, si bien la sentencia reconoce, en teoría, el valor del pluralismo cultural concluye que no hay una costumbre indígena que amparar. El TC presenta dos tipos de argumentos para sostener esta tesis. El primero postula que, tanto la historia de la referida ley como la opinión de la autoridad tradicional Rapa Nui, descartan la existencia de una tolerancia cultural frente a la violencia sexual. El segundo, en cambio, sugiere que conductas contrarias a ciertas concepciones presuntamente universales o lesivas de las/los integrantes de esas comunidades culturales no podrían configurar, por

¹¹ Tribunal Constitucional, 29.1.2021, rol 8792-20, p. 1011.

¹² Tribunal Constitucional, 29.1.2021, rol 8792-20, c°. 64

¹³ Tribunal Constitucional, 29.1.2021, rol 8792-20, c°. 38.

ese solo hecho, una práctica cultural¹⁴ En particular, refiriéndose al escrito de *amicus* del Consejo de Ancianos, advierte que “no es posible reivindicar la violencia y depredación sexual como parte de la costumbre, tradición o cultura del pueblo rapanui” porque “una dimensión cultural de esa naturaleza repugna contra (sic) su propio pueblo”¹⁵.

En este y en otros pasajes de la sentencia¹⁶, el TC no solo descarta la existencia de un conflicto puntual entre las tradiciones culturales del pueblo Rapa Nui y los derechos de las mujeres, sino que tiende a rechazar la posibilidad de este conflicto con carácter general. Confunde, de esta manera, el plano normativo con el plano fáctico.

En los hechos, estos conflictos son frecuentes y representan un verdadero dilema para un constitucionalismo comprometido simultáneamente con los derechos de las mujeres y con el respeto de la diversidad cultural. A lo largo de la historia, las concepciones y prácticas culturales han sido vectores de la desigualdad de género. La cultura es parte de las lógicas de la discriminación y se intersecta con el género para producir la extrema vulnerabilidad de ciertas mujeres ante la violencia¹⁷. El reconocimiento de la diversidad cultural puede tanto reforzar patrones culturales de subalternidad femenina como permitir que la vulnerabilidad de las mujeres emerja en su diversidad fáctica¹⁸.

El vínculo entre cultura y género es pendular y hay buenas razones para apreciarlo con extrema cautela. Sendos ensayos de Susan M. Okin (“Feminism and Multiculturalism: Some Tensions” y “Is Multiculturalism Bad for Women?”), publicados a fines de la década de los 90, desencadenaron un intenso debate respecto de las negativas repercusiones en la agenda de género del reconocimiento de derechos a minorías culturales. En contra de lo afirmado por el TC, Okin sostiene que hay un vínculo histórico, intrincado y funcional entre cultura y dominación patriarcal, susceptible de observarse en las culturas conquistadoras y colonizadas, hegemónicas y minoritarias. Para Okin, las políticas de reconocimiento de derechos en favor de minorías culturales son eminentemente peligrosas porque exponen a las mujeres a fenómenos de subordinación y violencia, especialmente en la esfera privada¹⁹. Esta conclusión ha sido objeto de importantes matizaciones al

¹⁴ Tribunal Constitucional, 29.1.2021, rol 8792-20, c° 55..

¹⁵ Tribunal Constitucional, 29.1.2021, rol 8792-20, c° 64.

¹⁶ Tribunal Constitucional, 29.1.2021, rol 8792-20, c°55: “La defensa del particularismo de la cultura [...] supone discernir que tal defensa singular respeta condiciones y valoraciones universales sobre las cuales se asienta la vida colectiva en democracia. Por lo mismo, una agresión sexual como la violación, no solo no es parte de una costumbre indígena, sino que repudia el núcleo de la dignidad humana, los derechos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales reconocidos y vigentes en Chile, de un modo tal que no admiten particularidad alguna. [...] No hay antecedente alguno que permita concebir que la violencia sexual hace parte de una determinada cultura. Justamente, hechos que dividen y son repudiables debilitan la tradición. No es posible pensar que esta violencia se inspira en alguna superioridad de género o raza”.

¹⁷ CRENSHAW, 1991, pp. 1241-1299.

¹⁸ La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido sensible al enfoque interseccional en los casos de violencia sufrida por mujeres indígenas. Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, 31.08.2010, caso Rosendo Cantú y otra *vs.* México; y 30.08.2010, caso Fernández Ortega y otros *vs.* México.

¹⁹ OKIN, 1998 pp. 661-684.

interior del feminismo²⁰, sobre todo en el pensamiento feminista latinoamericano, de fuerte inspiración decolonial. Pero, en tanto señal de alerta, sigue estando plenamente vigente.

Creemos que la estrategia argumental del TC no logra capturar la complejidad y los matices de este tipo de controversias, ni tampoco las interfaces entre los sistemas culturales y de género, aun cuando concordamos con que la solución adecuada es la inaplicabilidad en el caso concreto de las disposiciones impugnadas de la Ley Pascua. En su argumentación se observa una gran dificultad para reconstruir satisfactoriamente los principios y lógicas normativas subyacentes a las desigualdades culturales y las desigualdades de género, no solo en sus relaciones recíprocas sino también consideradas la una por separado de la otra.

Especialmente desafortunada es el abordaje del estatuto constitucional de la diversidad cultural. Este último termina jibarizado, vaciado de contenido, pese a que la sentencia defiende reiteradamente la necesidad de reconocer y valorar dicha diversidad.

Una de las hebras argumentales fundamentales de la defectuosa reconstrucción del estatus de la diversidad cultural que hace la sentencia se relaciona con sus implicancias penales. El TC postula que la diversidad cultural es una condición inherente a quien comete una conducta ilícita, un rasgo personal, en general ajeno al derecho penal, en lugar de un fenómeno colectivo de relevancia constitucional.

