

PUEBLOS INDÍGENAS Y PARTICIPACIÓN POLÍTICA EN LA ÓPTICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Jorge Contesse ¹ y Domingo Lovera ²

Introducción: Cortes, control judicial y participación política

El control judicial de la constitucionalidad de las leyes ha sido fuertemente criticado por Fernando Atria y vigorosamente defendido, entre otros, por Patricio Zapata. De acuerdo al primero, las cortes —quienes jamás han estado del lado de los derechos, razón que hace poco probable que lo estén en el futuro³—, cuando “adjudican” conflictos de principios, como lo son los casos que suelen decidirse en sede de justicia constitucional, invaden la definición de valores cuya determinación debe quedar en manos del proceso político. Los jueces, en esos casos, tienen de jueces solo el rótulo y su papel es, como lo ha sugerido el propio Tribunal Constitucional chileno (en adelante el TC), reemplazar la voluntad del legislador.⁴ El tribunal, por su parte, es también una cuestión solo de rótulos, toda vez que el funcionamiento de la justicia constitucional se asemeja más al de una tercera cámara que al de una corte.⁵ En ese contexto, los “jueces constitucionales” (ahora con comillas), cuando

1 Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Diego Portales (2000), Abogado (2002), LL.M. Yale University (2005), profesor de derecho constitucional y director del Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales..

2 Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Diego Portales (2002), Abogado (2003), LL.M. Columbia University (2007), profesor de derecho, Universidad Diego Portales. Investigador Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales.

3 Atria, Fernando, “Revisión judicial: El síndrome de la víctima insatisfecha”, en 70 *Revista Estudios Públicos*, en especial 373-393

4 Atria, Fernando, “Participación y alienación política en Chile”, en 575 *Revista Mensaje*, 9.

5 La función jurisdiccional, así, es una cuestión de *formas* orgánicas que tienen sentido únicamente cuando pretenden hacer probable una *función*. En Atria, Fernando, “La improbabilidad de la jurisdicción”, en 114 *En Foco*, 5-10, disponible en: http://www.expansivaudp.cl/media/en_foco/documentos/14112007100957.pdf.

deciden los casos que se someten a su conocimiento, solo tomarán partido de acuerdo a sus propias preferencias políticas por alguna de las posiciones en desacuerdo⁶, pero no serán jamás un arbitro imparcial que decida conflictos de derecho.⁷

Patricio Zapata, en la vereda opuesta, ha defendido la justicia constitucional. Para él los tribunales constitucionales sí son, en rigor, tribunales. En sus palabras: “[q]ue la tarea de la aplicación de la ley es distinta a la del legislador⁸ (...) [q]ue las reglas que reconocen derechos fundamentales (...) son normas jurídicas susceptibles de interpretación relativamente predecible y razonablemente independiente de las concepciones del juez de turno (...)”⁹ Para Zapata, la justicia constitucional lidia habitualmente con casos comunes y corrientes (“de carácter concreto e instrumental”) que definirían el “auténtico corazón funcional del constitucionalismo.”¹⁰ Finalmente, reconociendo el costo que la justicia constitucional irroga al ideal del autogobierno (“habrá (...) cosas que el pueblo no podrá hacer”), afirma que ésta arroja beneficios que se compensan con esa pérdida. En efecto, insiste Zapata, el valor de la justicia constitucional radica en “su aptitud para asegurar a las distintas minorías (...) las condiciones mínimas de seguridad, libertad e igual consideración a que tiene derecho”¹¹, argumento similar al sostenido por Dworkin para justificar la lectura moral de la Constitución.¹²

6 Atria, Fernando, “Legalismo, derechos y política”, en *Derechos Fundamentales* (2001) 120-4.

7 Que esta es la imagen en la cual uno está pensando al referirse al “tribunal” y al “juez”. Atria, “La Improbabilidad de la jurisdicción” (nota 3) 2. En un sentido similar, Jeremy Waldron ha señalado que “aun cuando los jueces fueran electos [como lo son en algunos estados de los Estados Unidos] la función de las cortes no se realiza, como sí ocurre con la función legislativa, bajo un *ethos* de representación y rendición de cuentas”. Waldron, Jeremy, “The Core of the Case Against Judicial Review”, en *115 The Yale Journal*, (2006), 1363.

8 Hasta dónde se encuentra, al menos a nivel teórico, de acuerdo con Atria y Waldron (nota 5)

9 Zapata, Patricio, *Justicia constitucional: Teoría y práctica en el derecho chileno y comparado* (Editorial Jurídica de Chile) 2008, 8-134.

10 *Ibid.*, 46.

