

Derecho propio indígena y derechos de las mujeres. Jurisprudencia y consulta indígena respecto de la derogación de los artículos 13 y 14 de la Ley Pascua

Amaya Alvez Marín*
Nicolás Díaz Carrillo**
Florencia Alvez Marín***

RESUMEN

El presente artículo aborda la consulta indígena como mecanismo que permite expresar la autonomía indígena en medio de las posibles tensiones entre el derecho y cultura indígena, y los derechos fundamentales de las mujeres. Para lo anterior se analizan críticamente los argumentos y justificaciones esgrimidos con ocasión de la derogación de los artículos 13 y 14 de la Ley Nº 16.441 (1966), denominada Ley Pascua. A partir del caso de estudio se puede concluir que existen potencialidades y desafíos institucionales de la consulta indígena frente a este tipo de tensiones. En primer término, puede expresar fidedignamente y en forma dinámica la cultura indígena y su relación con el derecho propio vigente. En segundo lugar, puede integrar otras perspectivas interseccionales más allá de lo estrictamente ligado a la identidad indígena, en particular el enfoque de género. Finalmente, puede generar un intercambio virtuoso con otras formas de participación indígena y con instituciones jurisdiccionales, legislativas y ejecutivas.

Consulta indígena; derecho propio indígena; derechos fundamentales de las mujeres

* Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, Chile. Magíster en Derecho, Universidad de Toronto, Canadá. Doctora en Derecho, Universidad de York, Canadá. Profesora Titular, Universidad de Concepción, Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1510-7770>. Correo electrónico: aalvez@udec.cl.

** Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, Chile. ORCID: <https://orcid.org/0009-0002-5271-9001>. Correo electrónico: diazcarrillo.nicolas@gmail.com

*** Licenciada en Derecho, Universidad del Desarrollo, Chile. Magíster en Ciencias y Gestión del Medioambiente, Universidad Católica de Lovaina, Bélgica. Profesora de Derecho, Universidad de Las Américas, Chile. ORCID: <https://orcid.org/0009-0000-9645-8953>. Correo electrónico: falvez@gmail.com

Los coautores Amaya Alvez Marín y Nicolás Díaz Carrillo agradecen a ANID, FONDECYT Regular Nº 1211529 “El Derecho Internacional en contra de los Pueblos Indígenas de América Latina” el financiamiento para este trabajo de investigación.

Esta publicación ha recibido apoyo financiero respecto de las coautoras Amaya Alvez Marín y Florencia Alvez Marín, como equipo de investigación en Chile de la iniciativa *Just Futures* de la Fundación Mellon, beca N-2009-09221 proyecto “Dispossessions in the Americas: the Extraction of Bodies, Land, and Heritage from the Conquista to the Present”, administrada por la Universidad de Pensilvania y coordinada por Tulia Falletti, investigadora principal y coinvestigadores principales: Margaret Bruchac, Ricardo Castillo-Neyra, Ann Farnsworth-Alvear, Michael Hanchard, Jonathan D. Katz, Richard M. Leventhal, y Michael Z. Levy”.

Artículo recibido el 27.3.2024 y aceptado para su publicación el 25.9.2024.

*Indigenous legal system and women rights. Jurisprudence
and indigenous consultation regarding the repeal
of sections 13 and 14 of the Pascua Law*

ABSTRACT

This paper aims to delve deeper into indigenous prior consultation as an expressive mechanism of indigenous autonomy. The study addresses the possible tensions between indigenous law and culture, and the fundamental rights of women. Arguments and justifications used on the occasion of the repeal of sections 13 and 14 of law 16.441 (1966) known as Law Pascua. Particular potentialities and institutional challenges can be built upon indigenous consultation confronted to these type of tensions. Firstly, to faithfully and dynamically express indigenous culture and current indigenous legal systems, secondly, to integrate other intersectional perspectives, particularly an advance gender approach more than the strictly linked to indigenous identity, and finally, generate a virtuous interchange with other forms of indigenous participation in relation to jurisdictional, legislative and executive institutions.

Indigenous consultation; indigenous legal system; women rights

I. LAS RELACIONES ENTRE DERECHO Y CULTURA INDÍGENA PROPIA Y LOS
DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS MUJERES

El derecho propio indígena es un fenómeno dinámico, fruto de la imbricación y sincretismo de la interacción de relaciones históricas entre las comunidades indígenas y la sociedad nacional y regional¹. No se trata de un fenómeno estático frente al derecho nacional, sino por el contrario, es un derecho vivo, no escrito². Esta realidad desafía los sistemas jurisdiccionales domésticos a compatibilizar las culturas indígenas con los derechos humanos universales, que suelen ser concebidos como límites a las primeras. La idea que encierra la diversidad de sistemas legales en una misma jurisdicción se conoce con el nombre de pluralismo legal, y se ha utilizado para estudiar la gobernanza y el modo en que relaciones de poder se insertan en el derecho, y a su vez el modo en que el derecho regula el acceso a los recursos y a la justicia, o lo invisibiliza³. Se persigue considerar el derecho estatal y el derecho propio indígena en permanente evolución, y el modo en que sus relaciones, así como con el Derecho Internacional, dan pie a nuevos híbridos jurídicos⁴.

Una de las perspectivas teóricas que puede encuadrar estos desafíos es la “justicia dialógica”, al involucrar no solo a los poderes legislativos en la revisión de constitucionalidad

¹ SIERRA, 1997.

² CONFEDERACIÓN DE NACIONALIDADES INDÍGENAS DEL ECUADOR, 1992.

³ VON BENDA-BECKMANN y TURNER, 2018, p. 264.

⁴ SIEDER 2018, p. 344.

de las normas antes de convertirse en ley⁵, sino también al resto de las ramas políticas de gobierno y al resto de la sociedad⁶. La revisión judicial dialógica capitaliza la ventaja institucional de las Cortes en cuanto estas conectan el debate de valores constitucionales con problemas específicos⁷. En definitiva, este modelo teórico promueve la idea de autogobierno democrático, siendo uno de sus presupuestos el que todos los afectados por las distintas leyes deban tener un acceso razonable al debate acerca de las mismas⁸. Incluso algunos han extendido el concepto de diálogo a los escenarios en que la revisión judicial se ve influenciada por las nuevas interpretaciones constitucionales que emergen de la ciudadanía movilizada⁹.

La idea de diálogo ha puesto el foco en diversas propuestas institucionales: la composición de jurados constitucionales compuestos por ciudadanos¹⁰, el rol de los jueces de instancia como mecanismos de alerta para la decisión de invalidez de la Corte competente¹¹, los “litigios de reforma estructural” que permiten un diálogo entre la judicatura y las autoridades representativas, y las “respuestas legislativas” que enfrentan las iniciativas del poder legislativo con las decisiones de las Cortes, en cuanto también permiten un espacio para la intervención de la ciudadanía¹². Entre las propuestas de “creación de mayores espacios para la consulta a los propios afectados”¹³, se ha indicado el derecho de consulta de los pueblos indígenas, en cuanto permite a estos intervenir en las medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectarles¹⁴.

No obstante, se ha advertido que las soluciones dialógicas requieren de una estructura institucional que efectivamente esté al servicio de intercambio de razones¹⁵. Esto, pues, suele ocurrir que pesa más el marco dado por el sistema de frenos y contrapesos, el carácter reaccionario de las estructuras institucionales¹⁶, o los diferentes estatus sociales de los actores, de modo que las razones de los nuevos actores involucrados terminan por

⁵ GARGARELLA, 2014, p. 119.

⁶ GARGARELLA, 2014, pp. 139.

⁷ TUSHNET, 2014, p.112.

⁸ TUSHNET, 2014, pp. 107-109.

⁹ TUSHNET, 2014, p. 111. Siguiendo a Reva Siegel y Robert Post que enfatizan el punto desde la igualdad de género y la emergencia del movimiento feminista.

¹⁰ SPECTOR, 2014, pp. 195, 199, 201, 204-206.

¹¹ LINARES, 2014, p. 188.

¹² LINARES, 2014, pp. 190-191.

¹³ GARGARELLA, 2014, p. 144.

¹⁴ GARGARELLA, 2014, pp. 119-120, 149.

¹⁵ GARGARELLA, 2014, p. 122.