Para afirmar lo anterior la sentencia revisa la legislación vigente e identifica un listado de finalidades consideradas, *ex ante*, legítimas. Tal estrategia adolece de un grave defecto: recorta el espectro de legitimidad de la ley penal, excluyendo el derecho constitucional y, en especial, los tratados internacionales²¹. También reduce el arco de posibilidades jurídicas. No solo rechaza que la diversidad cultural pudiera considerarse un fin constitucionalmente legítimo sino también que ella pudiera favorecer, eventualmente, a las mujeres. Es importante aclarar que, aunque hay muchos casos en los que puede haber tensión o conflicto entre el respeto de la diversidad cultural y la igualdad de género, no hay incompatibilidad lógica en afirmar, con carácter general, la legitimidad de una diferenciación punitiva basada en razones culturales y declarar, en concreto, que su aplicación puede lesionar los derechos de las mujeres a no sufrir violencia. Recordemos

²⁰ Siguiendo a FRASER (2000), podemos identificar dos dificultades que generan las demandas culturales: el problema del desplazamiento y el problema de la cosificación. Conforme con el primero, los planteamientos a favor del reconocimiento podrían postergar las luchas a favor de la redistribución. De acuerdo con el segundo, se produce una reificación de la identidad cultural que puede servir para justificar la violación de derechos básicos en nombre de categorías identitarias petrificadas. En esas circunstancias no debe sorprendernos la postura de Okin (véase también BARRY, 2002). Estas reacciones son comprensibles, pero erróneas por dos razones: primero, las políticas de la diferencia pueden representar respuestas genuinamente emancipatorias frente a graves injusticias estructurales; y, segundo, la cultura constituye un terreno de lucha legítimo que visibiliza aquellas formas de injusticia que no podemos ver bajo las categorías tradicionales, apareciendo en muchas ocasiones conectadas implícitamente con desigualdades económicas. En otras palabras, defender la conexión entre la idea de identidad y las políticas de la diferencia o reconocimiento no implica confundirlas con las políticas de la identidad esencialistas (SQUIRES, 2002: 114-132).

²¹ Fernández observa que existe una tendencia irreflexiva a proceder de esta manera en la práctica constitucional chilena. FERNÁNDEZ CRUZ, 2015, pp. 51-99.

que la determinación de la legitimidad de los fines perseguidos por una ley es una cuestión previa al examen de proporcionalidad. Mientras que la primera declaración se formula en un plano general y abstracto y, por tanto, no prejuzga el resultado del juicio de inaplicabilidad, el examen de proporcionalidad se interroga concretamente en los vínculos entre los medios elegidos por el legislador y un determinado fin, sirviéndose de los distintos subjuicios de la proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto)²². Sin embargo, la sentencia se decanta por una interpretación que no distingue estos diferentes niveles de análisis.

Ella vuelva la espalda, además, a algunas de las preguntas que la doctrina penal contemporánea viene planteando como reacción al avance del paradigma de reconocimiento de la diversidad cultural. Entre estas preguntas se pueden mencionar: "si resulta válido o no mantener una especie de presunción de igualdad entre los valores de diversas culturas; si corresponde que una sociedad realice un juicio de legitimidad respecto de los comportamientos de otras culturas minoritarias"²³, o si, aceptada la existencia de un principio de igualdad de todas las culturas, ¿este exigiría adecuar el significado y contenido de los derechos y garantías fundamentales como referente universal, a la específica cultura del sujeto que comete la conducta, incluyendo la concepción del injusto y la aplicación de la pena?²⁴

El paradigma de reconocimiento de la diversidad cultural hunde sus raíces en el derecho internacional de los derechos humanos y, por tanto, forma parte del bloque de constitucionalidad. En efecto, el art. 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos regula una dimensión individual de este derecho al establecer que "en los Estados en los que hay minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, a las personas que pertenecen a estas minorías no debe negárseles el derecho de disfrutar, en comunidad con los otros miembros de su grupo, de su cultura, de profesar y de practicar su religión, de utilizar su lengua". Por su parte, el art. 5 del Convenio 169 de la OIT²⁵ consagra otra dimensión colectiva. Esta última protege la posibilidad de que cada comunidad preserve sus expresiones culturales identitarias, que abarcan modos de vida, usos tradicionales, creencias, estructuras institucionales, costumbres, sistemas jurídicos y modos de impartir justicia²⁶. La sentencia del TC, en cambio, omite toda consideración referente a estos desarrollos normativos, los que resultan eclipsados por las normas legales provocando la distorsión que ya comentamos.

²² FERNÁNDEZ CRUZ, 2015, pp. 51-99.

²³ CARNEVALI, 2007, pp. 1-28.

²⁴ SANZ MULAS, 2018, p. 81.

²⁵ Ese artículo señala que: a) deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente; y b) deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos.

²⁶ La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reafirmado doble vez definiéndolo el derecho a la identidad cultural como "un derecho fundamental y de naturaleza colectiva de las comunidades indígenas, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática". Corte Interamericana de Derechos Humanos, 27.06.2012, Caso Pueblo Indígena *Sarayaku* vs. Ecuador, cs° 213 y 217.

También resultan trastocadas las coordenadas del examen constitucional de la igualdad/diferencia. Este es presentado por la sentencia como un caso fácil, en lugar de un ejemplo paradigmático de caso difícil. Como es bien sabido, la aplicación constitucional de las cláusulas de igualdad no consiste en una operación de subsunción (o, al menos, no consiste solo en eso). Según Prieto Sanchís, estas cláusulas contienen dos mandatos contradictorios (tratar igual aquello que es igual y tratar de manera diferente lo que es diferente) cuya textura es abierta, de manera que siempre es posible aportar razones en apoyo de uno u otro mandato²⁷. Todas esas razones deben ser ponderadas por la justicia constitucional. No obstante, la sentencia no se hace cargo de las razones que remiten al derecho internacional de los derechos humanos y, en especial, al Convenio 169 para evaluar la justificación de tal diferenciación.

