

Walter Cristopher Flores Velásquez* (Chile)

Tensiones y desafíos en la protección efectiva de los derechos humanos de las mujeres y de los pueblos indígenas. El caso de la Ley Pascua desde la óptica del Tribunal Constitucional de Chile

RESUMEN

El artículo analiza los criterios jurisprudenciales aplicados por el Tribunal Constitucional de Chile respecto al requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 13 y 14 de la Ley Pascua, como ejemplificación de las tensiones y los desafíos que aún existen en la legislación constitucional respecto a las protecciones efectivas de los derechos humanos, sobre todo a la protección de las mujeres, independientemente de los contextos culturales o territoriales que fueron discutidos debido al área de injerencia de la Ley Pascua, correspondiente al territorio de la isla Rapa Nui. Se aborda el análisis del Tribunal Constitucional al resolver el requerimiento apegándose a criterios de legalidad por sobre el control de convencionalidad y de tratados internacionales que le corresponde observar como garantes no solo de la Constitución, sino de derechos fundamentales, lo cual muestra la labor del Tribunal Constitucional como un horizonte difuso.

Palabras clave: derechos fundamentales; diferencias arbitrales; derechos de la mujer; derechos de los pueblos originarios.

* Abogado, Universidad de Tarapacá; candidato a magíster en Justicia Constitucional, Derechos Humanos, Universidad Autónoma de Chile; candidato a magíster en Historia, Universidad de Tarapacá. Experto en pueblos indígenas, derechos humanos y cooperación internacional, Universidad Carlos III de Madrid. hikaru.no.yume@gmail.com / <https://orcid.org/0009-0006-1488-462X>

Tensions and Challenges in the Effective Protection of the Human Rights of Women and Indigenous Peoples. The Case of the Ley Pascua or Easter Island Law, from the Perspective of the Constitutional Tribunal of Chile

ABSTRACT

This article analyzes the jurisprudential criteria applied by the Constitutional Tribunal of Chile regarding the request for inapplicability due to the unconstitutionality of Articles 13 and 14 of the Easter Island Law. This, as an example of the persisting tensions and challenges in constitutional legislation with respect to the effective protection of human rights, especially the protection of women, regardless of the cultural or territorial contexts that were discussed due to the Law's area of influence, which corresponds to the territory of Rapa Nui Island. It addresses the Constitutional Court's analysis when resolving the request, adhering to criteria of legality over the conventionality control and the international treaties it is required to observe as guarantor of both the Constitution and of fundamental rights, demonstrating that the work of the Constitutional Court is still ambiguous.

Key words: Fundamental rights; arbitral disputes; women's rights; rights of indigenous peoples.

Spannungen und Herausforderungen beim effektiven Schutz der Menschenrechte von Frauen und indigenen Völkern. Der Fall des Osterinselgesetzes (Ley Pascua) aus der Perspektive des chilenischen Verfassungsgerichts

ZUSAMMENFASSUNG

Der Artikel analysiert die vom chilenischen Verfassungsgericht bei der Behandlung des Antrags, die Artikel 13 und 14 des Osterinselgesetzes aufgrund ihrer Verfassungswidrigkeit nicht anzuwenden, zugrunde gelegten Rechtsprechungskriterien als Beispiel für die Spannungen und Herausforderungen, die in der Verfassungsgesetzgebung hinsichtlich des wirksamen Schutzes der Menschenrechte, insbesondere der Rechte von Frauen, weiterhin bestehen, unabhängig von den kulturellen oder territorialen Kontexten, die aufgrund des Geltungsbereichs des Osterinselgesetzes, das für das Gebiet der Insel Rapa Nui gilt, diskutiert wurden. Dabei wird auf die Analyse des Verfassungsgerichts eingegangen, das bei der Entscheidung über den Antrag den Gesetzmäßigkeitskriterien Vorrang vor der Überprüfung der Vertragskonformität und der internationalen Verträge einräumt, die es als Garant nicht nur der Verfassung, sondern auch der Grundrechte zu berücksichtigen hat, was die Arbeit des Verfassungsgerichts in einem diffusen Licht erscheinen lässt.

Schlüsselwörter: Grundrechte; Unterschiede in Schiedsverfahren; Frauenrechte; Rechte von indigenen Völkern

Introducción

El presente trabajo examina el fallo 8792-2020,¹ dictado el 21 de enero de 2021 por el Tribunal Constitucional de Chile, respecto al requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 13 y 14 de la Ley 16.441 (Ley Pascua), interpuesto por el Juzgado Mixto de Rapa Nui, en el marco de un proceso penal por el delito de violación perpetrado por un habitante lugareño de la isla de Pascua en contra de una mujer turista. Las disposiciones por las cuales se pide aplicar el requerimiento de inaplicabilidad son totalmente arbitrarias y vulneran la protección igualitaria que deben tener las mujeres frente a delitos sexuales, independientemente de la pertenencia a un pueblo originario. Los artículos 13 y 14 de la Ley 16.441 establecen la disminución de la pena por los delitos contemplados en los títulos VII y IX del libro segundo del Código Penal que hayan sido cometidos por personas naturales de la isla de Pascua y perpetrados en dicho territorio. La parte requirente argumentó que dichos artículos infringirían preceptos constitucionales y disposiciones de tratados internacionales en materia de derechos humanos ratificados por Chile, sobre el amparo e igual protección de las mujeres ante la ley; específicamente, normas de la Convención Belém do Pará y jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

Aquí se analizan los estándares internacionales que incorpora la sentencia del Tribunal Constitucional, identificando los derechos vulnerados. Además, se examina qué criterio prima en las conclusiones de la sentencia que emite el Tribunal respecto a si imperó el control de constitucionalidad o el control de convencionalidad, así como la posición o el estándar que desarrolla dicho Tribunal. Para ello, se pondrá especial atención a las argumentaciones de fondo que apoyan el fallo del Tribunal, observando si en dicha sentencia prevalecieron las normas constitucionales chilenas o hubo una observancia de las normas de derecho internacional, dada la dimensión especial que tiene la sentencia, pues en ella entran en conflicto temáticas como la costumbre indígena y los derechos de las mujeres, las cuales que siguen siendo objeto de crítica dentro del sistema constitucional chileno por las fallas estructurales que presenta la normativa interna para una protección efectiva de los derechos fundamentales.

1. Consideraciones preliminares y afectación de derechos humanos en el caso

El conflicto parte de la violación de una mujer turista en la isla Rapa Nui (comúnmente llamada isla de Pascua en Chile). Al momento de hacer aplicables las penas correspondientes al isleño rapanui responsable del delito de violación, le favorecía

¹ Tribunal Constitucional de Chile, Sentencia Rol 8792-2020, 29 de enero de 2021, https://www.tribunalconstitucional.cl/descargar_sentencia3.php?id=8792

la aplicación de la Ley 16.441 (Ley Pascua), con lo cual su condena se vería reducida en condiciones más beneficiosas. En el caso particular, las normativas de la Ley Pascua que beneficiaban al isleño imputado eran las siguientes:

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 del 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.