11 *Ibid.*, 49. Zapata probablemente no está pensando en las minorías que reclamaron sus derechos en *Dred Scott*, caso en que la Corte Suprema de los Estados Unidos reconoció los derechos de propiedad sobre los esclavos de origen afro descendiente; en las mujeres cuyos derechos sexuales y reproductivos fueron omitidos por el TC en el caso sobre la anticoncepción de emergencia; ni menos, como sugeriremos, en los pueblos indígenas cuyos derechos a la participación fueron leídos por el TC como simples concesiones estatales. Lo que el argumento de Zapata obvia, creemos, es que a nivel de los resultados persiste el desacuerdo, lo que ha llevado a Waldron a plantear la cuestión en términos procedimentales antes que de resultados. Waldron, “The Core of the Case...” (nota 7).

12 La democracia, afirma Dworkin, se justifica en tanto permite la manifestación *calificada* de la voluntad de la mayoría. Esa voluntad es *calificada* en tanto que, para ser democrática, no le basta simplemente con concitar el apoyo de una mayoría, sino que requiere, además, que tenga un resultado que

Atria y Zapata replican un debate común —y persistente— en el derecho comparado.¹³ Sin embargo, tanto los argumentos que miran con fuerte desconfianza la existencia de tribunales constitucionales (porque corremos el riesgo de depositar las decisiones políticas en una cámara sobre la que carecemos de control) como el que alaba su existencia (porque permite satisfacer de mejor manera —en tanto tribunales— las demandas de los grupos minoritarios), obvian la existencia de grupos sociales de la comunidad¹⁴ que, por cuestiones de diseño institucional, desigualdad estructural y persistencia de ciertos patrones culturales,¹⁵ se encuentran marginados del proceso político.

Esa marginación que sufren ciertos grupos sociales los sitúa en condición de alienación legal, esto es —en palabras de Roberto Gargarella— “*la posibilidad de que las vidas de las personas no sólo no estén definidas por normas que ellas han creado sino, más bien, que ellas se relacionen con normas que los ciudadanos tienen razones para rechazar*”.¹⁶ Para esos grupos privados de participación política, las leyes no son manifestación de su propia voluntad, no por razones sustantivas,¹⁷ sino porque para ellos las leyes aparecen como fuerzas externas de cualquier clase en cuya configuración no han tomado parte.¹⁸ Para insistir en clave republicana, y recogiendo las palabras de Viroli: “*el poder de hacer las leyes por nosotros mismos—directamente o por medio de los representantes—es el medio más eficaz (junto con otros) para vivir libres, en el sentido de no estar sujetos*

se concilie con el reconocimiento de la agencia moral de cada uno de los miembros de la comunidad. Dworkin, Ronald, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution* (Harvard University Press) 1997, 33.

13 Al respecto, y solo a modo general, véase Ferreres Comella, Vicente, *Justicia Constitucional y Democracia* (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales) 1997; Dworkin, Ronald, *Freedom's Law* (n.9), 1-38; Ackerman, Bruce, *We the People Vol.1 Foundations* (Oxford University Press) 1991, 3-33;

14 En el sentido de asociaciones involuntarias a que alude Walzer, Michael, *Politics and Passion: Toward a more Egalitarian Liberalism*, (Yale University Press) 2004, 1-20.

15 Véase, Young, Iris, *La justicia y la política de la diferencia*, (Ediciones Cátedra – Universidad de Valencia) 2000, 71-113.

16 Gargarella, Roberto, *De la injusticia penal a la justicia social*, (Editorial Siglo del Hombre) 2008, 27.

17 Atria ha señalado que uno de los problemas de la justicia constitucional lo representa, justamente, el hecho que las interpretaciones a que se arriba en ella son siempre facciosas en tanto son —generalmente— manifestación de sus propias convicciones. Las leyes, en cambio, pueden reconducirse a un procedimiento común que tiene por objeto definir las normas (igualmente) comunes. En Atria, Fernando, “Seguridad jurídica y derechos Fundamentales: sobre predicibilidad y autogobierno,” en *Justicia Constitucional y Derechos fundamentales* (Editorial Lexis Nexis) 2006, 7.

18 Waldron, Jeremy, *Law and Disagreement* (Oxford University Press) 1999, 232.

a la voluntad arbitraria de uno o varios otros individuos.”¹⁹ En esa lógica, hay quienes razonablemente sienten que su libertad no es igual a la de otros que dicen compartir la membresía de un cuerpo político.