Tal omisión es grave considerando que el Consejo de Ancianos mantuvo, a lo largo del procedimiento, una postura a favor de esta interpretación. Recordemos que rechazó en su segundo escrito que hubiera una tolerancia cultural a la violencia sexual, pero sostuvo invariablemente una tesis compuesta por tres eslabones: a) la aplicación de la justicia (en particular de la ley penal), debe considerar las costumbres y el derecho consuetudinario del pueblo Rapa Nui en cumplimiento de lo dispuesto por el Convenio 169; b) los artículos 13 y 14 de la Ley Pascua concretan ese mandato de pluralismo jurídico; y c) si bien dichas normas pueden expresar una interpretación “externa y anacrónica”, su revisión debe efectuarse, mediante el mecanismo de la consulta, al interior del pueblo Rapa Nui, quien sería soberano en la determinación de sus prácticas culturales y derecho consuetudinario²⁸.

Recapitulando, la sentencia pone una gran sombra de duda respecto del alcance de la valoración constitucional de la diversidad cultural en Chile. Algunas de sus premisas centrales –la idea de que el derecho penal es impermeable a las cualidades personales²⁹ y que el respeto de la diversidad cultural no contradice nunca las lógicas universalistas que subyacen a los derechos– son más cercanas a un modelo asimilacionista que a un

²⁷ PRIETO SANCHÍS, 2008, p. 42. Incluso si se considera que ambos mandatos son complementarios en lugar de contradictorios, como lo entiende la doctrina mayoritaria chilena, el juicio de igualdad sigue siendo un caso difícil desde el punto de vista de su solución.

²⁸ El siguiente extracto es ilustrativo de esta postura: “Nuestra postura como Consejo de Ancianos, es que este debate se debe dar al interior del pueblo Rapa Nui, de manera autónoma, con pleno reconocimiento y protección a nuestros valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios y respetando la integridad de los valores, prácticas e instituciones de nuestro pueblo Rapa Nui (Convenio 169 de la OIT artículo 5 letras a y b), y respetando nuestros derechos a controlar, en la medida de lo posible, nuestro propio desarrollo económico, social y cultural (Convenio 169 de la OIT artículo 7º)”. Tribunal Constitucional, 29.1.2021, rol 8792-20, p. 1011.

²⁹ En la argumentación del TC el reconocimiento de la diversidad cultural en materia penal resulta reducido a las disposiciones de la Ley nº 20.253 y, en particular, a su art. 54 que prevé la posibilidad de invocar costumbre indígena ante los tribunales de fondo. Sin embargo, mirada bien, esa regla procesal no subvierte las categorías universales de la teoría del delito, más bien, las presupone. La introducción del factor cultural que ella facilita se hace mediante el recurso a las causales de justificación o de exculpación generales, las que actúan como atenuantes o condicionando la determinación de la pena. Se trata, por tanto, de una regla procesal que se muestra aparentemente sensible a la diversidad étnico-cultural, pero que, por consiguiente, no desafía una concepción liberal tradicional del injusto y de la pena.

modelo multiculturalista fuerte o pluralista. El modelo asimilacionista se caracteriza por priorizar una justicia “ciega” centrada en los hechos y no en las personas. De ahí que la introducción del elemento cultural es vista como un germen de disrupción y una afectación de la igualdad³⁰. Un modelo intercultural o pluralista, en contraste, asume la igualdad de las culturas y reconoce la posibilidad de una tensión entre los valores universalistas que informan los derechos humanos y el respeto de la diversidad cultural³¹.

Una posible hipótesis explicativa de este paradójico resultado remite a la influencia de los contextos institucionales en las interpretaciones jurídicas. El carácter unitario del Estado tiende a afianzar una (falsa) concepción homogénea y centralizadora del derecho, reacia a reconocer y valorar la diversidad de las prácticas normativas. Boaventura de Sousa Santos subraya, a propósito de la justicia indígena, que el pluralismo jurídico —es decir, la existencia de más de un sistema jurídico en el mismo espacio geopolítico de un Estado— ha sido una constante histórica en Latinoamérica debido a su pasado colonial. Sin embargo, la concepción unificadora, hasta ahora dominante, ha propiciado una simbolización degradada de ese pluralismo cultural. Lo ha tratado como una excepción, una excentricidad o una concesión graciosa. Por consiguiente, la emergencia en el constitucionalismo latinoamericano reciente del modelo de Estado plurinacional ofrece una diferencia institucional cualitativa, cuyos rendimientos, políticos y jurídicos, son manifiestos. En palabras del sociólogo de Coímbra, el nuevo Estado plurinacional, instalado en Bolivia y Ecuador, y su componente intercultural “no exige simplemente un reconocimiento de la diversidad, sino más bien la celebración de la diversidad cultural y el enriquecimiento recíproco entre las varias culturas en presencia”³².

Sin embargo, es importante hacer presente que la defensa de posiciones uniformadoras a nivel cultural no es una consecuencia lógica de una forma contingente de organización estatal; es una posición ideológica que se rebela ante un constitucionalismo contemporáneo, de más en más pluralista y poroso. Basta observar que los mismos gobiernos que defienden la diversidad cultural como una cualidad distintiva de la soberanía estatal frente a la globalización de los derechos culturales, internamente aplastan la rica variedad de culturas que coexisten en los territorios nacionales³³.

³⁰ SANZ MULAS, 2018, p. 43

³¹ Como explica la Corte Constitucional de Colombia, mientras los derechos *se fundamentan en normas transculturales, pretendidamente universales, que permitirían afianzar una base firme para la convivencia y la paz entre las naciones, el respeto de la diversidad supone la aceptación de cosmovisiones y de estándares valorativos diversos y hasta contrarios a los valores de una ética universal*, 30.05.1994, rol T-254/94.

³² SANTOS, 2012, p. 20

³³ SANTOS, 2009, p. 300. Como nos recuerda Bonilla (2006, pp. 80-108), el lenguaje hegemónico del constitucionalismo moderno ignora, excluye y suprime la diferencia cultural de diversas formas: a) cuando define al soberano como una comunidad de individuos homogéneos que mediante un acto voluntario y racional crean una Constitución; b) cuando se sostiene sobre la ficción de que las Constituciones se crean en momentos fundacionales y que estas son una condición previa para la democracia, pero no son parte de ella; c) cuando defiende que las instituciones políticas y jurídicas características de las Constituciones posrevolucionarias son expresión de un estadio superior de progreso social, económico y cultural; y d) cuando asocia artificialmente una nación con un solo Estado que, además, posee una sola autoridad central y uniforme, garantía de estabilidad política y orden interno. Véase, además, Tully, 1995, pp. 58-98.