El Juzgado Mixto de Rapa Nui consideró que existía una afectación del principio de igualdad en el caso, transgrediéndose diversas normativas internacionales, y que los beneficios de la Ley Pascua en favor de los isleños constituían diferenciaciones arbitrarias en relación con otras personas que fuesen condenadas por los mismos delitos, dejando en indefensión a mujeres isleñas y no isleñas. Ello motivó que se interpusiera un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, en virtud de lo dispuesto en el artículo 93, n.º 6, de la Constitución Política.

Dichas normativas también han sido objetadas por su falta de finalidad, al no existir una real justificación de fondo para su existencia. La Ley Pascua se creó como un medio de reparación y reconocimiento del Estado de Chile al territorio insular polinésico de Rapa Nui, aunque en ningún caso debería observar prerrogativas especiales que afecten derechos esenciales, como los que se exponen en el desarrollo de la sentencia, y que van contra la dignidad e integridad de las mujeres. Como menciona la parte requirente, con el paso de los años, la llegada de servicios de educación y el mayor avance económico, social y cultural de los habitantes de la isla dan cuenta de que muchas de las normas de la Ley Pascua estarían en desuso, por lo que son necesarias normativas que protejan a la comunidad en su conjunto, en línea con tratados internacionales. En lo particular, el magistrado requirente menciona si la rebaja punitiva en la consumación de un delito de violación estaría fundamentada en relación con el bien jurídico protegido de libertad o indemnidad sexual, teniendo en cuenta que la Ley Pascua fue dictada hace más de 50 años.

Por otra parte, las consideraciones de la parte querellante mencionan que los artículos 13 y 14 de la Ley Pascua infringirían los principios de supremacía constitucional, de igualdad y de no discriminación, atendiendo a los instrumentos internacionales ratificados por Chile, especialmente, la Convención de Belém do Pará, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Cedaw),

el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Además, hace referencia a que no existiría colisión entre la garantía de igualdad de las mujeres ante la ley y los derechos de pueblos originarios que le corresponden al pueblo Rapa Nui, en virtud de lo consagrado en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Ello, debido a que el Consejo de Ancianos de Rapa Nui, en un primer momento, habría sostenido una afectación de los derechos del imputado isleño, por cuanto el delito de violación perpetrado, en cierta forma, era tolerado dentro de la cultura local pascuense.

De otro lado, el Ministerio Público se suma a las posiciones anteriores, señalando que existe una vulneración del derecho a la igualdad ante la ley y la no discriminación, por cuanto no hay ninguna justificación o criterio para establecer tratamiento diferenciado o más favorable para los habitantes de Rapa Nui que cometan delitos sexuales, mucho menos en razón de su etnia o por habitar un territorio determinado. Alega, además, que existe infracción al principio de supremacía constitucional, por cuanto las normas de derecho internacional de los derechos humanos consagradas en la Convención de Belém do Pará y la Cedaw han sido incorporadas al sistema nacional a través de las ratificaciones respectivas.

Los *amicus curiae* que intervinieron –la Corporación Colectiva Justicia, Derechos Humanos y la Organización Comunitaria Funcional Rapa Nui Maroa– refieren la compleja situación de violencia que sufren las mujeres en la isla de Pascua. Además, mencionan el bloque de constitucionalidad de derechos fundamentales y el control de convencionalidad, recalcando las normas de la Cedaw y la Convención de Belém do Pará. En cuanto a las vulneraciones constitucionales, indican la afectación del derecho a la integridad física y psíquica de la víctima consagrados en el artículo 19, n.º 1, y el derecho a la igualdad ante la ley establecido en el artículo 19, n.º 2, de la Constitución Política.

Consensuando las posiciones anteriores con lo que desarrollará el Tribunal Constitucional en su sentencia, los derechos que se estarían vulnerando son:

1. Derecho a la dignidad de las personas, establecido en el artículo 1 de la Constitución Política: en el caso se presenta una vulneración a una mujer turista en la isla de Rapa Nui, por parte de una persona oriunda de la isla. La violación constituye un atentado a la dignidad humana.
2. Derecho a la igualdad ante la ley y no discriminación, establecido en el artículo 19, n.º 2, de la Constitución Política: se ha creado un privilegio en materia penal sin justificación ni razonabilidad, indistintamente de si hablamos de una dimensión penal, indígena o de género.
3. Derecho a la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, establecido en el artículo 19, n.º 3, de la Constitución Política: en el caso, existiría una diferenciación del tratamiento penal en desmedro de las mujeres cuando han sido víctimas del delito de violación.

Desde los estándares internacionales de derechos humanos, las vulneraciones de derechos serían:

1. Derecho a la integridad personal, establecido en el artículo 5 de la CADH: en el caso, la mujer turista ha sido víctima de una agresión sexual, un delito que atenta gravemente contra su integridad física y psicológica. En el mismo sentido, el artículo 4, literales b y c, de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará).
2. Derecho a la intimidad y a la vida privada, establecido en el artículo 11 de la CADH, y en el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: existe una vulneración por la agresión sexual y la afectación de la honra de la mujer. En esta misma línea, el artículo 4, literal E de la Convención de Belém do Pará.
3. Derecho a la igualdad ante la ley, establecido en el artículo 24 de la CADH: de manera similar a los artículos 19, n.º 2 y 3, de la Constitución Política, se señala una afectación discriminatoria hacia la mujer, en cuanto a la protección que debiera tener por parte del sistema jurídico nacional en materia penal, independientemente del territorio y condición de la persona. La propia CADH señala en forma taxativa que “todas las personas son iguales ante la ley”. En el mismo sentido, el artículo 4, literal f, de la Convención de Belém do Pará.
4. Derecho a la igualdad y no discriminación contra la mujer en todas sus formas, establecido en el artículo 2, literales A, B, C, D, E, f y G de la Cedaw. En concordancia con las normativas constitucionales chilenas establecidas en el artículo 19, n.º 2 y 3, y el artículo 24 de la Convención de Belém do Pará, la Cedaw establece claramente las afectaciones a las que habría estado enfrentada la mujer en el caso analizado, al verse vulnerada la protección jurídica de sus derechos, con base en una igualdad con los de los hombres, violando el principio de igualdad ante la ley y la necesidad de derogación de disposiciones penales que constituyan discriminación contra la mujer. De este modo, es dable destacar el considerando sexto, párrafo segundo, de la sentencia, donde se advierte que, a pesar de la complejidad de la disputa presentada, al enfrentarse normas internacionales de protección de los pueblos originarios, lo que evidentemente se desarrolla en el fondo es una disruptiva entre la dimensión de género y de etnia. Para el caso en concreto, se estima que las normas de protección internacional hacia la mujer son de marcado carácter universal.²

² El considerando 6 señala: “Respecto de la infracción al principio de supremacía constitucional, indica que el respeto a los derechos humanos es un límite a la soberanía que la propia Constitución se ha dado y, por tanto, el incumplimiento de los tratados internacionales en

2. Análisis de la sentencia y observancia de los considerandos del Tribunal Constitucional

El artículo 92 de la Constitución Política de Chile establece que el Tribunal Constitucional estará compuesto por 10 miembros y, de acuerdo con lo establecido en el artículo 93, n.º 6, del texto constitucional, entre sus deberes se señala resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación, en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución.