¹⁶ GARGARELLA, 2014, pp. 144-

no importar demasiado en la decisión final¹⁷ o en definitiva haya poco espacio protagónico para la ciudadanía¹⁸.

Desde la perspectiva de la colisión o tensión entre el multiculturalismo que suponen los derechos culturales y los derechos de las mujeres, Susan Okin ha remarcado la hipótesis que los derechos culturales de grupo (que incluye a los pueblos indígenas)¹⁹ son problemáticos para alcanzar mayor equidad de género. Señala que la promoción de estos derechos, especialmente en grupos cuya cultura patriarcal es mayor que la de la sociedad en que se insertan²⁰, no necesariamente irá en el mejor interés de las niñas y mujeres de aquel grupo, por el contrario, las limitará favoreciendo la posición de los hombres a partir de roles sociales asignados según el sexo²¹. Señala como ejemplo ilustrativo, la defensa cultural en beneficio de los hombres victimarios en casos de rapto y violación, eximiéndoles o disminuyendo su responsabilidad²². No obstante, la autora agrega que debe ponerse especial atención acerca de las inequidades presentes entre los sexos al interior de los grupos culturales, de modo que las políticas públicas orientadas a dichos grupos debieran asegurar la voz y representación de los miembros con menos poder dentro de los mismos, esto es, las mujeres, y especialmente las más jóvenes²³. Agrega que en muchos casos son precisamente los hombres quienes determinan y articulan las creencias, prácticas e intereses del grupo²⁴, de modo que no puede haber justificación para asumir que esos liderazgos representarán los intereses de todos los miembros del grupo²⁵. Al respecto, Sassen agrega que dicha negociación intracultural debiera considerar por un lado las inequidades de género dentro de dichos grupos, y por otro, la opresión intercultural que frecuentemente motiva la reivindicación de aquellos derechos culturales²⁶. Desde una perspectiva más receptiva de la multiculturalidad, la visión de Okin ha sido criticada por Shachar por tener una mirada estática de los grupos culturales y limitada acerca de la agencia de las mujeres de dichos grupos, lo que lleva las tensiones a un resultado de suma cero²⁷. Para Shachar existe una “paradoja de la vul-

¹⁷ GARGARELLA, 2014, p. 141-142. Es importante notar que el autor ejemplifica el punto con el caso de audiencias públicas organizadas por la Corte Suprema argentina para discutir con comunidades indígenas la explotación de litio en sus territorios, cuyo resultado describe como problemático por el “distanciamiento y falta de empatía” que mostraron los jueces. Y lo reitera señalando: “el peso más bien reaccionario que las viejas estructuras institucionales tienen sobre las nuevas prácticas (...) ha sido muy visible en el área de los derechos indígenas, donde la obligación de consulta a los pueblos afectados a menudo terminó socavada o desnaturalizada (...)” (p. 144).

¹⁸ GARGARELLA, 2014, p. 147.

¹⁹ OKIN, 1999, pp. 9-11.

²⁰ OKIN, 1998, pp. 662-664; 672-673, 679-680.

²¹ OKIN, 1999, p. 23.

²² OKIN, 1999, p. 18-19.

²³ OKIN, 1998, pp. 683-684; 1999, pp. 10, 23-24.

²⁴ OKIN, 1999, p. 12.

²⁵ OKIN, 1999, p. 24.

²⁶ SASSEN, 1999, p. 78.

²⁷ SHACHAR, 2001, pp. 65-68.

nerabilidad multicultural”, quien aborda las consecuencias de políticas públicas, como la Ley Pascua en nuestro caso de análisis, como una acomodación cultural al pueblo Rapa Nui que se traduce en una carga desproporcionada para las mujeres de esa comunidad. La solución propuesta por Shachar es una acomodación cultural transformativa que reduzca la injusticia entre grupos culturales mayoritarios y minoritarios, pero también promueva la justicia interna para sus propios miembros más vulnerables²⁸, sugiriendo soluciones institucionales que distribuyan la competencia en la toma de decisiones y permita la negociación entre el Estado y los grupos culturales²⁹. Esta propuesta de gobernanza compartida también se orienta a crear múltiples jurisdicciones con diversa jerarquía y reconocer la agencia de individuos y comunidades para optar entre su calidad de ciudadanas o de miembros de una determinada identidad colectiva. Esto permite un diálogo entre culturas y tradiciones jurídicas y permite reimaginar el sistema jurídico de forma más inclusiva³⁰.

Benhabib, por su parte, recomienda atención a la institucionalización de jurisdicciones multiculturales, ya que se puede correr el riesgo de un eclecticismo legal. Por eso argumenta que debemos establecer claras líneas entre los valores constitucionales no negociables y las adecuaciones posibles abiertas al diálogo político-cultural, como lo demuestra el caso de estudio³¹.

Todas estas perspectivas convergen en relación con la pregunta por los mecanismos y diseños institucionales de diálogo que puedan armonizar debidamente las dimensiones de los derechos culturales y los derechos fundamentales de las mujeres. A partir del caso de estudio, estimamos que la consulta indígena sí puede cumplir un rol virtuoso, sin necesariamente inclinarse de modo unilateral y excluyente en favor de la dimensión cultural de grupo.

Desde las fuentes de Derecho Internacional de los derechos humanos, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas afirma que estos tienen derecho a mantener y desarrollar su cultura con sus sistemas e instituciones (artículo 20.1), ello como manifestación de la libre determinación (artículo 3). No obstante, agrega que las tradiciones, costumbres, responsabilidades individuales y sistemas jurídicos indígenas han de ser conformes con las normas internacionales de derechos humanos (artículos 34 y 35).

El Convenio N° 169 de la OIT junto con consagrar el deber de los Estados de considerar las costumbres y derecho consuetudinario para aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados (artículo 8.1), señala que los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional y los derechos humanos internacionalmente reconocidos deben ser compatibles, estableciéndose “procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio” (artículo 8.2). Ahora bien, esta

²⁸ SHACHAR, 2001, pp. 138-140.

²⁹ SHACHAR, 2001, pp. 128-131.

³⁰ SHACHAR, 2000, p. 405.

³¹ BENHABIB, 2002, p. 128.

implementación ha de contar con una adopción flexible en consideración a las condiciones de cada país (artículo 34), sin menoscabar los derechos de los pueblos y sus miembros (artículo 35). Una particular atención existe acerca de la cultura indígena en lo que respecta a su aplicación en materias penales (artículos 9 y 10). Si puede compatibilizarse, las autoridades y tribunales deben considerar la cultura y respetar los métodos con que los pueblos interesados tradicionalmente reprimen los delitos cometidos por sus miembros. Asimismo, la aplicación de sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos debe considerar su situación particular, dándosele preferencia a sanciones distintas del encarcelamiento.

El sistema interamericano refrenda estas perspectivas. La Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas vincula la libre determinación y la participación indígena a los derechos de identidad cultural, obligando a los Estados al reconocimiento de esta y prohibiendo en consecuencia su destrucción o acciones de asimilación (artículos 3, 10.1, 10.2 y 21.2). También se reitera el principio de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos (artículo 22).

La concepción de los demás derechos humanos como “límites” adquiere especial relevancia respecto de las mujeres. La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) establece que los Estados parte deben seguir por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra las mujeres (artículo 2). Este objetivo refiere explícitamente a la derogación de disposiciones penales que constituyan discriminación contra la mujer (artículo 2 letra g y artículo 3). En efecto, este deber de debida diligencia implica la pronta investigación, enjuiciamiento y sanción³². Además de derogar, los Estados deben abstenerse de dictar leyes y políticas que directa o indirectamente impliquen violencia y discriminación contra la mujer en el goce de sus derechos³³.

La Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer reitera aquel principio de “debida diligencia” (artículos 7 y 8) en sus alcances concernientes a la justicia, la investigación y adecuada sanción y reparación tras conductas de violencia sexual y de género, lo que se ha manifestado en su jurisprudencia³⁴. Así se ha indicado que la “debida diligencia” también implica considerar la situación de vulnerabilidad de ciertas mujeres en razón de su raza y etnia (artículo 9)³⁵. La Comisión IDH ha enfatizado que la violencia múltiple contra las mujeres debe ocupar un lugar prioritario en las iniciativas legislativas y las políticas públicas de los Estados³⁶, reiterando incluir aquellas medidas de naturaleza legislativa para modificar normativa

³² ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, 2017, párr. 24.