Llegados a este punto conviene hacerse cargo de una cuestión que hemos venido posponiendo y que atraviesa la controversia constitucional examinada. ¿Es correcto suponer –como lo hace el TC– que necesariamente hay una contradicción entre los derechos *culturales* y *los derechos de género*?

Conviene partir destacando que los artículos impugnados de la Ley Pascua reenvían, entre otros delitos, a las figuras contempladas en el título VII del libro II del Código Penal, referido a los “crímenes y delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual”. Es decir, abarcan figuras tales como la sodomía consentida, el aborto y el abandono de menores. Presentado esto, podríamos preguntarnos si es posible concebir hipótesis de derechos de género que resulten fortalecidos en su protección al considerar el factor cultural.

En sus dos presentaciones, el Consejo de Ancianos evocó explícitamente esta posibilidad respecto de las relaciones homosexuales consentidas. Este órgano afirmó que dichas prácticas no son objeto de reproche social en la tradición cultural polinésica mientras que sí lo son en la legislación penal chilena, la que sanciona las relaciones homosexuales masculinas consentidas entre mayores de edad y adolescentes con capacidad de consentimiento (art. 365 del Código Penal). Como es sabido, en su STC Rol 1683-10, el TC formuló varias consideraciones relativas al bien jurídico protegido en este injusto que parten del supuesto de que la práctica de la sodomía, independientemente de si media o no consentimiento, afecta la indemnidad y el desarrollo sexual de los varones adolescentes. No cabe duda de que tal visión estereotipada descansa en una concepción cultural de la sexualidad que ha predominado en Occidente desde el siglo XVIII. Suponiendo que lo que afirma el Consejo de Ancianos es cierto, es decir, que en la tradición polinésica no existe un reproche social a dichas prácticas, entonces, la pregunta acerca de la legitimidad de la atenuación de la punición que contempla la Ley Pascua para este delito resurge. Sin embargo, como hemos visto, el TC descartó tajantemente esta posibilidad. La rigidez de esta solución y sus efectos negativos en los derechos de la población homosexual masculina, permiten observar que el rechazo categórico de la relevancia penal de los derechos culturales en la determinación legal del umbral punitivo no es una afirmación neutra; antes bien es una afirmación ideológica que alienta la falsa creencia de que la ley penal chilena no tiene cultura.

Por último, es importante recalcar que la diversidad cultural no implica necesariamente una amenaza para los derechos de las mujeres y, sin su adecuada consideración, lo habitual es que los derechos de las mujeres pertenecientes a culturas minoritarias se fragilicen. De hecho, la omisión de la diversidad cultural puede tener efectos muy nocivos para las mujeres en los juicios penales. Ejemplo de lo anterior es el caso de Gabriela Blas, una mujer aymara que fue condenada a 12 años de privación de libertad por delito de abandono de menores con resultado de muerte, a raíz de que su hijo, de tres años, quien la acompañaba durante una faena de pastoreo, desapareció y fue encontrado muerto³⁴. En los dos juicios a los que ella fue sometida, los tribunales desecharon reiteradamente

³⁴ Dicho caso fue denunciado al Sistema Interamericano de Derechos Humanos y se zanjó mediante una solución amistosa ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en 2016.

las defensas basadas en la diversidad cultural que apuntaban al temprano involucramiento de los niños/as aymara en estas labores, realizadas en solitario por sus madres, en medio del altiplano, en condiciones de aislamiento y gran precariedad. Si bien el caso de Gabriela Blas corresponde a una hipótesis de *cultural defence* (una defensa en juicio penal fundada en motivos culturales), y no es un supuesto de reducción automática de la pena, la cuestión subyacente a ambos casos es la misma: la hipervaloración de un tipo de comportamiento en las culturas dominantes (un estándar cultural de maternidad, en el caso de Gabriela Blas) puede terminar por perjudicar a las mujeres pertenecientes a culturas minoritarias.

En síntesis, el respeto de la diversidad cultural puede poner en jaque los derechos de las mujeres, pero también es fundamental para la adecuada protección de sus derechos. En consecuencia, el acercamiento constitucional a estas cuestiones no puede configurarse mediante un enfoque de todo o nada. En la siguiente sección presentamos las bases conceptuales para una propuesta de abordaje.

III. EL TRASFONDO CONCEPTUAL DEL CONFLICTO Y UNA POSIBLE SOLUCIÓN TEÓRICA

La cultura juega un rol central en la construcción de la identidad y en nuestra concepción respecto de la naturaleza humana y de los derechos³⁵. Las sociedades y los individuos que las componen tienen diversas visiones acerca del sujeto, de suerte que el debate pertinente a la identidad humana constituye parte relevante de la historia del pensamiento moral. Asumimos cierta noción de la identidad humana cuando hablamos de derechos humanos, trato inhumano, humanidad, dignidad y naturaleza humana. Nuestras vidas son modeladas por incontables influencias sociales y construimos nuestra identidad personal reflexivamente, en relación con ellas. Nuestra identidad social preconfigura la identidad personal de múltiples formas. Al identificarnos con nuestros roles y relaciones sociales, estos se convierten en parte de nosotros. Así, nuestro sentido de identidad personal se expande hasta abarcar ambas dimensiones, vertebrándonos por medio de ellas. A su turno, al definirnos a nosotros y a los otros como seres humanos, nos autopercebimos, a la vez, como personas únicas, portadoras de identidades sociales singulares y, además, como una clase particular de agentes que comparten una humanidad común.