Si bien el pleno del Tribunal Constitucional acogió por mayoría la presentación de requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en el caso en comento, es dable señalar que la votación no estuvo libre de discrepancias. Junto con el voto en contra del entonces magistrado Juan José Romero Guzmán, es interesante tener presente la diversidad de criterios presentes en los votos preventivos, formulados por parte de los exmagistrados Iván Aróstica Maldonado, Cristian Letelier Aguilar, José Ignacio Vásquez Márquez, Nelson Pozo Silva y Rodrigo Pica Flores, que dan cuenta de las particularidades observadas en el caso. En resumen, la votación contó con 1 voto en contra y 6 votos con prevenciones.

En su sentencia,³ el Tribunal Constitucional ha observado un apego al control de constitucionalidad, aunque con matices al bloque de constitucionalidad y al control de convencionalidad, lo cual aleja al sistema constitucional chileno de los estándares internacionales.

El control de constitucionalidad se refiere a la supremacía del texto constitucional, expresado en el artículo 93 de la Constitución, el cual se ejerce mediante los mecanismos de requerimiento de inaplicabilidad y por la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal. Respecto al requerimiento de inaplicabilidad, como se aborda en el caso analizado, se trata de un control abstracto de constitucionalidad que tendrá solo efectos para el caso particular, procediendo cuando un precepto legal aplicado genera efectos contrarios a la Constitución. El control de constitucionalidad es un mecanismo que expresa la idea de pesos y contrapesos existente en toda

materia de derechos humanos, que se han internalizado por la vía de la suscripción, ratificación e incluso entrada en vigencia de tratados internacionales como ley de la República, importan una infracción a la supremacía constitucional". En este orden de ideas, plantea la dificultad interpretativa que puede darse en el marco de derechos convencionales contrapuestos, los que, por una parte, protegerían una dimensión de género respecto de la dimensión propiamente étnica. Advierte entonces que el problema es complejo, desde que existe una vertiente internacional de normas que protegen el componente de un pueblo originario, así como el principio *pro reo*. Sin embargo, en el caso concreto, estima que las normas de protección de la mujer son más recientes y, además, tienen un fin mucho más universal.

³ Tribunal Constitucional de Chile, Sentencia Rol 8792-2020, cit., considerando 6.

democracia constitucional, velando por las libertades y los derechos fundamentales de los individuos que la componen.⁴

En cuanto al bloque de constitucionalidad, hace referencia a los atributos y las garantías de derechos esenciales o fundamentales, los cuales están asegurados por la Constitución y por las normas de reenvío expreso, directamente establecidas por ella y que remiten al derecho internacional convencional.⁵ Su base última e indisoluble está constituida por la dignidad humana. En virtud de ello, se le reconoce su fuerza normativa superior, siendo un límite insoslayable para el ejercicio de la soberanía, de las competencias y atribuciones de los órganos del poder estatal, tal como lo expresa la Constitución en su artículo 5º, inciso 2º.

Respecto al control de convencionalidad, debemos señalar someramente que constituye la obligación de los Estados de materializar la garantía y protección de los derechos humanos en el orden interno, labor que debe ser desarrollada principalmente por los jueces, pero extensiva a todos los agentes del Estado, observando la compatibilidad de la normativa interna con las disposiciones de tratados internacionales que versan sobre derechos humanos. Para nuestro Tribunal Constitucional, este control tendría cabida, de conformidad con lo establecido en el artículo 5º, inciso 2, y en el artículo 54, inciso 5, de la Constitución Política, en cuanto los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentran vigentes son normas jurídicas que cuentan con protección constitucional y que, en tales circunstancias, “una ley interna contradictoria con el tratado no tiene la aptitud de derogar, modificarlo o suspenderlo, por la simple razón de que carece de toda validez, expresando un acto jurídico que se ha producido en contravención a las formas exigidas por la Constitución”.⁶

Resulta interesante observar que, para resolver la cuestión de convencionalidad previa, el Tribunal haya recurrido primero al derecho nacional para construir las argumentaciones que permitieran resolver la contradicción que habría entre las convenciones internacionales respecto a materias indígenas y a la protección de la mujer. En lo particular, el considerando noveno de la sentencia menciona “que existiría una colisión de contenidos convencionales entre el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo por una parte en relación a la Cedaw y la Convención de Belém do Pará por la otra”.⁷ Este considerando parte de la premisa de que son las propias partes requirentes quienes sostienen que las argumentaciones del caso deben situarse en la disputa entre la dimensión normativa de las

⁴ Cristián Letelier, “El rol del control de constitucionalidad en la democracia constitucional” (ponencia, Corte Constitucional de Turquía, abril de 2017).

⁵ Humberto Nogueira Alcalá, “El bloque constitucional de derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: doctrina y jurisprudencia”, *Estudios Constitucionales* 13, n.º 2 (2015): 301-350, <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002015000200011>

⁶ Tribunal Constitucional de Chile, Sentencia Rol 804-2007, 28 de diciembre de 2007, considerando 5.

⁷ Tribunal Constitucional de Chile, Sentencia Rol 8792-2020, cit., considerando 9.

convenciones mencionadas y sus efectos derogatorios respecto de los artículos 13 y 14 de la Ley 16.441. En el párrafo final del considerando décimo, vuelve sobre esta situación, al afirmar que “aparecerían contenidos contrapuestos entre convenciones que privilegiarían la mantención de determinadas costumbres indígenas versus la eliminación de toda forma de discriminación contra las mujeres, especialmente, en el ámbito de su indemnidad sexual o viceversa”.⁸