³³ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, 2012, párr.9.

³⁴ CORTE IDH, 22.11.2009, sentencia del caso Yarce y Otras *versus* Colombia; Corte IDH, 16.11.2009, sentencia del cas González y otras (Campo Algodonero) *versus* México, párr. 87; CORTE IDH, 2012, párr. 127; COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2006, párr. 104.

³⁵ CORTE IDH, 2011, párr. 127.

³⁶ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2010, p. 50.

vigente o prácticas judiciales o consuetudinarias³⁷. La Declaración de Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer señala que la violencia contra la indemnidad sexual de las mujeres muchas veces deriva de pretendidas “prácticas tradicionales” (artículo 2 letra a). El Comité CEDAW en su Observación General N°19, ha abordado críticamente este vínculo de justificación en “actitudes tradicionales” o “prácticas perpetuadas por la cultura o la tradición”³⁸.

A pesar de este tratamiento que tiende a un modelo de tensión y conflicto, existe actualmente una búsqueda de soluciones integradas entre el desarrollo de la cultura de los pueblos indígenas y el rol de las mujeres indígenas en ello. En este sentido, la ex Relatora Especial sobre Violencia contra la mujer de Naciones Unidas, ha enfatizado en la intersección de múltiples sistemas de desigualdad que convergen en diferentes grados de discriminación, violencia y vulnerabilidad para ciertos grupos de mujeres³⁹. Asimismo, la Relatora de Naciones Unidas acerca de los pueblos indígenas ha señalado que entre las causas de violencia doméstica están aquellas vinculadas al ejercicio del derecho de libre determinación de indígenas mujeres, encontrándose en una posición de subgrupo vulnerado dentro de sus propias comunidades. La Relatora indica una “falsa dicotomía” y prejuicios de desintegración de la autodeterminación indígena, viéndose los derechos de las mujeres como ajenos a las reivindicaciones indígenas, por vincularse a “valores externos” u “occidentales” que priorizan los derechos individuales sobre los derechos colectivos⁴⁰.

Se ha indicado que el tratamiento de las culturas indígenas en el derecho internacional de los derechos humanos no ha incorporado mayormente el enfoque de género⁴¹ a pesar de la evidencia que muestra que la violencia contra los pueblos indígenas aumenta la violencia contra las mujeres y las niñas indígenas⁴², tanto fuera como dentro de sus propias comunidades⁴³. Ante este diagnóstico, la Corte IDH ha propuesto ciertos principios que deben guiar la acción del Estado para hacer frente a la violencia contra mujeres indígenas, los que en gran medida destacan precisamente el ejercicio de su participación y autodeterminación⁴⁴.

Coincidimos con parte de la doctrina nacional que ha identificado dos lecturas erróneas pertinentes a la tensión entre el derecho propio indígena y los derechos de las mujeres. La primera es la cuestión de la jerarquía normativa, pues ambas esferas normativas se encuentran igualmente reconocidas por instrumentos internacionales ratificados por Chile y vigentes. La segunda consiste en concebir siempre, y únicamente, al derecho

³⁷ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2017, párr. 68. Sobre la base de CORTE IDH, 2011 y CORTE IDH, 2001.

³⁸ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, 1992, p. 2-3.

³⁹ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, 2005, p.10.

⁴⁰ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, 2015, párr. 13 y párr. 59.

⁴¹ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, 2022, p.4, párr. 10.

⁴² ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, 2013, párrafo 31.

⁴³ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2017, párr. 10.

⁴⁴ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2017, pp. 32 y siguientes.

propio indígena como el que debe respetar y someterse a los “límites” determinados por otros derechos fundamentales, conclusión que nos parece debatible⁴⁵.

El caso de estudio se inserta, además, en una jurisprudencia del Tribunal Constitucional con particulares alcances respecto de la consulta indígena, la diversidad cultural y los derechos de las mujeres. A propósito de la determinación del sentido y alcance del concepto “pueblos indígenas” ha señalado que debe ser considerado como un conjunto de personas o grupos de personas de un país que poseen en común características culturales propias, que no se encuentran dotadas de potestades públicas y que tienen y tendrán derecho a participar y ser consultadas en materias que les conciernen, pero con estricta sujeción a la Constitución del respectivo Estado de cuya población forman parte⁴⁶. A su vez, respecto de la consulta indígena, ha señalado que constituye una forma de recabar opinión, la que no resultará vinculante, ni afectará las atribuciones privativas de las autoridades que la Constitución Política de la República establece⁴⁷. Así, ha descartado un vicio en el procedimiento de formación de la ley al no haber consulta, afirmando un rango de los tratados internacionales sobre derechos humanos inferior al de la Constitución⁴⁸. En su concepto la consulta indígena opera como mero mecanismo para recabar información⁴⁹, sin perjuicio de hacer presente la necesidad de regular su rol en el marco de los procesos legislativos⁵⁰. Esta perspectiva se relaciona con el limitado rol epistémico con que la consulta indígena ha sido abordada en la jurisprudencia de la Corte Suprema y tribunales ambientales, limitada en su procedencia para expresar los conocimientos propios y válidos, y operar como mecanismo de visibilización de impactos en contextos de diversidad cultural⁵¹.

Respecto de los derechos de las mujeres, el Tribunal Constitucional ha tenido la ocasión de pronunciarse en escenarios de colisión. A propósito del proyecto de despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo, indica un marco de colisión entre la autonomía decisoria de la mujer con la protección –desde la concepción– de la vida del que está por nacer, resolviendo por proporcionalidad una ponderación en favor de la despenalización en tres causales⁵², pero con un resguardo a la objeción de conciencia (individual e institucional), fundada en la libertad de conciencia y de credo⁵³. Esta regulación ha sido duramente criticada por una parte de la doctrina nacional debido

⁴⁵ CARMONA, 2015.

⁴⁶ Tribunal Constitucional, 4.8.2000, rol 309-2000, considerando cuarto

⁴⁷ Tribunal Constitucional, 3.4.2008, rol 1050-2008, considerando décimo cuarto.

⁴⁸ Tribunal Constitucional, 23.1.2013, rol 2387-2013, considerandos décimo a décimo segundo.

⁴⁹ Tribunal Constitucional, 23.1.2013, rol 2387-2013, considerandos décimo cuarto a décimo sexto.

⁵⁰ Tribunal Constitucional, 23.1.2013, rol 2387-2013, considerandos vigésimo segundo y vigésimo cuarto.

⁵¹ GUERRA y SÁNCHEZ, 2021, pp. 39-40.

⁵² Tribunal Constitucional, 28.8.2017, rol 3729-2017, considerandos octogésimo quinto y centésimo décimo tercero y siguientes.

⁵³ Tribunal Constitucional, 28.8.2017, rol 3729-2017, considerandos centésimo vigésimo segundo y siguientes.

a la construcción de una cláusula de objeción de conciencia institucional voluntarista actuando como legislador negativo⁵⁴.

Por último, es oportuno recordar que la primacía de los derechos de la mujer (en particular, sexuales y reproductivos) frente a dimensiones culturales, morales o religiosas, no ha sido la tendencia histórica en el Tribunal Constitucional. Al razonar acerca de la distribución de la píldora de anticoncepción de emergencia, su orientación radicaba en si constituía o no un método abortivo que colisionara con la vida del que está por nacer⁵⁵. Solo voces aisladas remarcaron que el régimen constitucional debía descartar toda creencia o doctrina que buscara la imposición de su pensamiento o valores, de modo de conculcar derechos al libre desarrollo de la personalidad, en este caso de la mujer⁵⁶.

II. EL DEBATE POR LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 13 Y 14

En este trabajo nos remitiremos al debate a propósito de los beneficios que en materia penal establecían los artículos 13 y 14 de la Ley Pascua⁵⁷. El artículo 13 señalaba que: “En los delitos contemplados en los Títulos VII y IX del Libro Segundo del Código Penal⁵⁸, 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”. Por su parte, el artículo 14 indicaba que “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 (...)”

En junio de 2020, el Juez Titular del Juzgado Mixto de Rapa Nui-Isla de Pascua, Alex Guzmán, formuló de oficio un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 13 y 14 de la Ley Pascua. Este requerimiento se originó con ocasión de un delito de violación cometido por un hombre Rapa Nui en contra de

⁵⁴ MARSHALL y ZÚÑIGA, 2020, pp. 112-113.