En el contexto de ese debate, se ha sugerido una suerte de camino intermedio que nos interesa destacar en este comentario a efectos de evaluar la decisión del TC sobre el Convenio 169 de la OIT. John H. Ely, a comienzo de los 80s, justificó la existencia de la justicia constitucional —una terminología que la escuela norteamericana no utilizaría, sin embargo— sobre la base de jueces que debían, ante todo, evitar definir los *valores* de la comunidad, para dar paso a un escrutinio de los *procedimientos* políticos.²⁰ Permitir a los jueces definir los valores fundamentales de la comunidad implica abrirles la puerta —argumentó Ely— para que en las disposiciones constitucionales se cuele la ideología de los propios jueces; para que éstos reclamen estar decidiendo los casos a la luz de los criterios del derecho natural; para que se justifiquen diciendo que, en verdad, lo que hacen es recurrir a principios naturales de derecho; en fin, para que los jueces argumenten que no son sus convicciones sino los dictados de la razón, el peso de la tradición y el consenso en torno a los valores sociales ampliamente aceptados por nuestra comunidad los que deciden una contienda.²¹

En vez de abocarse a definir los valores fundamentales, sobre la base de cualquiera de las razones recién mencionadas, Ely propuso para los jueces un papel mucho más modesto, pero muy relevante: éstos debían ser los encargados de cuidar que el proceso de participación política se encontrara abierto en condiciones de igualdad a todos los grupos sociales.²² El espacio de definición de los principios constitucionales, en cambio, sería el parlamento, lugar en que los valores substantivos deben ser propiamente identificados, sopesados y definidos en el proceso político.

Una concepción, digamos, *procedimental* de la labor de los tribunales constitucionales permitiría: (i) que el proceso político siga funcionando autóno-

19 Viroli, Maurizio, *Republicanism* (Hill & Wang) 2002, 42-3.

20 Ely, John H., *Democracy and Distrust: Theory of Judicial Review* (Harvard University Press) 1980.

21 *Ibid.*, 43-72.

22 *Ibid.*, 73-77.

mamente, sin correr los riesgos que una corte fije los valores fundamentales (por caso, determinar cuándo comienza la vida) que deben ser recogidos en la legislación; (ii) que los grupos sociales marginados sean tomados en cuenta por el proceso político, honrando su ideal de justicia y elevando el grado de legitimidad de las decisiones que se adopten en su seno; y, finalmente, (iii) gatillar importantes procesos de revisión del propio sistema político, el que evaluará los niveles de inclusión —y como afirmamos acá, consecuentemente, de legitimidad— de sus procedimientos y decisiones.²³

Sostenemos que, bajo esta concepción, el TC desaprovecha una oportunidad para ganar legitimidad por medio de la apertura de espacios de participación para grupos que usualmente quedan marginados de los procesos de toma de decisiones colectivas. Tal cuestión ocurre, entre otras razones, debido a la mala (o a la ausencia de) concepción que el TC tiene respecto de los estándares internacionales que regulan estas materias. En lugar de construir su legitimidad determinando los valores fundamentales de nuestra comunidad política, el TC haría bien en abrazar una empresa menos ambiciosa —aunque no por ello menos complicada— de revisar la legitimidad de las decisiones atendiendo al mérito que la participación política arroja.

El plan es el que sigue. La segunda sección avanza algunas notas sobre participación política que nos servirán, luego, para acercarnos críticamente a la sentencia del TC sobre control de constitucionalidad del Convenio 169.²⁴ Dejamos la tercera sección para ese efecto; con especial énfasis en la forma en que el TC conceptualiza la participación política, identificaremos algunas imprecisiones en los estándares de interpretación del derecho internacional de los derechos humanos obviados por el Tribunal. Llamaremos la atención, principalmente, sobre el escaso rigor con que el TC se acerca a la interpretación de fuentes del derecho internacional, así como en la insuficiente disposición que exhibe de servir como agente que abra los canales de participación a grupos marginados del proceso político, como ocurre con los pueblos indígenas. Reservamos para el final algunas conclusiones.

23 Estudiamos este mismo modelo para un caso chileno en Contesse, Jorge y Lovera, Domingo, “Acceso a tratamiento médico para personas viviendo con VIH/SIDA: éxitos sin victoria en Chile”, en *8 Sur Revista Internacional de Derechos Humanos*.

24 Tribunal Constitucional de Chile, Rol 1.050, 3 de abril de 2008

¿Qué participación y qué democracia?

Dos de los derechos estructurales sobre los cuales se configura una democracia son el *derecho al auto-gobierno*²⁵ —ese compromiso de la democracia— y el *derecho a participar*.²⁶ En el contexto de democracias republicanas²⁷, el derecho a participar es más que solo votar;²⁸ es el derecho a intervenir y criticar la forma en que el gobierno se comporta y a tomar parte en la configuración de la voluntad popular. No basta, para lo anterior, simplemente con que exista alguna clase de elemento popular en el gobierno, sino que ese elemento popular debe tener un rol crucial y decisivo.²⁹

Solo con una política inclusiva, en la que como pueblo somos invitados a tomar parte (decisiva) de ella, nos auto-gobernamos. Por medio de la participación compartimos, como colectividad, el poder de hacer que las cosas cambien,³⁰ y solo ahí —y así— somos nuestros propios dueños.³¹ Para decirlo con Waldron, mientras ese elemento de participación popular se encuentre ausente, todos quienes son obligados por las leyes, es decir, todos los miembros de una comunidad (sujeta, digamos, a las órdenes de un dictador) tendrán legítimas razones para considerar esas decisiones como fuerzas externas de cualquier tipo,³² pero jamás como sus propias decisiones —la promesa del autogobierno.

