

Nancy Yáñez Fuenzalida* (Chile)

Aplicación del pluralismo jurídico en la jurisdicción constitucional

Application of Legal Pluralism in the constitutional jurisdiction

Anwendung des Rechtspluralismus in der Verfassungsgerichtsbarkeit

1. Estatus jurídico del Convenio 169 de la OIT: la recepción del derecho internacional convencional de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico chileno

El Tribunal Constitucional (TC) ha tenido pocas oportunidades para pronunciarse sobre casos que involucren a pueblos indígenas y su derecho propio. Dos ideas recorren la mayoría de las sentencias del TC en la materia, a saber: i) el carácter “programático” de gran parte de las normas del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT); y ii) el rango infraconstitucional de este Convenio.

Es interesante hacer el contraste con lo que ha ocurrido con los tribunales superiores de justicia que integran el Poder Judicial (PJUD), que han reconocido que el Convenio 169 hace parte del bloque de constitucionalidad y han aplicado directamente las normas que, a juicio de algunas sentencias del TC, tienen carácter de “programáticas”.

1.1. El carácter “programático” de gran parte de las normas del Convenio

La discusión previa a la aprobación del Convenio 169 se redujo a las cuestiones planteadas por el Tribunal Constitucional en el año 2000, al resolver el requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de parlamentarios de oposición al gobierno de la época. Si bien el Tribunal Constitucional rechazó la acción, limitó

* Presidenta del Tribunal Constitucional de Chile. nyanez@tcchile.cl.

severamente su contenido, al señalar que solo sus disposiciones sobre consulta y participación –contenidas en sus artículos 6 y 7, respectivamente– eran autoejecutables (*self-executing*), por tener el contenido y la precisión necesarias que las habilitaban para ser aplicadas sin otro trámite como fuentes de derecho interno (STC 309, c. 7° y 8°). Como contrapartida, el resto de las disposiciones del Convenio no serían autoejecutables y, por tanto, tendrían un carácter programático. Este es el caso, por ejemplo, del reconocimiento del derecho sancionatorio indígena (Convenio 169, art. 9), el cual, además, fue declarado incompatible con nuestro ordenamiento jurídico por parte del TC (STC 309, cc. 52-53), el derecho de propiedad indígena (Convenio 169, art. 14; STC 309, cc. 62-66) y los derechos sobre los recursos naturales existentes en los territorios indígenas (Convenio 169, art. 15; STC 309, cc. 67-73).

En relación con el estatus jurídico del Convenio 169 de la OIT, por mucho tiempo y en variadas sentencias, el TC sostuvo que los tratados internacionales sobre derechos humanos tienen un rango normativo inferior a la CPR:

La Constitución chilena no ha señalado de modo explícito cuál es el rango normativo de los tratados internacionales, ni siquiera cuando éstos versan sobre derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana; sin embargo, se puede entender que en todo caso tienen rango inferior a la Constitución, toda vez que están sometidos a control preventivo obligatorio cuando versan sobre materias propias de ley orgánica constitucional. La mención del inciso segundo del art. 5 CPR lo que hace es reiterar el deber de los órganos del Estado de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, pero no por ello eleva a los tratados que versan sobre dicha materia a rango constitucional. (STC 2387 cc. 11 y 12) (En el mismo sentido, STC 2699 c. 13, STC 2703 c. 11, STC 4948 c. 13, STC 4963 c. 13, STC 3329 c. 13, STC 4446 c. 19, STC 7760 c. 10).

Esta idea también ha estado detrás de la mayoría de las sentencias recaídas sobre casos que refieren a derechos de los pueblos indígenas. En uno de los últimos casos que llegaron al TC, en los que se planteó que un precepto legal contravenía disposiciones del Convenio 169 y con ello al artículo 5 inciso 2° de la Constitución Política de la República (CPR), el TC sostuvo:

5°. Que, al respecto, cabe señalar que este Tribunal ha sostenido en su jurisprudencia que los tratados internacionales de derechos humanos, no tienen rango constitucional, sino que un rango supra-legal e infra-constitucional. (STC 2387 y 2388, acumuladas, c. 22; en idéntico sentido, STC 346) (STC 3492: Requerimiento presentado por la concejala de la comuna de Chol Chol, doña Francisca Huirilef, solicitando la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del art. 75 c) de la LOCM, en la causa por cese de cargo de concejal, sustanciada ante el Tribunal Electoral Regional de la Araucanía).