⁵⁵ Tribunal Constitucional, 18.4.2008, rol 740-07-CDS, considerandos vigésimo noveno a trigésimo noveno, cuadragésimo noveno y quincuagésimo.

⁵⁶ Tribunal Constitucional, 18.4.2008, rol 740-07-CDS. Ver voto disidente del Sr. Ministro Hernán Vodanovic Schnake.

⁵⁷ Para los antecedentes históricos de su tramitación legislativa, en particular el carácter inconsulto y la suposición de una pretendida cultura o idiosincrasia Rapa Nui como justificación de la normativa, ver Boletín N° 2.325 de la H. Cámara de Diputados. CONGRESO NACIONAL DE CHILE, 1964a, p. 374; CONGRESO NACIONAL DE CHILE, 1964b, p.189; BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, 1966, *Historia de la Ley 16.441 que Crea la Comuna Subdelegación de la Isla de Pascua*.

⁵⁸ En general delitos sexuales y delitos contra la propiedad. El Título VII del Libro Segundo del Código Penal tipifica los crímenes y delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual, tales como la violación, el estupro y otros delitos sexuales, el abandono de niños y personas desvalidas, la explotación sexual comercial y pornografía infantil. El Título IX, los crímenes y simples delitos contra la propiedad, tales como robo con violencia o intimidación en las personas, robo con fuerza en las cosas, hurto, abigeato, usurpación, estafa, entre otros.

una mujer no isleña en octubre de 2019⁵⁹, ante ello la defensa del agresor solicitó la aplicación de los mentados artículos.

Entre los argumentos del requerimiento del juez destaca la derogación tácita de las normas del orden doméstico resultado de un control de convencionalidad. En segundo término, la consideración de la historia de la Ley, cuyo objetivo –a juicio del requerimiento– ya se habría logrado, quedando desactualizada la *ratio legis* frente al desarrollo cultural del pueblo Rapa Nui. Y, por último, la idea de ponderación, pues los principios de integridad física y psíquica de la víctima de delitos sexuales primaban por sobre el principio pro reo y su vínculo con la cultura e identidad indígena del imputado.

En el análisis a desarrollar profundizaremos críticamente solo acerca de aquellos argumentos desde una perspectiva de colisión, que como veremos, se hacen medulares y remiten constantemente a la validación de la cultura del pueblo Rapa Nui, donde el rol y deferencia con la consulta indígena sería disímil entre las instituciones y poderes intervinientes.

1. *Sentencia de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Tribunal Constitucional, ROL 8792-2020, 29 de enero de 2021*

Para abordar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad sometida a su conocimiento, el Tribunal Constitucional encuadró su análisis en una colisión de derechos fundamentales⁶⁰. Indica (considerandos sexto, noveno y décimo), siguiendo la línea del requerimiento, que la dificultad interpretativa planteada se encuadra dentro de derechos convencionales contrapuestos, protegiendo unos el género y los otros la etnia, existiendo una colisión de contenidos convencionales entre instrumentos de derecho internacional referente a los pueblos indígenas y las mujeres, privilegiando unos las costumbres indígenas y otros la eliminación de toda forma de discriminación contra las mujeres, especialmente, en el ámbito de su indemnidad sexual.

Como se adelantó en la primera sección, la aludida colisión tiene efectivamente expresiones en el plano normativo de las fuentes de derecho internacional. De allí que el TC lo precisara como una contraposición de reglas convencionales donde la obligación para los Estados impondría una jerarquía a favor de los derechos de las mujeres frente a la diferenciación positiva a favor de la identidad de los pueblos originarios. Esto implicaría en la práctica “debilitar los mandatos de un tratado internacional de derechos humanos por sobre otro” (considerando decimosegundo), planteando una interpretación armónica de “reglas aparentemente contrapuestas” entre los artículos 23 de la CEDAW y los artículos 34 y 35 del Convenio N°169 de la OIT. De estas consideraciones lo clave era

⁵⁹ El episodio activó masivas protestas en la isla. Ver: *La Tercera*, “Rapa Nui y su creciente movimiento feminista”, 25 de diciembre de 2019. Disponible en: <https://www.latercera.com/nacional/noticia/rapa-nui-creciente-movimiento-feminista/951675/>

⁶⁰ En similar sentido la prevención del ministro Pozo Silva, a fojas 1149, puntos 19°, 21° a 23°, 38° y 39°. También desde una perspectiva de colisión de paradigmas, aunque proponiendo un enfoque interseccional, la prevención del ministro Pica Flores, a foja 1158, punto 12° y ss.

determinar si “los artículos 13 y 14 de la Ley N° 16.441 podría o no ser una costumbre indígena” (considerando decimotercero a vigesimonoveno).

En su análisis referente a la costumbre como fuente del derecho y la costumbre indígena aplicable al derecho penal, los jueces constitucionales razonan acerca de sus límites a la luz del derecho internacional de los derechos humanos (considerando vigésimo a vigesimosegundo y considerando trigésimo cuarto). Aunque destacan que el estándar doméstico es que la costumbre indígena no puede ser incompatible con la Constitución y debe ser probada, acreditada en juicio, pero especialmente con el informe pericial que deba evacuar la CONADI⁶¹. El TC subrayó que la propia Ley 16.441 no contempla prueba alguna de la costumbre indígena ni por tanto la posibilidad de debatir en torno a ella (considerando quincuagésimo primero).

En este punto adquiere relevancia la expresión del derecho propio indígena y la cultura ancestral por medio de la consulta o bien la participación y representación indígena. El Consejo de Ancianos Rapa Nui-Mau Hatu, organización legalmente reconocida como integrante de la Comisión de Desarrollo de Isla de Pascua (CODEIPA)⁶², solicitó el rechazo del requerimiento de inaplicabilidad⁶³ sosteniendo el respeto a las instituciones representativas y al derecho consuetudinario al aplicarse legislación nacional (artículo 6 y 8 del Convenio OIT N°169). Reivindicando, en sus palabras, la cultura ancestral y cosmovisión Rapa Nui concerniente a “lo sexual, el cuerpo y el erotismo”. A juicio del Consejo se trataba de “un problema étnico, y no de género”. No obstante, tras las protestas de organizaciones de mujeres Rapa Nui⁶⁴, el Consejo de Ancianos moderó su criterio⁶⁵. En una presentación posterior, el presidente del Consejo retiró todo lo indicado en relación con violencia en contextos sexuales⁶⁶, y agregó que las mujeres Rapa Nui sí tenían un rol, representación y liderazgo en todas las esferas de la comunidad. Esta disonancia abre el análisis pertinente a los medios adecuados para determinar cuál es la cultura indígena vigente (considerando sexagesimocuarto). El Consejo de Ancianos enfatizó que la reconfiguración y variación de la cultura en el tiempo exigía considerar el mecanismo de la consulta indígena⁶⁷.

⁶¹ Ley N° 19.253, 1993, artículo 54. La especialidad del medio probatorio del informe pericial de CONADI no es excepcional en nuestro ordenamiento. En efecto, deriva de las funciones de este organismo señaladas en el artículo 39 de la Ley N° 19.253 y expresada en otros informes requeridos en otras diversas materias. Ver como ejemplo los artículos 8 y 10 de la Ley N° 20.249 que Crea el espacio costero marino de los pueblos originarios, y artículos 3 y 6 de su respectivo Reglamento, contenido en el Decreto N°134 (2009) del Ministerio de Desarrollo Social y Familia.

⁶² Ley 19.253, 1993, artículo 68.

⁶³ Tribunal Constitucional, 29.01.2021, rol 8792-2020, fojas 675 y ss.

⁶⁴ Tribunal Constitucional, 29.01.2021, rol 8792-2020, fojas 1008-1009. Véase *El Correo del Moai*, edición del 14.08.2020, disponible en <https://www.elcorreodelmoai.com/?p=1910>. En efecto, el presidente del Consejo de Ancianos, Carlos Edmunds Paoa, emitió unas disculpas públicas a la comunidad Rapa Nui por la presentación previa, el 14 de agosto de 2020, acompañadas al segundo escrito presentado.

⁶⁵ Tribunal Constitucional, 29.01.2021, rol 8792-2020, foja 1006 y ss.