2.1. Tratamiento de la costumbre indígena y los derechos fundamentales en la sentencia

Consideramos la premisa del control de constitucionalidad, al examinar el tratamiento de la costumbre indígena en nuestra legislación, el cual fue uno de los aspectos revisados en los conflictos interpretativos que contendrían los artículos 13 y 14 de la Ley Pascua, desde el tratamiento de ella en el Derecho Indiano hasta la gestación del Código Civil, donde se pone de manifiesto el imperio de la ley, quedando la costumbre subordinada a una mera remisión legal. Al desarrollar doctrinariamente el tema, el Tribunal examina investigaciones nacionales sobre lo que significa la costumbre indígena y su observancia en la Ley 19.253, que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena. Esta normativa zanja el tema en su artículo 54, al señalar que la costumbre se hace valer en juicios entre indígenas de una misma etnia y constituye derecho siempre que no sea incompatible con la Constitución Política, por lo que el asunto es resuelto, en primer lugar, desde la esfera del derecho interno. En segundo lugar, el Tribunal Constitucional se refiere a la normativa internacional, señalando lo dispuesto en el Convenio 169 de la OIT, donde se menciona el requisito de la compatibilidad, en la dimensión penal, de la costumbre indígena con el sistema jurídico nacional y los derechos humanos reconocidos internacionalmente (art. 9.1), pero considerando siempre en primer término la legislación nacional. Podríamos sostener que, en este punto, el Tribunal Constitucional hace una aplicación restringida del control de convencionalidad. Cabe recordar que el Tribunal está obligado a ejercer *ex officio* un control de convencionalidad entre las normas internas y los tratados de derechos humanos de los cuales es parte el Estado, teniendo en cuenta no solo normas de la Convención de Belém do Pará, sino de otros instrumentos internacionales.⁹ En ese sentido, el Tribunal realizaría una ponderación de las normas internacionales del Convenio 169 y de la Cedaw para examinar el encuadre normativo de lo que se consideraría costumbre indígena, pero entendiendo que para el caso en comento los tratados internacionales de derechos humanos se deben interpretar

⁸ Tribunal Constitucional de Chile, Sentencia Rol 8792-2020, cit., considerando 10.

⁹ Corte IDH, Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala, Sentencia de 20 noviembre de 2012, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 253, párr. 330.

conforme a los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena, aludiendo al principio de *pacta sunt servanda*.

Recogiendo los informes de la Comisión Nacional de Desarrollo Indígena y de los *amicus curiae* del Consejo de Ancianos de Rapa Nui, el Tribunal considera que no habría ninguna conducta respecto a los delitos sexuales tipificados en los títulos VII y IX del Código Penal que fueran calificadas como costumbres indígenas, siendo reprochable su quebrantamiento. Para el Tribunal, queda en evidencia que, desde la propia historia de la Ley 16.441, no era el objetivo del legislador plasmar una exigente o justificación penal con base en la costumbre indígena, sino que hace parte de un marco penal diferenciado, tal como se expresa en el considerando trigésimo primero. Como allí se menciona, “el legislador confirmó el delito, lo moduló punitivamente, pero se determina bajo la conciencia de ilicitud”.¹⁰

2.2. Marco penal y constitucionalidad

El Tribunal examina el marco penal del delito y revisa las características de las rebajas de las penas en el *ius puniendi* estatal, señalando que dichas rebajas están asociadas a finalidades constitucionalmente legítimas, relativas a la valoración de los delitos perpetrados, por lo que se examina es el acto perpetrado, conforme a lo señalado por la Constitución.

Entonces, se sostiene que el artículo 13 de la Ley 16.441 transforma un beneficio en un privilegio. Al respecto, el Tribunal desarrolla la idea en su considerando 32 e identifica claramente lo que mandata el artículo en comentario:

Crea un beneficio legal concebido como una especie de fuero personal para los pascuenses, en cuanto sujetos activos de delitos sexuales, que opera reduciendo en un grado el marco penal. En consecuencia, se trata de un elemento que ajeno a las consideraciones de la teoría del delito se desenvuelve en el ámbito de la punibilidad impidiendo al juez desarrollar alguna valoración sobre las conductas, los sujetos activos o determinadas tradiciones o que requiera algún régimen de prueba, sea para confirmarlo como para desvirtuarlo, sino que se impone como un hecho dado a aplicar.¹¹

De la lectura de dicho considerando se establece que, según el Tribunal, dicho artículo es un mandato taxativo para el juez, en la medida en que el legislador, en el momento de dictar la Ley 16.441, creó dicha norma para reducir la punibilidad de delitos sexuales, impidiendo la valoración de la conducta. Erróneamente, se podría concluir que el supuesto beneficio del artículo 13 de la mencionada ley se traduce en una observancia hacia la costumbre indígena en el ámbito judicial, ya que esta debe

¹⁰ Tribunal Constitucional de Chile, Sentencia Rol 8792-2020, cit., considerando 31.

¹¹ Tribunal Constitucional de Chile, Sentencia Rol 8792-2020, cit., considerando 32.

hacerse valer en juicio entre indígenas que pertenezcan a una misma etnia y que no vulneren o sea incompatible con la Constitución, de acuerdo con lo que señala el artículo 54 de la Ley 19.253, la cual establece el marco de regulación y protección indígena en Chile.¹² Por tanto, en opinión del Tribunal Constitucional, la aplicabilidad de dicha normativa aparecería sin un fundamento racional y se observa como un beneficio excepcional que en sí mismo no tiene una finalidad ni justificación racional. Tampoco estaríamos ante una búsqueda de reducción del daño delictual o una finalidad constitucional legítima para ello. Como expresa la sentencia en su considerando 38:

... la razón por la cual se rebajan penas está asociada a finalidades constitucionalmente legítimas relativas a la valoración de los delitos mismos y sus consecuencias. En ningún caso, hay un examen de la condición personal del partícipe del delito mismo relativo a sus particulares condiciones, salvo los casos de inimputabilidad.¹³

Luego, se observa el apego al control de constitucionalidad en el considerando 39, donde el Tribunal hace expresa alusión a las normas constitucionales que son quebrantadas por el privilegio que sostiene el artículo 13 de la Ley Pascua, específicamente con los derechos de igualdad ante la ley y la dignidad de las personas.¹⁴ Toma especial relevancia la gravedad del delito de violación que para el Tribunal Constitucional se traduce no solo en una vulneración de la indemnidad sexual de las personas, sino en un atentado contra la autodeterminación sexual, vulnerando expresamente el artículo 1 del texto constitucional. En el considerando 40, el Tribunal sostiene la particularidad de la igualdad en relación con el delito de violación. Este último sigue siendo tal, independientemente de las circunstancias o la identidad de la víctima. Entonces, el Tribunal reflexiona sobre si hay justificación para un cambio en el tratamiento penal en razón de que el delito se perpetró en la isla de Pascua, observando la alta incidencia de casos de violencia intrafamiliar cometidos en dicho territorio, lo que afecta evidentemente a las mujeres. Por violencia contra la mujer se entiende

... todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada.¹⁵

¹² Ley 19.253, Establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, promulgada el 28 de septiembre de 1993.

¹³ Tribunal Constitucional de Chile, Sentencia Rol 8792-2020, cit., considerando 38.

¹⁴ Tribunal Constitucional de Chile, Sentencia Rol 8792-2020, cit., considerando 39.

¹⁵ Naciones Unidas, Asamblea General, Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, Resolución A/48/104 de 20 de diciembre de 1993, artículo 1.