Sin embargo, sobre este punto, es importante hacer notar dos cuestiones. La primera, es que no fue pacífica la postura dentro del TC que sostenía que los tratados tenían un rango infraconstitucional. Así, en la Sentencia 2874-15, que discutía acerca de la recepción de los estándares fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el Caso *Palamara vs. Chile*, respecto a la justicia militar, se desarrollan con nitidez las tres posturas del TC sobre la recepción de estos estándares. La segunda es que, en estos últimos años, el TC ha recurrido a los tratados para resolver los conflictos de constitucionalidad. Así, en una de las sentencias más recientes señaló:

Que, refuerza todo lo hasta aquí declarado el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El artículo 5 de nuestra Constitución Política de la República establece como deber del Estado respetar y promover aquellos derechos esenciales de la naturaleza humana que estén consagrados en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. De esta manera, se incorporan una serie de instrumentos internacionales que se deben tener en cuenta para determinar si la norma impugnada produce o no efectos inconstitucionales en este caso concreto. En este sentido, encontramos que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos impone a los Estados parte, entre los cuales se incluye Chile, el deber de garantizar los derechos fundamentales consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros instrumentos internacionales (STC 13011, c. 17).

2. Aplicación del Convenio 169 por el Tribunal Constitucional

Ahora bien, el TC ha sido particularmente reticente a aplicar el Convenio 169 en su jurisprudencia y ha tendido a desarrollar criterios interpretativos que limitan el alcance de sus disposiciones.

1. La expresión “pueblos indígenas” del Convenio 169 refiere a un conjunto de personas de un país que poseen en común características culturales propias, que no se encuentran dotadas de potestades públicas y que tienen derecho a participar y a ser consultadas en materias que les conciernen con sujeción a la Constitución, sin constituir un ente colectivo autónomo entre los individuos y el Estado (STC 309).
2. Existen una serie de preceptos del Convenio 169 que no son autoejecutables (arts. 14, 15, 17) (STC 309).
3. La propiedad indígena se encuentra amparada por el artículo 19, numeral 24 de la CPR, la que, por su propia naturaleza, tiene características específicas que han llevado al legislador históricamente a regular las materias indígenas por medio de la ley (STC 309).

4. La participación de los pueblos indígenas no pugna con el principio de igualdad de oportunidades de participación en la vida nacional: la posibilidad de participación que las normas del Convenio 169 de la OIT entregan a los pueblos indígenas no pugna con el principio de participación con igualdad de oportunidades en la vida nacional, que consagra el artículo 1° CPR, toda vez que las normas del Convenio disponen, para un grupo socioeconómicamente vulnerable, con la especificidad histórica cultural que le es propia, un mecanismo de participación que no tiene carácter vinculante (STC 1050, c. 15).
5. La participación consultiva de los pueblos indígenas no puede adoptar la modalidad de plebiscito o de una consulta popular vinculante: la forma de participación consultiva de los pueblos indígenas, de conformidad con lo expuesto en el Convenio, no podrá adoptar la modalidad de plebiscito o de una consulta popular vinculante, pues la Constitución regula estos modos de participación, de manera incompatible con tal posibilidad, en los artículos 118 y 128 CPR (STC 1050, c. 13).
6. La consulta a los pueblos indígenas no puede entenderse como ejercicio de la soberanía: la consulta a los pueblos indígenas, contemplada en el Convenio, no puede entenderse como el ejercicio de soberanía, pues ella, conforme a lo expuesto en el artículo 5° CPR, reside esencialmente en la nación y se ejerce por el pueblo a través de plebiscitos y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que la propia Constitución establece. (STC 1050, cc. 13 y 15).
7. El TC carece de competencia para pronunciarse sobre la omisión del trámite de consulta indígena durante el proceso de formación de una ley (STC 1988-11 sobre “Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales”; 2387-12 sobre Ley General de Pesca y Acuicultura;¹ 2523-13 sobre el D.S. 40 RSEIA;² LOC Municipalidades³).