⁶⁶ Punto que es señalado como crítico por el TC a la hora del análisis de la determinación de la cultura indígena para el caso en examen. Ver considerando sexagesimocuarto.

⁶⁷ Tribunal Constitucional, 29.01.2021, rol 8792-2020, fojas 1011-1012.

Asimismo, la organización comunitaria funcional MAROA, integrada por mujeres Rapa Nui, sostuvo que la normativa impugnada no respondía ni a una cultura Rapa Nui de antaño ni actual, al mismo tiempo que concordaba con el carácter dinámico de la cultura y derecho propio, y de su vínculo con la autodeterminación indígena⁶⁸.

La CONADI, por su parte, refrendó lo señalado por el Consejo de Ancianos en su segunda presentación, sin embargo aun así entendió que, teóricamente, el caso en cuestión se trataba de una colisión entre derechos fundamentales⁶⁹. SERNAMEG, entidad querellante en la causa penal de origen, apuntó que la Ley Pascua había sido redactada a base de un supuesto reconocimiento cultural y sin consulta al pueblo Rapa Nui, ni a una comisión técnica de expertos, siendo equívoco justificar los artículos en cuestión en consideración o pertinencia a elementos culturales. En similar sentido argumentó lo propio el Ministerio Público⁷⁰.

De la perspectiva de las autoridades tradicionales, organismos técnicos y la historia de la Ley Pascua⁷¹ el TC concluye que los artículos 13 y 14 no corresponden a la costumbre indígena Rapa Nui. Al mismo tiempo indica que el derecho consuetudinario no es estático ni ancestral, sino presente y dinámico, y que la Ley Pascua fue anterior a todo tipo de mecanismos de consulta previa a los involucrados (considerando vigésimo noveno y trigésimo cuarto). En efecto, respecto del carácter inconsulto de la Ley la describe como “legislación a tuestas”, carente de motivación suficiente para vincularla a una determinada cultura Rapa Nui (considerando vigesimocuarto y sexagesimocuarto)⁷².

Al descartar el TC un fundamento antropológico o ancestral, estima que la falta de motivación normativa de los artículos 13 y 14 impide justificar un tratamiento desigual y una finalidad constitucionalmente legítima. Con ello, lo que pudo ser un beneficio en atención a un razonable particularismo cultural colectivo deviene en una distinción y privilegio arbitrario en razón de la identidad personal individual (considerandos cuadragésimoctavo a quincuagesimoquinto, quincuagesimonoveno y sexagesimocuarto).

Por todo esto, el TC señala que existe una necesidad sobreviniente de “antropología Rapa Nui” (considerando quincuagesimocuarto), pero no profundiza más allá. De hecho, desde su posición, estima que su propia labor como magistratura constitucional y su declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, genera un “fortalecimiento de la tradición cultural Rapa Nui” (considerando quincuagesimoquinto).

De estos razonamientos se observa un consenso en la argumentación por “validar o actualizar la cultura” para poder abordar adecuadamente la pretendida colisión de

⁶⁸ Ver las respectivas presentaciones de dicha organización en Tribunal Constitucional, 29.01.2021, rol 8792-2020, a fojas 373 y ss.; y Tribunal Constitucional, 05.04.2022, rol 12.415-2021, a fojas 198 y ss.

⁶⁹ CORPORACIÓN NACIONAL DE DESARROLLO INDÍGENA, en Tribunal Constitucional, 29.01.2021, rol 8792-2020, fojas 1037 y ss., en particular ver fojas 1050 y ss.

⁷⁰ Tribunal Constitucional, 29.01.2021, rol 8792-2020, fojas 204 y ss. y fojas 345 y ss., respectivamente.

⁷¹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, 1966; Tribunal Constitucional, 29.01.2021, rol 8792-2020, fojas 515 y siguientes.

⁷² En un sentido similar las prevenciones de los ministros Aróstica Maldonado, Letelier Aguilar y Vásquez Márquez a fojas 1138 y siguientes. También el ministro Pica Flores, en fojas 1160 y 1162, puntos 18° y 25°.

paradigmas. Sin embargo, hasta aquí, la consulta indígena como un mecanismo de autonomía idóneo para ese propósito no tuvo mayor cabida.

Uno de los ministros del TC profundizó acerca de la idea de “conflicto aparente” entre paradigmas, pues no habría razonabilidad posible de una cultura orientada a la sexualidad forzada⁷³, y otro por su parte se refirió explícitamente a la noción de “pluralismo jurídico” y su carácter híbrido y dinámico⁷⁴. Nuestra propuesta de análisis es diversa: supone preguntarnos quién(es) y desde cuáles instituciones se construye el derecho y la cultura indígena propia. Puede apreciarse que las alternativas ofrecidas por la judicatura para dirimir el contenido y extensión de la cultura indígena solo derivan de la intervención exógena y técnica, ya de la judicatura (penal o constitucional) o bien de un servicio público especializado (CONADI). Nuestra pregunta es ¿Qué rol cabe a la autonomía del pueblo indígena, con especial referencia a sus integrantes mujeres, respecto de la definición vigente de su cultura y derecho propio?

Cuando el TC menciona en su sentencia la consulta indígena que se encontraba en curso en lo que respecta a los artículos 13 y 14, solo se limita a indicar que estaba suspendida, como un antecedente adicional a la historia de impugnación social de aquellas normas (considerando cuadragésimoprimer). Solo el ministro Pica Flores subrayó la relación con el estado procesal del caso *sub lite* que motivaba el requerimiento invocado, pues se “entrelaza lo jurisdiccional con la propia consulta”⁷⁵. Por su parte, el voto disidente del Ministro Romero Guzmán⁷⁶ precisó que la “vía para enmendar” el problema de inconstitucionalidad de las normas impugnadas tenía su “procedimiento idóneo” en “la dictación de una ley que las derogue”. En este punto de la cronología, la consideración a la autonomía indígena y la consulta como mecanismo plausible de solución no alcanzó más desarrollo que el aquí indicado. Finalmente, por 8 votos contra 1, el pleno del TC declarararía inaplicables por inconstitucionalidad ambos artículos.

2. *Consulta indígena al pueblo Rapa Nui 2020-2021*⁷⁷

El proceso de consulta indígena (la Consulta) se inició el 11 de febrero de 2020. Esta tuvo que suspenderse en abril y mayo de 2020 atendida la pandemia por COVID-19, reanudándose recién el 13 de febrero de 2021 para culminar cuatro meses después de la ya comentada sentencia de inaplicabilidad.

⁷³ Ministro Pica Flores a foja 1162, en particular puntos 26° a 30°.

⁷⁴ Ministro Pozo Silva a fojas 1140 y ss., en particular puntos 5°, 11° y siguientes.

⁷⁵ Ministro Pica Flores en Tribunal Constitucional, 29.01.2021, rol 8792-2020, foja 1157, punto 5°.

⁷⁶ Tribunal Constitucional, 29.01.2021, rol 8792-2020, fojas 1134 y ss.

⁷⁷ Desarrollado sobre la base de Ministerio de Desarrollo Social y Familia, 2021; y Resoluciones Exentas del Ministerio de Desarrollo Social y Familia: N° 74 de fecha 11 de febrero de 2020, N°186 de fecha 07 de abril de 2020, N° 279 de fecha 25 de mayo de 2020, y N°907 de fecha 13 de febrero de 2021.

En términos de convocatoria y difusión se puede indicar que estas se efectuaron conforme con la normativa aplicable⁷⁸, logrando activarse además un plan comunicacional durante la suspensión⁷⁹. En efecto, luego de la reanudación formal del proceso se inició un trabajo conjunto entre el MIDESOC, las autoridades de la Isla y los representantes electos del pueblo Rapa Nui que permitiría ejecutar todas las etapas contempladas en los literales del artículo 16 del Reglamento con la flexibilidad exigida por el artículo 10 y las propias del contexto sanitario⁸⁰.

En las etapas de planificación e información se realizaron reuniones virtuales y presenciales con miembros del pueblo Rapa Nui tanto dentro como fuera de la isla. En estas se aclararon dudas, levantaron observaciones e identificaron propuestas que fueron sistematizadas en sus mayores frecuencias⁸¹. Entre las propuestas de mayor frecuencia se proponía mantener el beneficio del artículo 13 para los delitos de usurpación y piratería en la referencia que la norma hacía a los crímenes y simples delitos contra la propiedad y cambiar la expresión “naturales” por “pueblo Rapa Nui”. Además, los resultados revelaban diferencias de opinión en la referencia a crímenes y delitos contra el orden de la familia, la moralidad pública y la integridad sexual, procurándose mantener el beneficio en el caso del delito de aborto y otros delitos menores en esas materias. Solo en el caso del artículo 14 predominó la propuesta de una absoluta derogación.