El Tribunal Constitucional toma nota de ello al reflexionar en el considerando 40 sobre si el lugar donde se comete el delito de violación condicionaría que fuese distinto en su esencia a otro perpetrado en distinto lugar, aun si fuese entre indígenas:

Pero todo es distinto si el hecho se comete en isla de Pascua por un pascuense.

El mismo tipo delictivo, el mismo sujeto activo, la misma víctima exigen un tratamiento único en todo tiempo y lugar, salvo cuando se justifique la diferencia.

Sin embargo, un elemento no integrante ni constitutivo del delito se interpone para transfigurar la realidad transformándola parcialmente. Las violaciones son todas iguales a otras, pero son distintas al mismo tiempo siempre que eso ocurra a 3.770 kilómetros de Santiago. ¿Es eso justificación suficiente?¹⁶

La reflexión apunta a leer la violación como un delito que afecta mayoritariamente a mujeres, donde muchas veces los propios sistemas normativos pueden propiciar conductas que agraven o invisibilicen la vulnerabilidad del género, impidiendo generar un impacto relevante en el goce efectivo de las mujeres a una vida libre de violencia.¹⁷

El Tribunal observa la normativa internacional que establece la Cedaw en su artículo 2, literal G, la cual contiene mandato expreso en cuanto a derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer. Así mismo, se observa la Convención de Belém do Pará, de la cual Chile también es parte, que en su artículo 7, literal B, obliga a los Estados parte a utilizar la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. El Tribunal hace una importante relación expandiendo el control de constitucionalidad hacia el bloque de constitucionalidad al traer presentes los artículos 8 y 25 de la Convención Interamericana en cuanto a las garantías judiciales para iniciar, investigar, contar con los recursos judiciales apropiados y sancionar toda violencia contra la mujer. Por ello, el Tribunal menciona en su considerando 39 que la sanción penal por delitos sexuales contra la mujer es una herramienta para la erradicación de la violencia, tanto desde la conducta delictiva como del reproche penal. Así, el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana que expresa el artículo 5°, inciso 2°, de la Constitución es un cumplimiento del deber estatal.¹⁸

En cuanto a la vulneración del derecho de la igualdad ante la ley, el Tribunal Constitucional es claro en expresar que el problema no se gesta en el tratamiento

¹⁶ Tribunal Constitucional de Chile, Sentencia Rol 8792-2020, cit., considerando 40.

¹⁷ David Richards y Jillienne Haglund, "Exploring the Consequences of the normative gap in legal protections addressing violence against women", en *The Legal Protection of Women from Violence. Normative Gaps in International Law*, ed. por Jackie Jones y Rashida Manjoo (London, New York: Routledge, 2018).

¹⁸ Tribunal Constitucional de Chile, Sentencia Rol 8792-2020, cit., considerando 39.

que el juez da a la ley, sino en la propia ley. Alude a la tercera manifestación de la igualdad que es “la igualdad en la ley”, amparado en el mandato constitucional del artículo 19, inciso final del numeral 2, que indica que “ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”,¹⁹ contraponiendo la igualdad que debe desarrollar la ley frente a casos de tratamiento diferenciado o bien en la frontera de casos de igualdad en la ley y la no discriminación. El Tribunal se centra en la deficiencia de las condiciones esenciales de una igualdad motivada, razonable y no arbitraria, como indica en su considerando 47. Además, se entiende la igualdad ante la ley como la manifestación de normas jurídicas que son iguales para todas las personas que se encuentran en las mismas condiciones y diversas para quienes se encuentren en situaciones diferentes. Frente a la comisión de un delito, la sanción penal prevista en la ley deber ser idéntica. Por ello, se procede a revisar si las normas impugnadas superan el test de la diferencia en cuanto a su razonabilidad y la justificación de su objetivo, sin poder sostenerse una diferencia justificable desde el ámbito de la costumbre indígena, como se habría hecho en un principio, siendo desechada dicha argumentación por el Consejo de Ancianos de Rapa Nui y por los organismos técnicos de Conadi. Si la Constitución Política sostiene que hombres y mujeres son iguales ante la ley, el Tribunal Constitucional se pregunta si se estaría cumpliendo un objetivo legítimo al rebajar la pena del delito de violación.

2.3. Las diferenciaciones arbitrarias en la sentencia

Los preceptos impugnados establecen una diferenciación entre mujeres porque una mujer del continente, al ser la víctima, observaría un trato diferente desde su realidad continental respecto de una mujer indígena de la isla de Pascua. Como expresa el Tribunal Constitucional, la ley penal protege mejor a las mujeres agredidas sexualmente por chilenos en el continente que a las agredidas sexualmente en la isla de Pascua, lo que lleva a sostener la afectación de los numerales 2 y 3 del artículo 19, n.º 2, de la Constitución. Además, como señala el Tribunal Constitucional, tampoco hay estándar aplicable desde la perspectiva de los pueblos originarios, ya que el artículo 54 de la Ley 19.253 establece la referencia a la costumbre en la medida en que esta se haga valer en juicio, y las normas impugnadas dentro de la Ley 16.441 no contemplan prueba alguna, estableciendo entonces un beneficio, lo que para el Tribunal se traduce en que ni siquiera hay satisfacción de estándares legales de la legislación chilena aplicables a pueblos originarios. Por ello, estimamos que el Tribunal Constitucional, de una forma indirecta, también ha procedido a hacer una conciliación entre la normativa interna y el derecho internacional en materia

¹⁹ Constitución Política de la República de Chile, artículo 19, n.º 2: “2º.- La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupos privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”.

indígena en relación con valores universales, como la dignidad humana e igualdad de género, sin aludir expresamente a un control de convencionalidad. Más bien, lo que hace aquí es establecer una razonabilidad y concordancia de aplicación entre normas internas frente a la costumbre indígena.

Entonces, como lo menciona el apartado final del considerando 48, a través de un test de diferencia que la ley impugnada debe superar, se debe ponderar –a objeto de verificar si nos encontramos frente a una normativa motivada– si la norma reprochada como medio se encuentra justificada en un objetivo o finalidad constitucionalmente legítimo y si la desvinculación de la igualdad general no resulta arbitraria.²⁰

Ahora bien, en su considerando 45, en línea con los estándares internacionales y partiendo de la disposición expresa del artículo 1 de la Constitución, el Tribunal ubica la violencia sexual fuera de cualquier costumbre indígena, ya que repudia el núcleo de la dignidad humana y los derechos reconocidos tanto constitucionalmente como por tratados internacionales ratificados por Chile. Al respecto, el Tribunal es claro al señalar que ni el propio espíritu de la ley, ni la argumentación basada en la ancestralidad consuetudinaria de una cultura pueden justificar cualquier acto atentatorio contra la integridad y dignidad de la mujer:

No dudamos que la violencia y la depredación sexual atenta contra los valores civilizatorios que defendemos con Constituciones y tratados de derechos humanos o sin ellos. Es un tipo de violencia que repudiamos por ser contraria al concepto mismo de respeto por la dignidad humana.