Ahora bien, para que ese elemento popular se encuentre satisfecho no basta solo con que no existan trabas externas a la comunidad. Estos derechos estructurales imponen también deberes internos a la misma, entre ellos, el de promover la participación de todos los miembros de la comunidad, como

25 Marks, Susan, *The Riddle of all Constitutions: International Law, Democracy, and the Critique of Ideology* 2 (Oxford University Press) 2000, 2 advirtiendo sobre el hecho de que el concepto de democracia no se agota concediendo el poder por medio de elecciones competitivas populares y asegurando un catálogo de derechos.

26 Waldron, *Law and Disagreement*, 232.

27 Artículo 4 de la Constitución Política de la República.

28 Urbinati, Nadia, *Representative Democracy: Principles and Genealogy* (Chicago University Press) 2008, 21-2, 23-37.

29 Waldron (nota 18), 235.

30 *Ibid.*, 236.

31 Berlin, Isaiah, *Liberty* (Oxford University Press) 2001, 178.

32 Waldron, (nota 18), 235.

expresa el artículo 1 de la Constitución chilena.³³ Porque, así como un Estado puede ser esclavo de otro que le impide adoptar sus decisiones internas libremente, grupos sociales de nuestra comunidad se encuentran en condición de subordinación respecto de otros que copan las instancias de decisión políticas.³⁴ Para esos grupos las decisiones que se adoptan excluyéndolos son, también, puras imposiciones de fuerza.

Cuando ocurre lo contrario, es decir, cuando una parte de la comunidad se encuentra excluida (como ocurre en Chile, por ejemplo, con los pueblos indígenas en tanto sujetos de derechos), los que han sido dejados de lado por el proceso político tienen legítimas razones para suponer que las leyes así aprobadas no son sus propias decisiones, perdiendo la libertad y transformándose en esclavos bajo la voluntad arbitraria de otros individuos que, al menos en términos formales, son parte de la misma comunidad.³⁵

Libertad, autogobierno y participación son importantes para entender la forma en que debería funcionar una democracia. Particularmente si se tienen en cuenta, como ha señalado Nadia Urbinati, que el procedimiento de toma de decisiones basado en la regla de la mayoría tiene importancia más que por el gran número de votos que una determinada posición obtiene en ese proceso, por el debate que previamente se ha sostenido en la arena política³⁶ y cuyo punto cúlmine, pero no necesariamente el más relevante, es la votación.

En este mismo sentido, la reglamentación internacional es clarificadora. Y no solo por el hecho de tratarse de normas internacionales a las que hemos soberanamente adherido, sino por los principios que tras ellas se alojan y las motivan. Es decir, los principios que los estados endosan a efecto de entender, a su turno, cómo ellos mismos comprenden el derecho internacional que

33 “Es deber del Estado (...) asegurar el derecho de todas las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”.

34 Ya señalamos que este “copan” debe entenderse no en un sentido electoral, sino en un sentido institucional, estructural y cultural.

35 Viroli, *Republicanism*, 36.

36 Urbinati, *Representative Democracy* (nota 26), 5 (“El discurso público es uno de los principales rasgos que caracteriza y da valor a la política democrática . . . La presencia por medio de la voz (del discurso), a través de la cual los razonamientos de los ciudadanos se exponen públicamente, define el carácter indirecto de las política democrática tanto cuando los ciudadanos votan las leyes, como cuando votan a sus representantes”).

positivizan. Así, por ejemplo, la Carta Democrática Interamericana³⁷ señala que, si bien “[e]l ejercicio efectivo de la democracia representativa es la base del estado de derecho y los regímenes constitucionales de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos,” ésta “(. . .) se refuerza y profundiza con la participación permanente, ética y responsable de la ciudadanía (. . .)”³⁸ En otras palabras, no basta solo con la representación, sino que ella debe ir acompañada de participación.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por su parte, señala, en su artículo 25, que todos los ciudadanos gozarán sin discriminación del derecho a “[p]articipar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos.”³⁹ Más claro aun, en el sentido que venimos señalando, es la interpretación que el Comité de Derechos Humanos realiza sobre dicho precepto. El Comité señaló, entre otras cosas, que el derecho a participar se encuentra en el centro del gobierno democrático basado en el consentimiento del pueblo.⁴⁰ Desde luego no se trata de un derecho que admite una única interpretación. Es más, se trata de un derecho de implementación progresiva que, pese a las declaraciones del Gobierno de Chile,⁴¹ parece tenernos sin cuidado.