En la actualidad no se pone en duda que la cultura juega un papel central en la construcción de la propia identidad. Las personas demandan respeto hacia su cultura y las comunidades culturales, particularmente cuando son minoritarias y se ven amenazadas por la cultura hegemónica, reclaman protección para sí, por la vía de derechos colectivos. Este escenario plantea un desafío jurídico especialmente complejo: cómo articular la conexión entre la cultura y la agencia individual de modo tal que superemos

³⁵ PAREKH, 2008, pp. 8-31.

la dicotomía entre una aplicación universal de reglas insensibles a las diferencias y un esencialismo cultural relativista que opera como justificación de actos que nos repugnan.

La controversia referente a la Ley Pascua se sitúa en el centro de este problema al orbitar alrededor de la protección de los derechos de las mujeres Rapa Nui. Dichas mujeres son, al mismo tiempo, un grupo vulnerable por referencia a la cultura mayoritaria y un grupo potencialmente oprimido al quedar expuestas a situaciones de violencia normalizadas por razones culturales. Jurídicamente hablando, el desafío de estos casos radica en ofrecer mecanismos que permitan, por una parte, respetar la construcción de la propia identidad por referencia a horizontes identitarios y, por otra, aseguren la debida protección de grupos vulnerables para que el derecho a disentir dentro de la propia cultura esté canalizado institucionalmente de forma satisfactoria.

Una propuesta para abordar este problema consiste en la construcción de un modelo jurisdiccional culturalmente pluralista. Esta vía se hace cargo del primer aspecto que nos preocupa: el reconocimiento de la diferencia cultural y el derecho de las minorías nacionales a darse para sí su propio sistema jurídico o, al menos, introducir excepciones legales culturalmente justificadas. Pero, ese es solo la mitad del desafío. ¿Se puede atenuar la responsabilidad penal por razones culturales? ¿Se puede justificar la violencia sexual contra la mujer por medio de una jurisdicción intercultural? ¿Cómo debería implementarse una jurisdicción culturalmente pluralista para respetar la libre determinación de los pueblos indígenas, pero blindar a sus miembros más débiles de vulneraciones amparadas por la élite local? Cada una de estas preguntas envuelven cuestiones problemáticas que deben encararse apropiadamente.

La noción de ciudadanía edificada al interior de las democracias constitucionales liberales no es capaz de articular una respuesta satisfactoria para estas preguntas. Como una amplia literatura feminista³⁶ y multiculturalista³⁷ muestra, la concepción liberal de la ciudadanía estigmatiza a los grupos que no calzan en ella³⁸. Los derechos ideados para ese ciudadano que comparte ciertas propiedades abstractamente iguales no se acomodan a las necesidades de grupos diferenciados, pues demandan algo más que las tradicionales políticas redistributivas del Estado democrático de derecho³⁹.

Desde un punto de vista teórico, y tal como plantea Deveaux⁴⁰, los teóricos liberales se enfrentan a una disyuntiva compleja: mantener un modelo centrado en derechos individuales abstractos refractario a las diferencias culturales o reconocer la relevancia política de ciertas demandas de reconocimiento, minando, en parte, el modelo de los derechos. El tema que revisamos en este artículo se inserta en el corazón de esta encrucijada, pero agrega un elemento adicional, que la torna aún más difícil: reenvía a las

³⁶ SÁNCHEZ, 2002, p. 359.

³⁷ KYMLICKA, 2007, pp. 61-86; PAREKH, 2002, pp. 133-150; DE LUCAS, 2001, pp. 61-102; y BANTING y KYMLICKA, 2006, p. 9.

³⁸ SONG, 2007, p. 68; DELANTY, 2010; JACKSON, 2005; MODOOD, 2007; ZÚÑIGA, 2009 y 2010.

³⁹ KYMLICKA, 2002, pp. 327-376. Véase también FRASER, 2000, pp. 107-120; DELANTY, 2010, p. 59 y MODOOD, 2007, pp. 68-70.

⁴⁰ DEVEAUX, 2000, pp. 16-26; y 2006, pp. 54-88.

diferencias en el seno de los propios grupos minoritarios, es decir, a las dificultades que padecen las minorías al interior de las propias minorías.

Para ajustar el foco de análisis a la textura compleja de estas discusiones se ha debido avanzar a una comprensión más compleja de la cultura⁴¹ y de las prácticas culturales como espacios de disputa entre los miembros más vulnerables de las comunidades y los que controlan el poder al interior de estas⁴². El examen de las demandas de grupos culturales minoritarios, sobre todo tratándose de prácticas que refuerzan tradiciones que, a la luz de las normas del Estado democrático constitucional, pueden calificarse como discriminatorias⁴³, se vuelve crucial.

En casos como el de la Ley Pascua se requiere buscar 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 la rigidez de las soluciones binarias⁴⁴. La clave es no dar cabida, *ex ante*, a los prejuicios de una cultura por sobre otra para argumentar, sin más, la subordinación categorial de todas las mujeres⁴⁵. En esa línea, un discurso feminista que, sin negar la importancia de la cultura, reconozca e identifique las condiciones particulares de subordinación femenina al interior de cada contexto cultural; y avance en la reivindicación de derechos de género estratégicos para una transformación *desde adentro*, parece ser una necesidad impostergable.

La propuesta para resolver problemas como el suscitado por la Ley Pascua, de acuerdo con estas coordenadas conceptuales, pasa por combinar tres propuestas teóricas moduladas entre sí: el modelo de las jurisdicciones multiculturales, las propuestas de liberativas culturalmente sensibles y una perspectiva *interseccional*.

El modelo de las *jurisdicciones multiculturales*, propuesto por Ayelet Shachar⁴⁶, parte de lo que la filósofa denomina la paradoja de la *vulnerabilidad multicultural*, esto es, la justificada reticencia feminista liberal ante la potencial opresión 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 subordinación⁴⁷. 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

⁴¹ DEVEAUX, 2006, p. 1-22. El concepto sofisticado de cultura al que aludimos se compone de 4 elementos: a) la idea de la cultura como proceso (PHILLIPS, 2007b, pp. 15-29); b) el choque cultural como una distribución desigual del poder; c) el proceso de significación radica en los agentes, no en la cultura (DHAMON, 2007, pp. 30-49); y d) las culturas tienen potestades normativas (SHACHAR, 2001, p. 2).