En las etapas de deliberación interna y de diálogo, sostenidas entre el pueblo Rapa Nui y el Estado, se definió la redacción de las alternativas en la papeleta de la consulta. Como resultado preliminar, en el caso del artículo 13, se esbozaron diversas modificaciones además de la alternativa de derogación, entre estas se incluía mantener el beneficio para el delito de aborto siempre que se realizara con consentimiento de la mujer y de quien realizara el procedimiento, y en la referencia a delitos contra la propiedad determinar su alcance solo respecto del delito de abigeato o el de usurpación con algunos matices. En el caso del artículo 14 también se definieron ciertas alternativas a la derogación, apuntando a la limitación temporal o de reiteración del beneficio.

Como se puede apreciar, si bien respecto del artículo 14 la opción mayoritaria fue derechamente derogarlo, respecto del artículo 13 se observan matices con propuestas que, al parecer, se vinculan con la identidad Rapa Nui: derechos de autonomía sexual de la mujer (aborto) o a lo menos vinculadas con sus prácticas culturales y cosmovisión en relación con la propiedad privada (abigeato y usurpación). Esto evidentemente introdujo elementos no confirmados y no observados hasta ese entonces respecto de la legitimidad del contenido de las normas y su vínculo con cierta cosmovisión o costumbre Rapa Nui.

Asimismo, en el marco de los diálogos y reuniones de consulta, surgieron propuestas que trascendieron la mera modificación o derogación de normas. Dichas propuestas

⁷⁸ Decreto Supremo N°66 (2013) del Ministerio de Desarrollo Social y Familia, que Aprueba el reglamento que regula el procedimiento de consulta indígena.

⁷⁹ MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL Y FAMILIA, 2021, p. 6.

⁸⁰ Resolución Exenta N° 907 del Ministerio de Desarrollo Social y Familia, de fecha 13 de febrero de 2021, considerandos 8° y 9°.

⁸¹ MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL Y FAMILIA, 2021, p. 7.

incorporaron perspectivas indígenas y de género de manera integral, abordando aspectos como el diagnóstico, el análisis, la educación cívica y sexual, la reparación, la rehabilitación y el desarrollo de programas dotados de infraestructura pertinente. En efecto, de estas propuestas se firmó un acta de acuerdo para su trabajo con la Subsecretaría de Servicios Sociales y la Subsecretaría de la Mujer y Equidad de Género⁸².

Finalmente, la votación propiamente tal se realizó el domingo 9 de mayo de 2021 con mesas en la isla, Santiago y Viña del Mar. Del padrón de 2.700 personas habilitadas para sufragar participó el 33% (897 personas), a pesar de que solo se proyectaba una participación de 500 personas⁸³. Los resultados de esta votación⁸⁴ arrojaron como propuesta mayoritaria solo modificar el artículo 13 manteniendo el beneficio para ciertos delitos contra la propiedad⁸⁵ y derogar completamente el artículo 14.

3. *Sentencia de inconstitucionalidad de oficio. Tribunal Constitucional, ROL 12.415-2021, de 5 de abril de 2022*

Teniendo como presupuesto la sentencia de inaplicabilidad, el TC inició de oficio el procedimiento de inconstitucionalidad en noviembre de 2021, declarándola así respecto de la remisión del artículo 13 a los crímenes y delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual, e íntegramente respecto del artículo 14.

Si bien el TC acordó poner en conocimiento del Presidente de la República y de los presidentes de ambas cámaras del Congreso Nacional la cuestión de constitucionalidad, ninguna de estas autoridades allegó observaciones o antecedentes durante la tramitación. Sí hubo audiencias públicas de terceros interesados que ya habían intervenido en este devenir: Consejo de Ancianos Rapa Nui, OCT MAROA, SERNAMEG, CODEIPA, entre otros.

La organización MAROA hizo presente los resultados de la Consulta, agregando que su principal preocupación era la pronta tramitación del proyecto de ley que derivaba de la misma. Para MAROA la consulta expresaba un “verdadero diálogo intercultural que respeta acuerdos y promueve su cumplimiento”, enfatizando que el resultado de la votación demostraba fehacientemente la voluntad del pueblo Rapa Nui⁸⁶. Por su parte,

⁸² MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL Y FAMILIA, 2021, p. 12.

⁸³ Estimada sobre la base de cinco consultas anteriores al pueblo Rapa Nui efectuadas entre los años 2015 y 2017, registrando un margen oscilante entre 251 y 1411 participantes, esto último en la Consulta sobre Ley de Residencia.

⁸⁴ MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL Y FAMILIA, 2021, pp. 13-15.

⁸⁵ Primaron las opciones de mantener el beneficio respecto del delito de abigeato (312 votos) y de usurpación (350 votos) siempre que esta no afectara a miembros del pueblo Rapa Nui.

⁸⁶ Tribunal Constitucional, 05.04.2022, rol 12415-2021, fojas 201 y 202.

SERNAMEG acompañó como antecedentes el propio proyecto de ley y mensaje presidencial (Boletín N° 14.610-06) y el informe de sistematización de la consulta indígena⁸⁷.

En lo que interesa para nuestro análisis el TC reitera sus razonamientos acerca de un “privilegio inmotivado y sin justificación razonable en la dimensión indígena”, que “no es justificable y no pudo fundarse en una particularidad del pueblo rapanui”. A juicio del TC, el legislador de la época no constató la existencia de una cultura ancestral (considerando décimo).

Si bien todos los ministros concurrieron en derogar completamente el artículo 14, cuatro de ellos indicaron que la inconstitucionalidad del artículo 13 afectaba solo la remisión a los delitos sexuales, pero se mantenía respecto de los delitos contra la propiedad, siendo esto congruente con la sentencia previa de inaplicabilidad (considerando sexto, décimo octavo, cuadragésimo cuarto, cuadragésimo séptimo, cuadragésimo octavo y quincuagésimo segundo)⁸⁸. Lo interesante es que esta distinción dialogaría notoriamente con las preferencias levantadas en el proceso de consulta y en las presentaciones y audiencias públicas de organizaciones de mujeres Rapa Nui⁸⁹. En esta sentencia, la consulta fue explícitamente considerada como “antecedente adicional” para sostener la inconstitucionalidad total del artículo 14 y solo parcial respecto del artículo 13 (considerando vigésimo quinto y cuadragésimo noveno a quincuagésimo primero). Como veremos, este giro de deferencia con la consulta no se mantendría en los debates posteriores ante el Congreso Nacional.

4. *Ley N° 21.451 de 28 de mayo de 2022, que deroga los artículos 13 y 14 de la Ley Pascua*

Un mes después de la sentencia de inconstitucionalidad de oficio se publicaría la Ley N° 21.451, que derogaría íntegramente los artículos 13 y 14 de la Ley Pascua.

El mensaje del proyecto⁹⁰ reconocía explícitamente el devenir de impugnación de los preceptos en cuestión y su rechazo por parte del pueblo Rapa Nui⁹¹, refiriendo a la transcendencia del asunto tanto para los poderes legislativo, ejecutivo y judicial.

Sobre la cultura indígena, el proyecto reiteraba la conclusión del TC en torno a que las normas cuestionadas no constituían costumbre penal indígena. En lo que respecta a la Consulta y sus resultados dedicó un apartado especial, describiéndola como una instancia en que “se vio reflejada la voz del pueblo Rapa Nui y de la cual el proyecto era su fiel resultado”⁹². En este marco el ejecutivo enfatizó en la voluntad de la comunidad

⁸⁷ PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE CHILE, 2021 y MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL Y FAMILIA, 2021.

⁸⁸ En el mismo sentido la prevención de los ministros/as García Pino, Pozo Silva y Silva Gallinato, párrafos 8°, 9°, 12° y 14°.

⁸⁹ Prevención de los ministros/as García Pino, Pozo Silva y Silva Gallinato, párrafo 13°.

⁹⁰ PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE CHILE, 2021.