37 Carta Democrática Interamericana, 11 Sep., 2001, disponible en: http://www.oas.org/charter/docs_es/resolucion1_es.htm.

38 Artículo 2. El artículo 6, por su parte, dispone que “[l]a participación de la ciudadanía en las decisiones relativas a su propio desarrollo es un derecho y una responsabilidad. Es también una condición necesaria para el pleno y efectivo ejercicio de la democracia. Promover y fomentar diversas formas de participación fortalece la democracia.”

39 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 23 Mar., 1976, artículo 25°.

40 Human Rights Committee, *General Comment No. 25: The right to participate in public affairs, voting rights and the right of equal access to public service (Art. 25)*, 57th sesión, CCPR/C/21/Rev.1/Add.7, 12 Jul., 1996, disponible en <http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/o/dob7fo23e8d6d9898025651e004bc0eb?Opendocument>.

41 Misión Permanente de Chile ante la OEA, en Organización de Estados Americanos, *Carta Democrática Interamericana: Documentos e Interpretaciones* (OEA) 2003, p. 272 (“Se trata de una declaración que consagra el derecho de los ciudadanos a vivir en un sistema político específico e impone a la autoridad la obligación de mantener vigente ese sistema y *garantizar su perfeccionamiento.*”) (el destacado es nuestro), disponible en: http://www.oas.org/OASpage/esp/Publicaciones/CartaDemocratica_spa.pdf).

¿Por qué “falló” el TC?

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en dos ocasiones sobre el Convenio 169 de la OIT. La primera vez, en 2000;⁴² la segunda, en 2008.⁴³ Este breve comentario se refiere a la sentencia de 2008, pero resulta ineludible hacer mención a algunos de los aspectos del fallo de comienzo de la década para analizar en clave de participación política la sentencia que declaró la plena compatibilidad entre las normas sobre consulta y participación del Convenio y la Constitución chilena.

En 2008, el TC debió pronunciarse respecto de ciertas partes de los artículos 6 y 7 del Convenio, toda vez que se trata de normas que versan, según lo dispuso el propio Tribunal en 2000, sobre materias de leyes orgánicas constitucionales.⁴⁴ Estas disposiciones, como se ve, se refieren a dos de los derechos más importantes que se han establecido a favor de los pueblos indígenas: el derecho a ser consultados cada vez que se discutan medidas que les puedan afectar directamente y el derecho a participar en las decisiones que también les incumban y puedan interesar.⁴⁵

En agosto de 2000, a pesar que el Convenio no tuvo los votos suficientes para ser aprobado por el Congreso Nacional, el Tribunal despejó algunas

42 Tribunal Constitucional de Chile, sentencia rol No 309, 4 de agosto de 2000.

43 Tribunal Constitucional de Chile, sentencia rol No 1050-08, 3 de abril de 2008.

44 Los enunciados pertinentes que se sometieron a examen del TC son los siguientes. Artículo 6 del Convenio: “1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.”

Por su parte, el artículo 7, no1 dispone que “los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.” La sección destacada es la frase sobre la que el TC se pronunció.

45 Respecto de la consulta previa, existen numerosas fuentes de derecho internacional que se refieren a ella, muchas veces generando dispersión normativa y poca claridad en actores institucionales. Una buena sistematización sobre esta materia se puede encontrar en Meghan Morris *et al*, “La consulta previa a pueblos indígenas: los estándares del derecho internacional”, Programa de Justicia Global y Derechos Humanos: Serie Documentos, U. de los Andes, Bogotá, 2009.

cuestiones de importancia a la hora de determinar el valor normativo de este instrumento internacional que, a partir de septiembre de 2009, es ley de la República. En esa ocasión, los diputados requirentes solicitaron la declaración de inconstitucionalidad de todo el Convenio (y, en subsidio, de algunas disposiciones). No hay espacio acá para analizar el fallo y los argumentos que motivaron a los diputados (de la entonces oposición política) a sostener semejante tesis, pero sí conviene detenerse en algunos puntos que inciden en la manera como, ocho años más tarde, el mismo Tribunal —aunque con una conformación institucional y personal diferente— sostuvo la plena compatibilidad entre el Convenio y la Constitución.⁴⁶

En 2000, el TC realizó la distinción entre las normas programáticas (o “no auto-ejecutables”) presentes en el Convenio, respecto de las cuales se requiere actividad normativa doméstica de implementación, y las normas auto-ejecutables que, como su nombre lo indica, tienen fuerza vinculante sin necesidad de reglamentación ulterior. En la ocasión, el Tribunal señaló de manera expresa que tanto el artículo 6 como el 7, en las secciones pertinentes que son materia de este comentario, eran *auto-ejecutables* y que, por ello, no requieren que el Estado dicte normas de implementación para que surtan efectos jurídicos.⁴⁷