⁴² BENHABIB, 2002, p. 4 y PAREKH, 2006, pp. 336-338. Cfr. EINSENBURG Y SPINNER-HALEV, 2005).

⁴³ VILLAVICENCIO, 2014.

⁴⁴ En otra parte hemos analizado el caso de los acuerdos reparatorios aceptados en casos de violencia leve y no reiterada contra la mujer en comunidades mapuches (véase VILLAVICENCIO, 2018, pp. 105-121). También es un buen ejemplo el caso de Gabriela Blas (véase VILLAVICENCIO, 2017, pp. 355-387).

⁴⁵ SANDOVAL Y UNDURRAGA, 2012, p. 32.

⁴⁶ Cfr. VILLAVICENCIO, 2014.

⁴⁷ SHACHAR, 2001, pp. 4-10.

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 agudizando su oposición 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 básicos⁴⁸.

Dos críticas se ciernen sobre el modelo de Shachar. En primer lugar, podemos llegar a confundir la comprensión estratégica de cuestiones morales con aquello que por principio consideramos justo⁴⁹. Y, en segundo lugar, los procedimientos necesarios para institucionalizar la jurisdicción multicultural a veces corren el riesgo de provocar un derecho estamental, socavando la igualdad ante la ley⁵⁰. 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 jurídico⁵¹.

Las *propuestas deliberativas culturalmente sensibles*, por su parte, buscan revitalizar un diálogo intercultural que permita, desde una visión no reduccionista de la cultura⁵², la comparecencia de todos los grupos en igualdad de condiciones dialógicas en la esfera pública. Una cultura, desde su interior, nunca aparece como un todo homogéneo⁵³. Luego, no puede ser petrificada a costa de la autonomía de algunos de sus miembros impidiendo que estos cuestionen su pertenencia a la cultura. La cultura dejaría de ser, como nos asegura Parekh⁵⁴, permeable externamente, haciendo vano todo cuestionamiento respecto del modo en que debemos tratar a las minorías al interior de las minorías. Para esta clase de *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 élites locales⁵⁵. 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

⁴⁸ SHACHAR, 2001, p. 117 y PÉREZ DE LA FUENTE, 2004, pp. 423-425.

⁴⁹ Cfr. KUKATHAS, 2012, pp. 53-55.

⁵⁰ BENHABIB, 2002, p. 128.

⁵¹ BARRY, 2002, pp. 38-50.

⁵² 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.

⁵³ BENHABIB, 2002, p. 4-5.

⁵⁴ PAREKH, 2006, pp. 295-338.

⁵⁵ PHILLIPS, 2007a, pp. 151-157 y SHACHAR, 2001, pp. 40-42.

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 solo propio de mi cultura⁵⁶.

Las *propuestas deliberativas culturalmente sensibles* 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 estas genuinamente compartidas o son excluyentes? ¿Cómo se conduce la deliberación? ¿Qué tipo de resultado debe ser el esperado?⁵⁷ 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 amigable no es algo que los grupos oprimidos podrían estar dispuestos a aceptar⁵⁸.

Tanto la tesis de las jurisdicciones multiculturales como las propuestas deliberativas han de ser moduladas con la perspectiva *interseccional*. La interseccionalidad⁵⁹ 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 estas puede producir contextos complejos de desigualdades que pueden, a su vez, ser analizados en términos de poder por medio de distintos niveles⁶⁰. 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 simultáneas de opresión: no podemos criticar el racismo, sin hacer referencia al sexismo y al clasismo, y viceversa⁶¹.

La *interseccionalidad* es, entonces, una alternativa a la política de la identidad que permite considerar las diferencias intragrupalas subvirtiéndolas separaciones entre género, etnia y clase social como elementos disyuntivos. Al hablar de diversidad cultural se busca resaltar la necesidad de entenderla 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

⁵⁶ BENHABIB, 2002, pp. 106-114 y DEVEAUX, 2000, pp. 138-179.

⁵⁷ DEVEAUX, 2005, pp. 344 y 345.

⁵⁸ DEVEAUX, 2005, pp. 360-361.

⁵⁹ Hemos revisado la idea de interseccionalidad en otro trabajo. Lo que se presenta aquí se basa en el artículo GARCÍA Y VILLAVICENCIO, 2016.

⁶⁰ ANTHIAS y YUVAL-DAVIS, 1992; ANTHIAS, 1998; ANDERSEN, 2006; McCall, 2005; y WINKER Y DEGELE, 2009.

⁶¹ ANZALDÚA, 1987.

definida *a priori*, poniendo de relieve su origen complejo y su interconexión con distintas condiciones de identificación y discriminación social. 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 este modelo trifronte, quisiéramos ahora volver sobre el caso. Para hacerlo adecuadamente, nos 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 propia⁶². Las normas que nos ocupan 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) reconocidas en los artículos 13 y 14 de la Ley N° 16.441.

Hay en el caso que nos ocupa varios puntos problemáticos que nos demandan una perspectiva más dinámica que permita superar la lógica unidimensional 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 pluralistas⁶³. 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. ¿Habrà algún modo satisfactorio de administrar estas tensiones?

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 de sistemas normativos. El planteamiento que se propone descansa –como ya se dijo– en la interseccionalidad y un modelo de jurisdicciones multiculturales deliberativamente situado.

El factor etnia ocupa un lugar importante en este asunto como consta de los discursos recogidos en el proceso. Aunque la opinión de las mujeres Rapa Nui (expresada en el *amicus curiae* presentado por Maroa) y la posición definitiva del Consejo de Ancianos,

⁶² MELIN *et al.*, 2016, pp. 71-86.