La defensa del particularismo de la cultura, costumbres y autoridades indígenas 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.²¹

En este punto, se puede sostener una postura clara del Tribunal cuando aprecia y pone los tratados de derechos humanos en un rango constitucional. Por tanto, partiendo de la premisa de la dignidad humana, no cabría duda de que dichos derechos pasan a ser parámetros de constitucionalidad y convencionalidad, siendo parte de la esencia del bloque de constitucionalidad.

Luego, el Tribunal Constitucional se refiere al artículo 14 de la Ley 16.441, observando, en primer término, las conclusiones que entrega la Comisión Nacional de Desarrollo Indígena y, posteriormente, da cuenta de su concordancia con el

²⁰ Tribunal Constitucional de Chile, Sentencia Rol 8792-2020, cit., considerando 48.

²¹ Tribunal Constitucional de Chile, Sentencia Rol 8792-2020, cit., considerando 55.

artículo 10.2 del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas. El Tribunal pondera el encuadre de las normativas internacionales respecto al texto constitucional, más que el ejercicio inverso, por lo que estaríamos nuevamente ante un control de constitucionalidad.

En cuanto a la aplicación de criterios al caso concreto tenemos presente que el Tribunal considera que se ha establecido un privilegio respecto del artículo 13 de la Ley Pascua, porque dicha norma carece de funcionalidad penal. Existe un beneficio solo constatando que la persona pertenece al pueblo Rapa Nui, lo cual supone una supremacía de género y es totalmente incompatible con el artículo 19, n.º 2 de la Constitución, ya que establecería un privilegio penal no justificable, vulnerando el espíritu de la normativa constitucional, independiente de la dimensión penal, indígena o de género, como lo indica el Tribunal. Además, menciona que ni el Consejo de Ancianos de Rapa Nui en su calidad de máximos representantes de su cultura pueden sostener que la ley impugnada tenga u obedezca a una costumbre penal indígena ni a elementos culturales que deban ser protegidas o se concilien con la Constitución. Como se desarrolla en el considerando 64, “es evidente, en concepto de la autoridad tradicional, que no es posible reivindicar la violencia y depredación sexual como parte de la costumbre, tradición o cultura del pueblo rapanui”.²²

En esta parte de la sentencia, cabe señalar que el Tribunal no refiere en ningún momento a normativas de tratados internacionales, lo cual constituiría una importante omisión argumentativa y restringiría el valor del propio control de convencionalidad.

3. Aspectos respecto a los votos de prevención de la sentencia

Como se ha mencionado, el pleno del Tribunal Constitucional se pronunció por mayoría para acoger la presentación del requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en el caso; sin embargo, contó con varios votos de prevención y un voto en contra.

El voto en contra del ministro Romero Guzmán señala que las disposiciones penales que establece la Ley Pascua carecen de racionalidad y datan de hace medio siglo, por lo que su contenido de ninguna forma puede concordar con lo establecido en el artículo 19, n.º 2, de la Constitución. No obstante, difiere del mecanismo para enmendar el caso y propone recurrir a dictar una ley que derogue los artículos impugnados en la presente sentencia y no por una sentencia de inaplicabilidad que, en consecuencia, haga aplicables retroactivamente disposiciones que perjudican al

²² Tribunal Constitucional de Chile, Sentencia Rol 8792-2020, cit., considerando 64.

imputado.²³ El magistrado señala que si se acoge el presente recurso, se estaría vulnerando el principio *nulla poena sine lege*, lo cual no solo transgrediría preceptos constitucionales en materia penal, sino un principio protegido desde los albores de la República que goza de respeto y reconocimiento nacional e internacional. Al respecto, el magistrado señala en el numeral ocho de su voto disidente, respecto a la prohibición de retroactividad en materia penal en relación con lo dispuesto en el artículo 19, n.º 3, inciso 8, de la Constitución política:

Incluso los criminales tienen derechos constitucionales. En la especie, que se les garantice ser castigados de acuerdo a las leyes vigentes en el momento de la perpetración del delito, impidiendo que con posterioridad se le perjudique por aplicación de normas legales que les resulten desfavorables.²⁴

Observemos con atención el apartado de los votos preventivos. Los ministros Maldonado, Letelier y Vásquez en conjunto estuvieron por acoger el requerimiento, pero centrándose en aspectos estrictamente de apego constitucional y de cuestionamientos al privilegio penal que otorga la Ley Pascua en relación con la penalización de los delitos a que hacen referencia los artículos 13 y 14, remontándose a la historia de dicha Ley para justificar la improcedencia de dicho privilegio. Además, señalan la inconstitucionalidad de dichas normas en lo relativo a la determinación de la pena y su cumplimiento, lo cual desvirtuaría el artículo 86 del Código Penal, en cuanto a que los condenados a penas privativas de libertad deben cumplir sus condenas en los establecimientos carcelarios correspondientes. Según la aplicación del artículo 14 de la Ley Pascua, el imputado podría cumplir dos tercios de la pena fuera de recintos carcelarios, lo que sería manifestación de otro privilegio que colisiona con el principio de igualdad establecido en el artículo 19, n.º 2, de la Constitución. No hay duda de que, para los ministros, el valor axiológico de la igualdad en relación con la dignidad es parte del catálogo de principios constitucionales que consagra nuestra Constitución en su artículo 1, lo que toma mayor fuerza si se observa que para optar a la rebaja de la pena, para el imputado solo basta ser natural de la isla de Pascua y que el delito haya ocurrido en dicho territorio. No se ve ninguna mención expresa a normativas y estándares internacionales. El voto disidente menciona en su numeral 5º la falta de fundamento válido para establecer un privilegio penal en los artículos 13 y 14 de la Ley Pascua:

Que, la historia de la Ley N°16.441 no aclara el fundamento del privilegio establecido en los artículos 13 y 14 en los términos que se han señalado en el requerimiento de estos autos constitucionales. En la discusión parlamentaria

²³ Tribunal Constitucional de Chile, Sentencia Rol 8792-2020, cit. Voto de disidencia ministro Romero Guzmán, considerando 2.