En la sentencia de 2008, llama la atención, primero que todo, la exigua argumentación que el Tribunal despliega. Es cierto, para él no hay tensión entre lo dispuesto por el Convenio y las cláusulas de la Constitución, por lo cual, podría pensarse, no sería tan urgente una argumentación profusa que decante las esferas de acción del Convenio y su relación con el ordenamiento jurídico chileno. Pero ello no es así. Se incorporan normas que afectan, al menos, procedimientos de toma de decisiones colectivas —como lo reconoce el propio Tribunal respecto de los procedimientos de comisiones legislativas— por lo cual sí era esperable que el Tribunal diera luces sobre cómo los órganos del Estado pueden honrar el compromiso de cumplir de buena fe el tratado internacional y ejercer sus competencias. Sin embargo, en lugar de señalar

46 Puede consultarse un análisis sobre la sentencia de 2000 en Carlos Carmona, “Comentarios a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Convenio No 169, sobre Pueblos Indígenas”, en *Los tratados internacionales en la jurisprudencia constitucional*, (Fac. de Derecho Univ. de Chile) 2001.

47 Tribunal Constitucional, sentencia rol 309, cons. 7°, respecto del artículo 6 (“[e]sta norma, a juicio del Tribunal, tiene el carácter de autoejecutable o de aplicación directa”) y considerando 6°, respecto del artículo 7 (“La simple lectura de este precepto es suficiente para estimar que estamos en presencia de una norma autoejecutable como se infiere con claridad de la forma imperativa en que se encuentra redactada ...”).

cómo el Convenio *puede* tener aplicación, la sentencia se encarga de enumerar obligaciones que *no* emanan del Convenio. En lugar de mostrar cómo el Convenio puede servir para materializar sus aspiraciones (y las de la propia Constitución, que busca asegurar a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización), en vez de apuntar la ruta constitucional que permitiría expandir las posibilidades de participación y desarrollo de los pueblos indígenas en línea con el derecho internacional, tal como lo hacen otras Cortes Constitucionales que destacan en el mundo, nuestro TC decidió levantar verdaderas rejas normativas.

El Tribunal descarta que la consulta a que se refiere el artículo 6 “*implique el ejercicio de soberanía, pues ella, conforme al claro tenor de lo dispuesto en el artículo 5° de la Carta Fundamental, reside esencialmente en la Nación y se ejerce por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que la propia Constitución establece*”, del mismo modo como tampoco puede entenderse la consulta del Convenio como una de tipo vinculante, ya que esta clase de consultas está, dice el TC, expresamente regulada por la Constitución (en los artículos 118 y 128).⁴⁸

En seguida, el TC señala que la consulta —que sobre el derecho de participación, como veremos a continuación, dice prácticamente nada— tiene como fin “*llegar a un acuerdo acerca de las medidas propuestas, [pero] no importa una negociación obligatoria, sino que constituye una forma de recabar opinión, misma que no resultará vinculante, ni afectará las atribuciones privativas de las autoridades (...)*”.⁴⁹

Son estos dos considerandos los que fijan, por así decirlo, la posición mayoritaria del Tribunal respecto del sentido y alcance de las normas sobre consulta del Convenio. Lo que destaca es que nunca se explica de dónde arranca la argumentación de nuestro Tribunal: parece estar basada en la Constitución, pues se determina la manera como el Convenio puede operar *desde* los preceptos de la Constitución. Pero ocurre que el Estado, que ha ratificado un tratado y con ello ha empeñado su palabra ante la comunidad internacional, no aduce su derecho interno para darle sentido al tratado y la forma de argumentar del

48 Tribunal Constitucional, sentencia rol 1050-08, considerando 13°.

49 Tribunal Constitucional, sentencia rol 1050-08, considerando 14°.

Tribunal se acerca mucho a ello. Son las normas de la Constitución las que van moldeando el modo en que el Convenio será implementado, en circunstancias que debiera ser éste –y las opiniones de expertos que lo acompañan– la fuente del raciocinio del Tribunal.

En efecto, resulta sorprendente que el Tribunal no haga siquiera *una* mención a las fuentes de derecho internacional sobre la materia. Al momento de pronunciarse la sentencia, el tratado tenía casi dos décadas desde su adopción y mucha tinta había corrido sobre los modos de interpretar la consulta previa por parte de actores estatales así como actores multilaterales. Pero el Tribunal adopta una actitud parroquial y no mira hacia fuera para nutrir su pronunciamiento, lo que lo lleva a cometer errores técnicos en la manera de caracterizar el Convenio. Por lo pronto, la idea que la consulta es nada más “una forma de recabar opinión” se aleja del propósito del Convenio de llegar a acuerdos mediante negociaciones llevadas adelante de buena fe, de modo de estar las partes abiertas a la posibilidad de modificar sus posturas iniciales y se parece más a una actitud de enviar formularios que permitan recopilar datos para “conocer” la opinión de los pueblos indígenas. No es ése el sentido de la consulta previa en el derecho internacional: lo que la consulta (y la participación) demandan del Estado es que exista la posibilidad real para los pueblos indígenas de influir en los procesos de toma de decisiones en las materias que les afecten.⁵⁰ Y no solo el derecho internacional de los derechos humanos, sino también las directrices de organismos multilaterales, como el Banco Mundial, prescriben esta manera robusta de comprender el deber de consulta y el derecho de participación de los pueblos indígenas.⁵¹ Sin embargo, no hay rastro de ese entendimiento, al que Chile se ha obligado internacionalmente, en la sentencia del Tribunal.