¹ “Que los motivos precedentes son suficientes para desechar los requerimientos acumulados, en lo que respecta a la presunta inconstitucionalidad formal del proyecto de ley reclamado, por infracción al Convenio 169 de la OIT, y así se declarará. Resulta claro que, descartada la tesis originalmente sustentada por los requirentes en orden a que el Convenio 169 de la OIT, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, tenga rango constitucional, podrían simplemente rechazarse los requerimientos deducidos por la imposibilidad de declarar una inconstitucionalidad de forma contrastando normas de un proyecto de ley con otra –artículo 6° del aludido Convenio– que no tiene rango constitucional”.

² “Que este Tribunal, como ya se indicó, ha sustentado la doctrina de que los tratados internacionales no tienen rango constitucional (STC 2387 y 2388/2013). Por lo mismo, una eventual contradicción entre las normas del reglamento y dichos tratados, tanto por acción como por omisión, no constituye un vicio de constitucionalidad. No está, por tanto, entre sus competencias resolver este reproche. La médula de la objeción que se formula a ambas categorías de normas del D. S. 40, es una eventual contradicción entre estas y lo establecido en las convenciones internacionales recién señaladas”.

³ “Que, en consecuencia, no se produce la vulneración denunciada al artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución, en lo que dice relación con el incumplimiento de la obligación de respeto de los derechos garantizados en el artículo 2° del Convenio 169; no teniendo este

8. Los pueblos indígenas forman parte de “grupos desaventajados” respecto de los cuales es válido que el legislador establezca mecanismos de afirmación positiva cuyo propósito es hacer efectiva la igualdad ante la ley, puesto que los ha considerado como grupo “socioeconómicamente vulnerable, con la especificidad cultural que le es propia” (STC 2552-13).
9. La sustitución del procedimiento sumario por el consignado en la Ley 19.253 no vulnera la igualdad ante la ley, ni el derecho a la defensa ni el derecho de propiedad (STC 2552-13).

En una mención especial en relación con el derecho de consulta, el TC ha señalado que:

... en cuanto a la obligación de los órganos del Estado de respetar y promover los derechos garantizados por los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes –según lo dispone el inciso segundo del artículo 5° constitucional–, cabe señalar que en lo que se refiere a la consulta a los pueblos originarios consagrada en el artículo 6° del Convenio 169, este Tribunal ha declarado que no tiene competencia para determinar los criterios que permitan indicar si una medida específica –legislativa o administrativa– afecta o no a los pueblos originarios. Por ello se ha sentenciado que “corresponde al Gobierno, al Congreso Nacional y a los Municipios y demás órganos autónomos del Estado establecer los mecanismos apropiados para realizar las consultas debidas y fijar, hasta donde sea posible, los criterios con el propósito de determinar si una medida administrativa o legislativa afecta directamente o no a los pueblos originarios”. (STC 3.988, c.3.9; en el mismo sentido, STC 2387, c. 24°)

La consulta previa, como baremo de constitucionalidad a la luz del Convenio 169 busca habilitar la participación colectiva de los pueblos indígenas desde su especificidad, como un medio para la protección de sus derechos colectivos en contextos de diversidad cultural, lo que requiere espacios especiales de diálogo para hacer visibles los impactos que podrían no ser transparentes para la cultura dominante. Desde esta perspectiva, la consulta indígena se erige como un dispositivo procedimental cuyo objetivo es remediar (hasta cierto punto) un tipo particular de lo que Miranda Fricker ha denominado como “injusticia epistémica”, que ocurre cuando determinados sujetos o grupos son excluidos de participar como agentes de conocimiento potenciales en las prácticas de indagación epistémica, por su pertenencia a una o más identidades sociales marginadas (“marginación hermenéutica”). Así, los derechos de participación indígena pueden ser comprendidos como mecanismos que buscan corregir las fallas de reconocimiento y acceso en las prácticas cognoscitivas de los

Tribunal competencia para pronunciarse sobre el incumplimiento de la obligación de consulta a los pueblos indígenas que consagra el artículo 6° del mismo Convenio”.

procesos de toma de decisiones estatales que, en este caso, anulan la capacidad de los pueblos indígenas de incidir como participantes con conocimientos válidos y sistemas normativos propios.