⁹¹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, 2022, pp.17-20.

⁹² BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, 2022, sección II, pp. 12 y ss., 29, 38-39 y 50.

isleña por mantener el beneficio del artículo 13 solo respecto de ciertos delitos contra la propiedad⁹³. Así, concordante con la Consulta y con lo que resultaría del procedimiento de inconstitucionalidad de oficio, el proyecto inicial proponía derogar el artículo 14 y solo reemplazar el 13 en los términos ya referidos.

Sin embargo, en la tramitación aquello cambiaría, concluyendo con la derogación total de ambas normas. Relativo a la justificación e insistencia del Ejecutivo amparada en los resultados de la Consulta, la opinión categórica de algunos senadores/as fue que estos no eran vinculantes al proceso legislativo⁹⁴. En el fondo de aquella argumentación se retoma la lógica de la colisión, favoreciendo la potencia del paradigma de género como suficiente para anular cualquier matiz o distinción derivada de la cultura indígena. Paradójicamente, la tramitación legislativa se había suspendido para esperar los resultados del proceso de consulta y estos no trastocarían en mayor medida la protección de la indemnidad sexual. Sin embargo, en la votación en general y en particular de la Comisión de Gobierno, Descentralización y Regionalización del Senado hubo unanimidad de sus miembros⁹⁵ en derogar ambos artículos. En ese tenor pasaría el proyecto a la discusión y aprobación en sala.

Solo voces aisladas plantearon dudas si el tema que se estaba discutiendo y votando se correspondía exactamente con el resultado de la consulta indígena efectuada⁹⁶. En efecto, el Consejo de Ancianos envió una carta al Congreso para defender la distinción respecto del delito de usurpación⁹⁷. Sin embargo, el debate legislativo avanzaría con inercia en la postura hegemónica⁹⁸ de descartar toda deferencia a la Consulta y protección de la cultura indígena manifestada en ella, sin presentarse indicaciones al respecto⁹⁹.

Así aprobado y despachado, el TC se pronunciaría nuevamente, esta vez en examen preventivo de constitucionalidad del proyecto de ley. Aquí destaca su precisión respecto de cuál era el texto vigente a derogar por el legislador considerando la sentencia previa de inconstitucionalidad de oficio. Allí apuntaría que se trataba solo del remanente del beneficio del artículo 13 en su alcance para los delitos contra la propiedad. Y además,

⁹³ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, 2022, p. 14.

⁹⁴ Ver palabras de la H. Senadora Ebensperger y del H. Senador Ossandón. En BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, 2022, pp. 21, 26 y 31.

⁹⁵ H. Senadores/as Ebensperger, Insulza, Ossandón y Carvajal.

⁹⁶ Ver intervención y téngase presente de la H. Senadora Allende, e intervenciones de la H. Senadora Rincón, del H. Diputado Rathgeb y del H. Diputado Ibáñez. En BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, 2022, pp. 29, 30, 46-48.

⁹⁷ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, 2022, p. 43.

⁹⁸ Ver como ejemplos ilustrativos las intervenciones de los H. Diputados Jorge Alessandri y Leonardo Soto. En BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, 2022, pp. 40, 41 y 46.

⁹⁹ Aprobado en general y en particular en el Senado el 21 de diciembre de 2021, con 30 votos a favor y 2 abstenciones (de un total de 43 en ejercicio), en calidad de cámara de origen. En la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados, aprobado por unanimidad de sus cuatro miembros. En sala de la Cámara de Diputados aprobado también por unanimidad.

señalaría que esto era consistente con una “mayor deferencia con los resultados de la consulta indígena desplegada con el Pueblo Rapa Nui”¹⁰⁰.

III. CONCLUSIONES

El caso de estudio, esto es los artículos 13 y 14 de la Ley Pascua, muestra los matices con que los órganos jurisdiccionales, legislativos y ejecutivos inciden en la validez del derecho y la cultura indígena propia Rapa Nui, expresando diferentes grados de deferencia y diálogo con la autonomía y la consulta indígena.

Asimismo, el caso ilustra cómo las posturas y argumentos diversos de las organizaciones indígenas contrastan con las vías de representación y deliberación autónoma de la población indígena en particular desde la perspectiva de género. En este marco, la consulta indígena destacó por la particularidad de sus resultados y como una culminación de las diversas vías con que las mujeres Rapa Nui históricamente impugnaron las normas en cuestión.

Algunos autores han comentado específicamente la sentencia de inaplicabilidad de este estudio¹⁰¹ apuntando a integrar los elementos teóricos y dogmáticos más allá del argumento de tensión o colisión entre diversidad cultural y derechos de las mujeres en que se resuelve, priorizando un paradigma sobre otro. Villavicencio y Zúñiga proponen y concluyen como solución tentativa agregar la perspectiva interseccional que considera las diferencias intragrupalas determinada por diversos rasgos de la identidad (género, clase y raza)¹⁰².

Como hemos visto, el esquema dual de la colisión fue dominante en todo el devenir institucional y argumentativo de la controversia. El Tribunal Constitucional (TC) finalmente optó por una postura de deferencia hacia la Consulta, aunque de manera tímida. Sin embargo, la fuerza determinante recayó en el poder legislativo, que desestimó los resultados de la Consulta y, con ello, el respeto por la cosmovisión y la cultura Rapa Nui, particularmente en lo que respecta a la integración de la perspectiva de género en su contexto cultural específico.

Aquí sostenemos que, a pesar del resultado, la consulta indígena se ha proyectado, tanto a la interna como en su relación con los demás mecanismos de participación indígena e instituciones estatales, como un mecanismo deliberativo y de diálogo intercultural e intragrupal, que bien implementado puede realzar la posición e influencia del subgrupo

¹⁰⁰ Tribunal Constitucional de Chile, 05.05.2022, rol 12862-2022, considerando décimo primero: *El efecto que ha de producir entonces el proyecto de ley sometido a control, se limita a la penalidad asignada a los delitos contemplados en el Título IX del Libro Segundo del Código Penal (crímenes y simples delitos contra la propiedad), regla especial que había subsistido tras la sentencia de inconstitucionalidad y que evidenció la mayor deferencia con los resultados de la consulta indígena desplegada con el Pueblo Rapa Nui, proceso que tuvo una duración de 16 meses, con todas las dificultades propias de la pandemia y que fue considerado en el motivo 50° de la decisión de este Tribunal.*

¹⁰¹ VILLAVICENCIO y ZÚÑIGA, 2022.

¹⁰² VILLAVICENCIO y ZÚÑIGA, 2022, p. 185.

de mujeres indígenas, sin por ello desatender los matices de la cultura y cosmovisión del grupo indígena que integran.

Una hipótesis propia del esquema de colisión de ambos paradigmas habría sostenido que, frente al enfoque de género, la consulta indígena habría blindado un derecho y cultura indígena opresivos. Sin embargo, el caso de estudio muestra que la consulta indígena puede trascender los límites de una sola perspectiva y materializar el carácter dinámico de la cultura y el derecho indígena.

El caso de estudio realiza la interacción entre la consulta indígena, las audiencias públicas y los diversos Poderes del Estado, como asimismo el debate en torno a su carácter vinculante. Las aristas del caso pueden constituir un punto de referencia para el diseño institucional doméstico de un modelo dialógico constitucional en beneficio de la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos, como también del derecho propio indígena y la consulta en el ordenamiento constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

- BENHABIB, Seyla, 2002, *The Claims of Culture. Equality and Diversity in the Global Era*, Princeton, Princeton University Press.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, 1966, *Historia de la Ley 16.441 que Crea la Comuna Subdelegación de la Isla de Pascua*.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, 2022, *Historia de la Ley 21.451 que Modifica la Ley N° 16.441, que crea el departamento de isla de pascua, en el sentido que indica*.
- CARMONA CALDERA, Cristóbal, 2015, “Hacia una comprensión “trágica” de los conflictos multi-culturales: acuerdos reparatorios, violencia intrafamiliar y derecho propio indígena”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 42, N°3, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372015000300010>
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2006, *Las Mujeres Frente a la Violencia y la Discriminación Derivadas del Conflicto Armado en Colombia*, Documento: OEA/Ser.L/V/II., Doc. 67.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2010, *Acceso a servicios de salud materna desde una perspectiva de derechos humanos*, Documento OEA/Ser.L/V/II. Doc 69.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2017, *Las mujeres indígenas y sus derechos humanos en Las Américas*, Documento OEA/Ser.L/V/II.Doc. 44/17.
- CONFEDERACIÓN DE NACIONALIDADES INDÍGENAS DEL ECUADOR, 1992, Publicación del Órgano de Difusión, septiembre, No 2.
- CORTE IDH, 2001, *Informe del caso María Eugenia Morales de Sierra (Guatemala)*, Informe N° 4/01, del 19 de enero de 2001.
- CORTE IDH, 2011, *Informe del caso Jessica Lenaban (Gonzales) y otros (Estados Unidos) N°12.626*, Informe N°80/11, del 21 de julio de 2011.
- GARGARELLA, Roberto, 2014, “El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos”, en Gargarella, Roberto (compilador), *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, pp. 119-158.
- GUERRA, Felipe y SÁNCHEZ, Gonzalo, 2021, “La función epistémica del derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa en Chile”, *Revista Ius et Praxis*, Año 27, N°3.