El TC nos dice que la consulta, si bien tiene por objeto llegar a acuerdos, no es más que una manera de recabar opiniones. Es notable la distancia que hay entre lo anterior y el profuso desarrollo que en el derecho internacional existe sobre la materia: la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ejem-

50 S. James Anaya, *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, (Trotta) 2005, 235 (las consultas “no pueden consistir simplemente en informar a las comunidades indígenas sobre las medidas susceptibles de afectarles. Los procedimientos de la consulta deben ser diseñados de forma que se les conceda a los pueblos indígenas la oportunidad de influir de forma efectiva en las decisiones que afectan a sus intereses”).

51 Ver Banco Mundial, *Directriz Operativa 4.20*, 2001.

plo, ha señalado que el deber de consultar “*requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes*”.⁵² En un sentido similar, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) de la OIT, órgano especializado a cargo de impulsar el sentido y alcance de los Convenios, ha dicho que “*una consulta efectiva requiere que se prevean los tiempos necesarios para que los pueblos indígenas del país puedan llevar a cabo sus procesos de toma de decisión y puedan participar efectivamente en las decisiones tomadas de una manera que se adapte a sus modelos culturales y sociales*”.⁵³ Los casos de consulta que se han verificado en Chile, preliminares como han sido, se han parecido demasiado a la idea del TC –v. gr., mediante el envío de formularios que permitan recabar opinión— y se han alejado de las nociones que en el derecho internacional no son discutidas, generando, entre otras, la reacción del propio Relator Especial de la ONU para los Derechos de los Pueblos Indígenas.⁵⁴

Y en materia de participación, según adelantamos, la sentencia del TC es singularmente mezquina. Como solo le dedica un considerando al tema, parece oportuno reproducir *in extenso* las palabras del Tribunal:

*Que la posibilidad de participación que las normas en análisis del Convenio entregan a los pueblos indígenas no pugnan con el principio de participación con igualdad de oportunidades en la vida nacional, que consagra el artículo 1° de la Carta Fundamental, toda vez que ellas disponen, para un grupo socio-económicamente vulnerable, con la especificidad histórica cultural que le es propia, un mecanismo de participación que no tiene carácter vinculante.*⁵⁵

Pareciera que el considerando anterior quedó inconcluso. Pero es lo que nos entrega el TC. Lo que resulta interesante es que, a ojos del Tribunal, las normas del Convenio serían corolario del principio de participación igualitaria

52 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Saramaka v. Surinam*, sentencia de 28 de noviembre de 2007, párr. 133.

53 CEACR, Observación individual sobre el Convenio No. 169, Colombia, 2004, párr. 3, citado en Morris et al., op. cit., 41.

54 Sobre los procedimientos de consulta aplicados durante 2009 en Chile, ver *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2009*, (Universidad Diego Portales) 2009, 223-230.

55 Tribunal Constitucional, sentencia rol 1050-08, considerando 15°.

contenido en la Constitución, pero éste tendría la característica de no ser vinculante (no sabemos qué quiere decir ello realmente, ni por qué es así). Además, el hecho que esas normas se establezcan a favor de un grupo vulnerable importa, pero, de nuevo, no queda claro en qué sentido. Una lectura acorde con los estándares del derecho internacional sugeriría que, precisamente *porque* se trata de un grupo vulnerable, entonces las normas sobre participación acá toman nuevas formas y van más allá del principio genérico contenido en el artículo 1 de la Constitución. O, dicho de otra manera, la mejor lectura en concordancia con los principios de participación y del derecho internacional de los derechos humanos, a los que hemos hecho referencia en la sección anterior, habría impuesto al Tribunal la carga de mostrar cómo es que el principio de participación contenido en el Convenio puede implicar, por ejemplo, medidas especiales a favor del involucramiento de pueblos indígenas en asuntos de su interés sin que ello pugne con el principio de participación igualitaria del artículo 1 de la Constitución. Así, por caso, en el evento de una medida que discrimine a favor de un pueblo indígena con el objeto de lograr su plena participación en la adopción de una medida que le afecte, el Tribunal tendría que haber ofrecido razones para que tal discriminación esté en sintonía con el ideal de participación igualitaria. Tal esfuerzo brilla por su ausencia y esta ausencia es especialmente notoria porque el Tribunal razona sobre la base que los pueblos indígenas suelen ser grupos vulnerables, respecto de los cuales los Estados deberían adoptar medidas especiales si quieren realizar las promesas de igual consideración y respeto que se formulan en las constituciones (esto no lo dice el TC pero es una conclusión firmemente asentada en el derecho internacional).