²⁴ Tribunal Constitucional de Chile, Sentencia Rol 8792-2020, cit. Voto de disidencia ministro Romero Guzmán, considerando 8.

de la época no se debatió el asunto controvertido constitucionalmente por lo que, al respecto, no se puede dilucidar los motivos que tuvo el legislador para consagrar el privilegio referido.²⁵

En el voto preventivo del ministro Pozo Silva, quien concurre en acoger la decisión del pleno del Tribunal Constitucional, se observa una referencia a la racionalidad y necesidad de la pena. En particular, se sostiene que la punibilidad en el Estado constitucional debe conciliar la limitación de la potestad punitiva estatal frente a los ciudadanos y el respeto de los derechos fundamentales, con la necesidad de una protección eficaz frente al delito, entendido como un ataque a derechos e intereses personales o colectivos. Dicha mención va en línea con los postulados del principio de proporcionalidad si nos remitimos a la situación que enfrenta la violación de los derechos de la víctima frente a artículos que conllevan un privilegio en materia penal, en vez de lograr la finalidad de potestad punitiva ya señalada. En el ejercicio de análisis, el Tribunal Constitucional debió haber tenido inconscientemente presente el principio de proporcionalidad para interpretar y aplicar las normas de derechos fundamentales contenidas en la Constitución y hacer respetar su rango de protección frente a otras normas internas que signifiquen una vulneración directa, en cuanto dichos principios o derechos fundamentales son mandatos de optimización.²⁶ En el mismo sentido, el voto de prevención se pronuncia respecto al presunto conflicto entre las normas judiciales chilenas y las costumbres locales del pueblo Rapa Nui que estarían siendo amparadas a la luz de la Ley Pascua, las cuales, sin embargo, colisionarían con la perspectiva constitucional, afectando la igualdad ante la ley y la proporcionalidad de las penas. Al referirse al tratamiento del derecho indígena, estimamos correcta la interpretación realizada por el magistrado cuando señala que este es dinámico y no necesariamente estático en el tiempo. No es menor, en la opinión del ministro en el considerando noveno de su voto preventivo, que la determinación de quiénes son naturales de la isla de Pascua sea un concepto sin una determinación taxativa, lo cual origina una ambigüedad en cuanto a la aplicación de los artículos 13 y 14 de la Ley Pascua:

En ciertas ocasiones, se ha interpretado como aquellas personas que son miembros del pueblo rapa nui; en otras, los nacidos en territorio insular, independiente de si son o no rapa nui, y en una tercera variante, se les aplica a quienes cometen dicho delito dentro del territorio insular, sin considerar su lugar de nacimiento. En general se puede concluir con respecto a la definición de naturales un criterio histórico ambiguo e ilógico que permite singularizar

²⁵ Tribunal Constitucional de Chile, Sentencia Rol 8792-2020, cit. Voto preventivo ministros Aróstica, Letelier y Vásquez, numeral 5.

²⁶ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993).

el origen del beneficio en cuanto a la aplicación de la pena, por lo que ya existe un cuestionamiento al respecto.²⁷

En este voto preventivo se menciona directamente el concepto de control de convencionalidad sustentado por el juez García Ramírez: “De lo que se trata es de que haya conformidad entre los actos internos y los compromisos internacionales contraídos por el Estado, que generan para éste determinados deberes y reconocen a los individuos ciertos derechos”,²⁸ aludiendo a la interpretación que debe hacerse de las normas internas y ver si cumplen con las obligaciones internacionales que han adoptado los Estados. Además, trae a colación lo que expone el Instituto Nacional de Derechos Humanos en su Informe Anual 2018, donde indica que se debe dar observancia a los preceptos de la Convención de Belém do Pará, en torno a las situaciones de vulnerabilidad que sufran las mujeres en razón de su raza, condición étnica, entre otros aspectos señalados en su artículo 9. En definitiva, el propio Instituto de Derechos Humanos razona que ni el reconocimiento a los derechos de los pueblos indígenas puede dar lugar a relativizar la violación de derechos humanos que constituyan violencia contra las mujeres.

El voto preventivo menciona que el Tribunal Constitucional ha reiterado su posición limitativa de los derechos humanos frente al poder punitivo estatal, por cuanto fundan el ejercicio del *ius puniendi* en la medida en que se castigue la violación de tales derechos. En la esfera internacional, se refiere a la obligación de sanción penal frente a violaciones graves de derechos humanos. Aquí, el voto preventivo, siguiendo criterios de razonabilidad y proporcionalidad claros, indica que si lo que está en boga es el derecho de un determinado grupo cultural o pueblo frente al derecho de terceros, deben atenderse el peso y la materia específicos de los derechos colisionados. En dicho sentido, el control de convencionalidad o compatibilidad debe hacerse teniendo en cuenta las normas del Convenio 169 de la OIT con la Cedaw y la Convención de Belém do Pará.

Respecto a la relación entre el derecho penal y los derechos humanos se recuerda que es limitativa en función de lo que hace referencia a esta última como limitante del poder punitivo del Estado. El *ius puniendi* no solo se basa en una facultad estatal, sino en una fundada en la protección ante la violación de derechos humanos. El considerando 18° del voto preventivo del ministro Pozo señala:

Los derechos humanos fundan el ejercicio del *ius puniendi* en la medida de que su reconocimiento (artículo 5° de la Constitución) se deriva una exigencia

²⁷ Tribunal Constitucional de Chile, Sentencia Rol 8792-2020, cit. Voto preventivo ministro Pozo Silva, numeral 5.

²⁸ Corte IDH, Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, Sentencia de 24 de noviembre de 2006, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 158.

no sólo limitativa de la referida potestad estatal sino también una exigencia que se castigue penalmente cualquier violación de tales derechos.²⁹

En el mismo tenor, en el considerando 39 se menciona la discriminación y desproporción realizada con la aplicación de las penas de la Ley Pascua, las cuales se contradicen con el sistema interamericano de derechos humanos. En particular, se menciona la antinomia generada con los preceptos cuestionados en autos:

El derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación y el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación (artículos 1º, 5º, 6º y 7º de la Convención). Dicho estatuto debe complementarse con la Convención sobre Eliminación de toda Forma de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), ratificada por Chile el 7 de diciembre de 1989 y aprobada por Decreto N° 789, del Ministerio de Relaciones Exteriores el 9 de diciembre de 1989.³⁰

Finalmente, en un sentido parecido de prevención, observa el voto del ministro Pica Flores, que hace mención expresa a la función del derecho internacional de los derechos humanos en la labor de la magistratura, por lo que tácitamente afirma que en el fallo debe estar presente el control de convencionalidad y en especial, el principio de proporcionalidad de la pena para mantener el equilibrio y la justificación entre sanción impuesta y conducta. Se remite especialmente a los derechos de la mujer frente a todo tipo de violencia y los deberes del Estado en el derecho internacional, en especial la Convención de Belém do Pará. Es enfático en señalar que el Estado chileno no puede prescindir de los estándares que establece dicha Convención y que debe tenerse como parámetro de juzgamiento.

En concordancia, el magistrado pondera las dimensiones cultural y antropológica que están en boga con la sentencia, pero sin desligarlas de la universalidad que tienen los valores axiológicos para el derecho, como la dignidad de la persona humana. El considerando 12 de su voto preventivo explaya con claridad dicho punto, lo que permite analizar el presente requerimiento en función de la proporcionalidad de la pena y el enfoque interseccional de las normas que se impugnan:

Que, en el sentido de lo expuesto, sin perjuicio que los aspectos culturales son sin duda relevantes y el análisis del derecho no debe estar exento del estudio y reconocimiento de las costumbres, tradiciones y visión antropológica, ello no es óbice para asegurar la observancia de los derechos y libertades

²⁹ Tribunal Constitucional de Chile, Sentencia Rol 8792-2020, cit. Voto preventivo ministro Pozo Silva, considerando 18.