⁶³ AYLWIN *et al.*, 2013, pp. 416-417.

no difieren respecto del hecho de que la cosmovisión Rapa Nui no valida la violencia de género, las mujeres Rapa Nui 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 nuestra opinión, resulta 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. Chile debería avanzar "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 ser una realidad dentro de sus propios métodos de resolución de conflictos"⁶⁴.

IV. CONCLUSIONES

Atendido el estado actual de reconocimiento y protección de la diversidad cultural en el derecho internacional de los derechos humanos, es innegable que este tiene relevancia para el sistema chileno, incluyendo la ley penal. No obstante, los eventuales conflictos con otros derechos o bienes jurídicos deben ser resueltos recurriendo a un examen de ponderación. La armonización de la diversidad cultural con los derechos de las mujeres no es sencilla, pero su abordaje no puede consistir en un enfoque de todo o nada, en la que de entrada se supedita la una a la otra o viceversa. Proponemos que un correcto abordaje de estas cuestiones requiere:

1. Conceptualmente, una visión que pueda hacerse cargo de la paradoja de la vulnerabilidad cultural alcanzando un equilibrio triple: a) el reconocimiento de las potestades normativas de las comunidades indígenas; b) el reconocimiento de una jurisdicción multicultural que permita escoger caso a caso la legislación aplicable; y c) la distribución para todas y todos de los derechos básicos liberales que salvaguarden la deliberación⁶⁵. Cumplidas las condiciones anteriores, podemos esperar que los individuos que pertenecen a la comunidad dominante y la minoritaria se conciban como agentes morales cuya identidad tiene una afiliación plural permitiendo que tanto el grupo dominante como los grupos minoritarios se influyan recíprocamente⁶⁶. Es indispensable que las demandas interculturales

⁶⁴ VILLEGAS Y MELLA, 2017, p. 163.

⁶⁵ Cfr. VILLAVICENCIO, 2014.

⁶⁶ Cfr. SHACHAR, 2001, p. 118.

liberen su potencial conflictivo en la esfera civil pública mediante el diálogo y la negociación⁶⁷.

2. Tratar a las mujeres con igual consideración y respeto, lo que excluye soluciones del tipo *todo o nada*. Debemos transitar desde posturas que esencializan las culturas a una propuesta que comience por dejar de hablar en nombre de las mujeres. La posible vulneración de sus derechos no reposa, necesariamente, en la cultura en que se insertan, sino habitualmente en los agentes –hombres– que lideran esos grupos y que aseguran representarlas para, en realidad, mantener el control. El control también puede provenir de los Estados y los organismos internacionales que, aun bien inspirados, se enfocan en concederles derechos heterónomamente.

BIBLIOGRAFÍA

- ANDERSEN, Margaret, 2006: "Race, gender, and Class Stereotypes: New Perspectives on Ideology and Inequality", *Revista Norteamérica*, volumen 1, Nº 1, pp. 69-91.
- ANTHIAS, Floya y YUVAL-DAVIS, Nira, 1992: *Racialized Boundaries: Race, Nation, Gender, Colour and Class and the Anti-Racist Struggle*, Londres: Routledge.
- ANTHIAS, Floya, 1998: "Rethinking Social Divisions: Some Notes towards a Theoretical Framework", *Sociological Review*, 46, 3, pp. 505-535.
- 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.
- BANTING, Keith y KYMLICKA, Will, ed. *Multiculturalism and the Welfare State: Recognition and Redistribution in Contemporary Democracies*. Oxford: Oxford University Press, 2006.
- BARRY, Bryan. *Culture and Equality. An Egalitarian Critique of Multiculturalism*, Cambridge-Massachusetts: Harvard University Press, 2002.
- BENHABIB, Seyla, 2002: *The Claims of Culture. Equality and Diversity in the Global Era*, Princeton: Princeton University Press.
- BONILLA, Daniel, 2006: *La constitución multicultural*, Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- CARNEVALI, Raúl, 2007: "El multiculturalismo: un desafío para el Derecho penal moderno", *Revista de Política Criminal*, Nº 3, A6, pp. 1-28.
- CRENSHAW, Kimberle, 1991: "Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color", *Stanford Law Review*, volumen 43, nº 6, pp. 1241-1299.
- DE LUCAS, Javier, 2001: "La(s) sociedad(es) multicultural(es) y los conflictos políticos y jurídicos", *Cuadernos de derecho judicial*, volumen 6, pp. 59-102.
- DELANTY, Gerard, 2010: *Community* (2ª edición), Abingdon: Routledge.
- DEVEAUX, Monique, 2000: *Cultural Pluralism and Dilemmas of Justice*, Nueva York: Cornell University Press.
- DEVEAUX, Monique, 2005: "A Deliberative Approach to conflicts of culture", en Avigail Einsenberg y Jeff Spinner-Halev (editores), *Minorities within Minorities. Equality, Rights and Diversity*, Cambridge: Cambridge University Press, pp. 340-362.

⁶⁷ BENHABIB, 2002, p. 115.