Por otra parte, especial mención requieren las STC 8729-20 y 12415-21, la primera de ellas recaída sobre la inaplicabilidad de los artículos 13 y 14 de la Ley 16.441 (también conocida como “Ley Pascua”) que crea el Departamento de Isla de Pascua, y la segunda sobre la inconstitucionalidad de dichos preceptos. Ambos preceptos contemplaban beneficios penales excepcionales en caso de determinados delitos (incluidos los que atentan contra la indemnidad sexual) cometidos por naturales de la isla en su territorio. Dichos beneficios configuran una “afectación de la dignidad humana (art. 1º, inc. primero de la Constitución), la igualdad ante la ley (art. 19, numeral 2º de la Constitución) y la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos (artículo 19, núm. 3º de la Constitución)”, particularmente de las mujeres rapa nui. Una de las cuestiones que el TC debió zanjar es si dichas disposiciones obedecen a una costumbre indígena, arribándose a la conclusión de que ello no era así, sino que, por el contrario, da un beneficio a una conducta que es abiertamente reprochada por las autoridades ancestrales del pueblo Rapa Nui.

Resulta interesante ver cómo el TC realiza un juicio de ponderación y declara la inconstitucionalidad de una norma que fue elaborada sin la participación del pueblo indígena interesado (el pueblo Rapa Nui). El Tribunal constató que en la elaboración de esa norma

... no hay una participación de ningún nativo de la Isla de Pascua, ni de autoridad a nombre de ella ni de algún académico con conocimientos sobre la misma [...] En síntesis, la extensa historia de la ley relatada revela que el legislador desarrolló un conjunto de beneficios penales y de ejecución de la pena, basado en criterios genéricos y respecto de los cuales no existe ninguna referencia al tipo de delitos sexuales que está presente en este caso. La única referencia a un derecho consuetudinario no se vincula a una noción que supere la dimensión que pareciera propia del ámbito de los derechos contra la propiedad. Es sistemática la noción de una legislación “a tientas”, con decisiones que parecieran fundarse en una dimensión ancestral. Pero como nada de eso está refrendado bajo la autoridad tradicional, cabe entender que se trata de una legislación que carece de la motivación suficiente y donde no es posible sostener que el legislador haya recogido una tradición o una costumbre pascuense.

Las consideraciones tenidas a la vista por el TC para declarar la inconstitucionalidad de la preceptiva mencionada abren la puerta al control, por parte de la judicatura constitucional, de la falta de consulta indígena o de los estándares del Convenio 169 en la elaboración de leyes o reglamentos.

Reflexiones finales

- El TC tradicionalmente se ha abstenido de pronunciamientos sustantivos sobre el Convenio 169 y la consulta indígena, bajo el argumento del rango infra-constitucional y carácter programático del tratado internacional, lo que contrasta con lo ocurrido con tribunales que conforman el PJUD chileno. Sin embargo, aunque sigue siendo un tema debatido, en recientes sentencias, el TC se ha abierto al control de convencionalidad.
- El Caso de la Ley Pascua revela los resultados contrarios a la Constitución de una norma elaborada sin la participación de los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados por ella. Este caso abre las puertas a que el TC pueda controlar la falta de procesos de consulta indígena (PCI) en la elaboración de una ley o reglamento, y realizar un juicio de constitucionalidad en el contexto de un requerimiento de inaplicabilidad de un precepto legal susceptible de afectar a pueblos indígenas, pero que ha sido aprobado sin PCI.
- Hasta el reciente Caso de la Ley Pascua, en general, el TC ha sido reticente a aplicar el Convenio 169 en su jurisprudencia y ha tendido a desarrollar criterios interpretativos que limitan el alcance de sus disposiciones.