- LINARES, Sebastián, 2014, "Justicia dialógica interinstitucional: de lege ferenda y de lege lata", en Gargarella, Roberto (compilador), *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, pp. 187-192.
- MARSHALL, Pablo y ZÚÑIGA, Yanira, 2020 "Objeción de conciencia y aborto en Chile", *Derecho PUCP*, N° 84, pp. 99-130. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.202001.004>
- MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL Y FAMILIA, 2021, *Sistematización del Proceso de Consulta Indígena para la "modificación y/o derogación de los artículos 13 y 14 de la Ley Pascua"*.
- OKIN, Susan M., 1998, "Feminism and Multiculturalism: Some Tensions", *Ethics*, Vol. 108, N°4, pp. 661-684.
- OKIN, Susan M., 1999, "Is multiculturalism bad for women?", en Cohen, Joshua; Howard, Matthew y Nussbaum, Martha (editores), *Is Multiculturalism Bad for Women? Susan Moller Okin with respondents*, Nueva Jersey, Princeton University Press, pp. 7- 24.
- ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer, 1989, *Recomendación General N°12: Violencia contra la mujer*, Octavo periodo de sesiones, Documento A/44/38. Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/196595?ln=es>
- ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer, 1992, *Recomendación General N° 19: La violencia contra la mujer*, Decimoprimer periodo de sesiones.
- ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, Asamblea General, 1993, *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer*, Resolución de la Asamblea General 48/104 del 20 de diciembre de 1993, 20 diciembre 1993, Documento A/RES/48/104.
- ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, Comisión de Derechos Humanos, 2005, *Integración de los derechos humanos de la mujer y la perspectiva de género: la violencia contra la mujer. Misión a Guatemala, Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Yakin Ertürk*, Documento E/CN.4/2005/72/Add.3. Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/541832?ln=es>
- ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, 2013, *Estudio sobre la incidencia de la violencia contra las mujeres y las niñas indígenas teniendo presente lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 22 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, Documento E/C.19/2013/9. Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/746509?ln=es&v=pdf>
- ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer, 2012, *Recomendación General N° 28: relativa al artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, Documento CEDAW/C/GC/28. Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/1303099?ln=es>
- ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, 2015, *Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, Victoria Tauli Corpuz*, Documento A/HRC/30/41.
- ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer, 2017, *Recomendación General N° 35: sobre la violencia por razón de género contra la mujer*, Documento CEDAW/C/GC/35*. Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/1305057?ln=es>
- ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos, 2022, *Las mujeres indígenas y el desarrollo, la aplicación, la preservación y la transmisión de los conocimientos científicos y técnicos, Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, José Francisco Calí Tzay*, 51^{er} periodo de sesiones, 09 de agosto de 2022, Documento A/HRC/51/28. Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/3985759?ln=es>
- PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE CHILE, 2021, *Mensaje N° 185-369 al Honorable Senado en Boletín N° 14.610-06*, Sesión 79, Legislatura 369, de fecha 28 de septiembre de 2021.

- SASSEN, Saskia, 1999, "Culture beyond Gender", en Joshua Cohen, Matthew Howard y Martha C. Nussbaum (editores), *Is multiculturalism Bad for Women? Susan Moller Okin with Respondents*, New Jersey, Princeton University Press, pp. 76-78.
- SIEDER, Rachel, 2018, "Pluralismo jurídico y los derechos de las mujeres indígenas en México: Las ambigüedades de su reconocimiento", en Roger Merino and Areli Valencia (coordinadores), *Descolonizar el Derecho. Pueblos indígenas, derechos humanos y Estado plurinacional*, Lima, Palestra.
- SIERRA, María Teresa, 1997, "Esencialismo y autonomía: paradojas de las reivindicaciones indígenas", *Revista Alteridades*, Vol. 7, N°14.
- SPECTOR, Horacio, 2014, "Un sistema democrático de control constitucional", en Gargarella, Roberto (compilador), *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, pp. 193-208.
- TUSHNET, Mark, 2014, "Revisión judicial dialógica", en Gargarella, Roberto (compilador), *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, pp. 105-116.
- VILLAVICENCIO, Luis y ZÚÑIGA, Yanira, 2022, "El caso de la "Ley Pascua". Un enfoque más allá del todo o nada", *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XXXV, N°1.
- VON BENDA-BECKMANN, Keebet y TURNER, Bertram, 2018, "Legal pluralism, social theory, and the state", *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 2019, Vol. 50, N°3. <https://doi.org/10.1080/07329113.2018.1532674>

Jurisprudencia

- CORTE Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 22 de noviembre de 2009, caso Yarce y Otras versus Colombia.
- CORTE Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 16 de noviembre de 2009, caso González y otras (Campo Algodonero) versus México.
- TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 4 de agosto de 2000, rol 309-2000.
- TRIBUNAL Constitucional de Chile, sentencia de 18 de abril de 2008, rol 740-07-CDS.
- TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 3 de abril de 2008, rol 1050-2008.
- TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 23 de enero de 2013, rol 2387-2013.
- TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 28 de agosto de 2017, rol 3729-2017.
- TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 29 de enero de 2021, rol 8792-2020.
- TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 5 de abril de 2022, rol 12415-2021.
- TRIBUNAL Constitucional de Chile, sentencia de 5 de mayo de 2022, rol 12862-2022.

Normas jurídicas

- LEY 16.441, Crea el departamento de Isla de Pascua, publicada el 1 de marzo de 1966.
- CONVENCIÓN sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), adoptada el 18 de diciembre de 1979. Publicada en Chile el 9 de diciembre de 1989 por el Decreto N°789 del Ministerio de Relaciones Exteriores.
- DECLARACIÓN de Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, adoptada el 20 de diciembre de 1993.
- LEY 19.253, Establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, publicada el 5 de octubre de 1993.
- CONVENCIÓN Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención Belém Do Pará), adoptada el 6 de septiembre de 1994. Publicada en Chile el 11 de noviembre de 1998, por el Decreto N°1640 del Ministerio de Relaciones Exteriores.

- CONVENIO Nº 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado el 27 de junio de 1989. Publicado en Chile el 14 de octubre de 2008, por el Decreto Nº 236 (2008) del Ministerio de Relaciones Exteriores.
- DECLARACIÓN de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, adoptada el 13 de septiembre de 2007.
- DECLARACIÓN Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, adoptada el 14 de junio de 2016.
- DECRETO Supremo Nº 66 (2013) del Ministerio de Desarrollo Social y Familia, que Aprueba el reglamento que regula el procedimiento de consulta indígena, publicado el 4 de marzo de 2014.
- RESOLUCIÓN Exenta Nº 74 del Ministerio de Desarrollo Social y Familia, de fecha 11 de febrero de 2020.
- RESOLUCIÓN Exenta Nº 186 del Ministerio de Desarrollo Social y Familia, de fecha 07 de abril de 2020
- RESOLUCIÓN Exenta Nº 279 del Ministerio de Desarrollo Social y Familia, de fecha 25 de mayo de 2020
- RESOLUCIÓN Exenta Nº 907 del Ministerio de Desarrollo Social y Familia, de fecha 13 de febrero de 2021.
- LEY Nº 21.451, Modifica la Ley Nº 16.441, que crea el Departamento de Isla de Pascua, en el sentido que indica, publicada el 28 de mayo de 2022.