- DEVEAUX, Monique, 2006: *Gender and Justice in Multicultural Liberal States*, Oxford: Oxford University Press.
- DHAMOON, Rita, 2007: "The politics of Cultural Contestation", en Barbara Arneil, Monique Deveaux, Rita Dhamoon y Avigail Eisenberg (editoras), *Sexual, Justice/Cultural Justice. Critical perspectives in political theories and practice*, Londres-Nueva York, Routledge, pp. 54-95
- EINSENBURG, Avigail y SPINNER-HALEV, Jeff (editores), 2005: *Minorities within Minorities. Equality, Rights and Diversity*, Cambridge: Cambridge University Press.
- FERNÁNDEZ Cruz, Ángel, 2015: El juicio constitucional de proporcionalidad de las leyes penales: ¿La legitimación democrática como medio para mitigar su inherente irracionalidad?, *Revista de Derecho (Coquimbo)*, volumen 17, N° 1, pp. 51-99. Disponible en: <https://revistaderecho.ucn.cl/index.php/revista-derecho/article/view/2062> [Fecha de consulta: 28.4.2021].
- FRASER, Nancy, 2000: "Rethinking Recognition", *New Left Review*, N° 3, pp. 107-120.
- GARCÍA, Sabina y VILLAVICENCIO, Luis, 2016: "Alcances y límites del multiculturalismo liberal desde un enfoque de género interseccional", *Convergencia Revista de Ciencias Sociales*, volumen 23, N° 72, pp. 13-38.
- JACKSON, Jeniffer, 2005: *Minority Rights*, Cambridge: Polity Press.
- KUKATHAS, Chandran, 2012: "Exit, freedom and gender", en Dagmar Borchers y Annamari Vitikainen (editores), *On Exit: Interdisciplinary Perspectives on the Right of Exit in Liberal Multicultural Societies*, Berlín: Walter de Gruyter, pp. 56-34.
- KYMLICKA, Will, 2002: *Contemporary Political Philosophy. An Introduction* (2ª edición), Oxford: Oxford University Press.
- KYMLICKA, Will, 2007: *Multicultural Odysseys. Navigating the New International Politics of Diversity*, Oxford: Oxford University Press.
- MCCALL, Leslie, 2005: "The Complexity of Intersectionality", *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, volumen 30, N° 3, pp. 1771-1800.
- MELIN, M., COLIQUEO, P., CURIHUINCA, E., y ROYO, M., 2016: *Azmapu: una aproximación al sistema normativo mapuche desde el Rakizum y el derecho propio*, Temuco: Instituto Nacional de Derechos Humanos.
- MODOOD, Tariq, 2007: *Multiculturalism. A Civic Idea*, Cambridge: Polity Press.
- OKIN, Susan, 1998: "Feminism and Multiculturalism: Some Tensions", *Ethics*, volumen 108, N° 4, pp. 661-684.
- PAREKH, Bhikhu, 2002: "Barry and the dangers of liberalism", en Paul Kelly (editor), *Multiculturalism Reconsidered. Culture and Equality and its Critics*, Cambridge: Polity Press, pp. 133-150.
- PAREKH, Bhikhu, 2006: *Rethinking Multiculturalism. Cultural Diversity and Political Theory* (2ª edición), Londres: Palgrave Macmillan.
- PAREKH, Bhikhu, 2008: *A New Politics of Identity. Political Principles for an Interdependent World*, 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*, N° 13, pp. 399-430.
- PHILLIPS, Anne, 2007a: *Multiculturalism without Culture*, Princeton: Princeton University Press.
- PHILLIPS, Anne, 2007b: "What is 'culture'?", en Barbara Arneil, Monique Deveaux, Rita Dhamoon y Avigail Eisenberg (editores), *Sexual, Justice/Cultural Justice. Critical perspectives in political theories and practice*, Londres: Routledge, pp. 15-29.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, 2008: "El juicio de ponderación constitucional", en Miguel Carbonell (Ed.) *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos Ecuador, pp. 85-124.

- SÁNCHEZ, Cristina, 2002: "Feminismo y ciudadanía", en Elías Díaz y José Luis Colomer (editores), *Estado, justicia, derechos*, Madrid: Alianza, pp. 347-370.
- SANZ MULAS, Nieves, 2018: *Delitos culturalmente motivados*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- 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.
- SANTOS, Boaventura de Sousa, 2012: "Cuando los excluidos tienen derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad", en Boaventura de Sousa Santos y José Exeni Rodríguez. *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*. vol. 27, La Paz: Abya-Yala / Fundación Rosa Luxemburgo, pp. 11-48.
- SANTOS, Boaventura de Sousa Santos, 2009: *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el Derecho*, Madrid: Trotta.
- SHACHAR, Ayalet, 2001: *Multicultural Jurisdictions. Cultural Differences and Women's Rights*, Cambridge: Cambridge University Press.
- SONG, Sarah, 2007: *Justice, Gender, and the Politics of Multiculturalism*, Cambridge: Cambridge University Press.
- SQUIRES, Judith, 2006: "Culture, Equality and Diversity", en Paul Kelly (editor), *Multiculturalism Reconsidered. Culture and Equality and its Critics*, Cambridge, Polity Press, pp. 114-132.
- TULLY, James, 1995: *Strange Multiplicity: Constitutionalism in the Age of Diversity*, Cambridge: Cambridge University Press.
- VILLAVICENCIO, Luis, 2014: "Minorías étnico-culturales y derechos de las mujeres", *Revista de Ciencia Política (Santiago)*, volumen 34, Nº 3, pp. 605-621.
- VILLAVICENCIO, Luis, 2017: "Interculturalidad, derechos de la infancia y Constitución", en Anuar Quesille (editor), *Constitución política e infancia: Una mirada desde los derechos de los niños, niñas y adolescentes en Chile*, Santiago, UNICEF, pp. 355-387
- VILLAVICENCIO, Luis, 2018: "Toward a Multicultural Jurisdiction in Chile: The Case of Mapuche Women", en Pablo Marshall (editor), *Citizenship and Disadvantaged Groups in Chile*, Londres: Lexington, pp. 105-121.
- 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.
- ZÚÑIGA, Yanira, 2009: "La 'generización' de la ciudadanía. Apuntes sobre el rol de la diferencia sexual en el pensamiento feminista", *Revista de Derecho (Valdivia)*, volumen XXII, Nº 2, pp. 39-64.
- ZÚÑIGA, Yanira, 2010: "Ciudadanía y género. Representaciones y conceptualizaciones en el pensamiento moderno y contemporáneo", *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, volumen 17, Nº 2, pp. 133-163.

Jurisprudencia citada

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, resolución de 31 de agosto de 2010, en Caso Rosendo Cantú y otra *vs.* México, Serie C No216.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, resolución de 30 de agosto de 2010, en Caso Fernández Ortega y otros *vs.* México, Serie C No 215.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, resolución de 27 de junio de 2012, en Caso Pueblo Indígena Sarayaku *vs.* Ecuador.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, resolución de 30 de mayo de 1994, sentencia No. T-254/94.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, resolución de 29 de enero de 2010, rol 8792-20.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, resolución de 4 de enero de 2011, rol 1683-10.