³⁰ Tribunal Constitucional de Chile, Sentencia Rol 8792-2020, cit. Voto preventivo ministro Pozo Silva, considerando 39.

fundamentales de todos, sin distinción de sexo, raza, idioma, emplazamiento geográfico, entre otros, pues ellos se erigen de forma universal sobre la base de la dignidad, que se constituye como el núcleo de la persona. Esta cuestión denota la necesaria conexión entre principios, normas y valores jurídicos en favor de la dignidad humana, elemento axiológico objetivo de carácter indisponible, vinculante e ineludible en el análisis del sentenciador.³¹

Conclusiones

Observamos que la sentencia del Tribunal Constitucional, a pesar de acoger la solicitud de inaplicabilidad de las normas impugnadas, no entrega una certeza clara en cuanto al razonamiento aplicado en su resolución, mostrando una ambigüedad en expresar claramente los principios de los tratados internacionales en materia de derechos humanos que están afectados en el caso. Por la dimensión de las materias involucradas, en especial temáticas de género, era dable que el Tribunal tuviera en máxima consideración normativas de derecho internacional. Pero se manifiesta que ha habido un estricto apego y remisión a la normativa interna, examinando el conflicto entre la ley ordinaria y los preceptos constitucionales. Ello pareciera ser un sesgo de lo sostenido por el bloque de constitucionalidad, pero estimamos que el Tribunal centró la discusión especialmente en las normas penales en conflicto y su historia.

Ahora bien, respecto a la costumbre indígena discutida en el caso, tampoco se observa que haya sido considerada desde la esfera de los derechos internacionales, más allá de una tibia alusión a los preceptos del Convenio 169 de la OIT. La sentencia no se hace cargo de las razones que remiten al derecho internacional de los derechos humanos y, en especial, a dicho Convenio para evaluar la justificación de las diferencias de igualdad planteadas como arbitrarias en la aplicación de los artículos 13 y 14 de la Ley 16.441.³² Si bien el Tribunal expresó en su momento que las disposiciones del Convenio 169 de la OIT y las de la Cedaw tendrían que ponderarse para encontrar una interpretación que las armonizara, y para determinar si efectivamente los artículos 13 y 14 de la Ley 16.441 trataban sobre costumbre indígena, se advierte una ambigüedad al señalar que, sin perjuicio de lo anterior, los tratados internacionales de derechos humanos deben interpretarse conforme a la Convención de Viena. Lo que hace finalmente el Tribunal es aludir a la historia fidedigna de la Ley 16.441 y, de forma complementaria, a los informes de organismos técnicos como la Corporación Nacional Indígena y el Instituto de Derechos Humanos.

³¹ Tribunal Constitucional de Chile, Sentencia Rol 8792-2020, cit. Voto preventivo ministro Pica Flores, considerando 12.

³² Luis Villavicencio Miranda y Yanira Zúñiga Añazco, "El caso de la 'Ley Pascua'. Un enfoque más allá del todo o nada", *Revista de Derecho* 35, n.º 1 (2022): 167-189, <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502022000100167>

En la sentencia sí resulta evidente que no hay duda alguna de que la violencia sexual hacia la mujer no puede ser objeto de un privilegio o beneficio especial en normativa alguna, ya que ello atenta no solo contra la igualdad, sino contra la dignidad de las mujeres. Se beneficia al sujeto pasivo sin razón alguna, aun ni en amparo de costumbres indígenas. En este punto, el Tribunal tiene presente el imperativo de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, específicamente respecto a la mujer, bajo el principio *pacta sunt servanda*, lo que queda fuera de toda discusión.

Consideramos que el Tribunal Constitucional ha realizado un apego al control de constitucionalidad y no ha usado con la fuerza necesaria el control de convencionalidad, aspecto que incluso el magistrado requirente del presente recurso de inaplicabilidad tuvo en cuenta al presentar su argumentación. Es evidente que, en virtud del artículo 2 de la CADH, el Estado de Chile está obligado a dejar sin efecto disposiciones legales contrarias a la Convención y que, respecto a la adecuación del derecho interno, los órganos jurisdiccionales deben aplicar los criterios establecidos por la Corte IDH respecto al ejercicio del control de convencionalidad.

En definitiva, creemos que el ente sentenciador ha optado por una sentencia que resuelve el conflicto ponderando elementos de la norma interna, efectuando un control de constitucionalidad irrestricto, pero que se aleja de los cánones del bloque de constitucionalidad, en vez de dar mayor fuerza a los preceptos del derecho internacional en favor de las mujeres en virtud del principio *pacta sunt servanda*, donde se observa un claro control en favor de las mujeres, a quienes se les conceden derechos, sin distinción alguna. Finalmente, señalamos que, en el caso expuesto, la ponderación entre la diversidad cultural y los derechos de las mujeres, aunque compleja, debe considerar su relevancia dentro del sistema constitucional y de la ley penal chilena. Ello resulta necesario para que el Tribunal Constitucional adopte una posición clara en cuanto a la protección efectiva de la dignidad y la igualdad de las mujeres frente a fallas estructurales que aún persisten.

Bibliografía

DOCTRINA

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

LETELIER AGUILAR, Cristián. “El rol del control de constitucionalidad en la democracia constitucional”. Ponencia presentada ante la Corte Constitucional de Turquía, con motivo de su 55° aniversario. Tribunal Constitucional de Chile, abril de 2017.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “El bloque constitucional de derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: doctrina y jurisprudencia”. *Estudios Constitucionales* 13, n.º 2 (2015): 301-350. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002015000200011>

- RICHARDS, David y Jillienne HAGLUND. "Exploring the consequences of the normative gap in legal protections addressing violence against women". En *The Legal Protection of Women from Violence. Normative Gaps in International Law*, editado por Jackie JONES y Rashida MANJOO. London, New York: Routledge, 2018.
- VILLAVICENCIO MIRANDA, Luis y Yanira ZÚÑIGA AÑAZCO. "El caso de la 'Ley Pascua'. Un enfoque más allá del todo o nada". *Revista de Derecho* 35, n.º 1 (2022): 167-189. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502022000100167>

NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA

- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE. Decreto 100. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302>
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTE IDH). Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C, No. 158.
- CORTE IDH. Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012. Serie C, No. 253.
- LEY 19.253. Establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena. Promulgada el 28 de septiembre de 1993.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU), ASAMBLEA GENERAL. Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer. Resolución A/48/104 de 20 de diciembre de 1993.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Sentencia Rol 804-2007, 28 de diciembre de 2007.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Sentencia Rol 8792-2020, 29 de enero de 2021.