Pareciera, a fin de cuentas, que la participación es una concesión que el Estado puede otorgar, que en ningún caso le obligará y modificará el reparto de potestades, dejando así a estas normas del Convenio cerca del ámbito de las cláusulas programáticas. La idea anterior se refuerza si se atiende al voto concurrente del ministro Navarro Beltrán. Para él, *“los preceptos contenidos en el Convenio No 169 (...) no son auto ejecutables, teniendo el carácter de normas programáticas, que deberán ser desarrolladas por el legislador”*.⁵⁶ Para sustentar su afirmación que, entre otras cosas, aspira a borrar lo señalado por el mismo Tribunal ocho años antes, el ministro Navarro cita la opinión de distintos fun-

⁵⁶ Tribunal Constitucional, sentencia rol 1050-08, voto concurrente del ministro E. Navarro Beltrán, cons. 1°.

cionarios del Ejecutivo, como es el caso del entonces ministro José Antonio Viera-Gallo, quien afirmó que “la mayoría de las normas del tratado no son autoejecutables”. Y, nuevamente, en esta parte no hay referencia alguna al derecho internacional de los derechos humanos. Para el ministro concurrente, “[l]os artículos 6 y 7 del Convenio no vienen sino a dar concreción al derecho fundamental de las personas a participar con igualdad de oportunidades, como lo indica el artículo 1 de la Ley Fundamental, en estrecha vinculación con la libertad de opinión y el derecho de petición que se encuentran asegurados en el artículo 19 Nos 12 y 14”.⁵⁷

En el voto del ministro Navarro queda claro que la comprensión de este derecho a participar no es más que una manifestación del derecho a opinar y de peticionar a la autoridad, lo que pone en abierta tensión el compromiso adquirido por el Estado con la comunidad internacional, toda vez que, como hemos visto, el deber de consulta y el derecho de participar supone más que meramente hacer llegar la opinión a la autoridad sobre asuntos de interés, sin que ella tenga obligación de responder.⁵⁸

El Tribunal Constitucional desperdició una valiosa oportunidad para mostrarse como un órgano genuinamente preocupado por la realización de las promesas de iguales oportunidades para todos los integrantes de la comunidad política, en especial respecto de aquellos grupos que históricamente han sido marginados de los procesos de tomas de decisiones colectivas. No hace falta abundar en citas para afirmar que los pueblos indígenas en Chile constituyen un grupo que, en general, ha estado al margen de los procesos de decisión colectiva. Y ello, también es sabido, ha llevado en ocasiones a situaciones de inestabilidad social que impiden la consolidación de una práctica constitucional robusta.

57 Tribunal Constitucional Sentencia rol 1050-08, voto concurrente del ministro E. Navarro Beltrán, cons. 6°.

58 Junto con el voto concurrente de Navarro, el ministro Colombo Campbell también elabora un voto, aunque sin mayor relevancia para el análisis desarrollado en este comentario. Por su parte, la sentencia contó con el voto en contra del ministro Fernández Baeza, quien estuvo por declarar las normas como inconstitucionales, en primer lugar, porque, según él, en Chile los pueblos indígenas no son un grupo vulnerable dado que la Constitución garantiza a todas las personas la posibilidad de realización material y espiritual (pasando por alto el ministro que se trata de una aspiración normativa) y que la voz ‘pueblo’ no puede ser utilizada como lo hace el Convenio porque implicaría el ejercicio de soberanía que está reservado a la Nación.

La misión del Tribunal, junto con declarar que no había incompatibilidad constitucional con el tratado, era mostrar el camino por el cual los órganos del Estado podrían implementar las directrices y normas allí contenidas, en lugar de decir todo lo que *no* es el Convenio: no es ejercicio de soberanía (aunque en el derecho internacional se entienden los derechos de consulta y participación como basados en la autodeterminación de los pueblos indígenas);⁵⁹ no es vinculante; no es negociación obligatoria; es nada más una forma de recabar opinión.

Es en este sentido que, volviendo a la concepción procedimental de Ely, es posible criticar la sentencia del TC sobre el Convenio 169. Los procedimientos políticos no siempre —más bien, nunca— parecen estar abiertos para que las demandas de los pueblos indígenas sean canalizadas tal como ellos entienden que deben ser sopesadas, lo que genera una distancia entre el Estado y estos grupos que no beneficia a ninguna de las dos partes. El Tribunal, pudiendo dar pasos concretos para reparar y llenar ese vacío, parece haberse cuadrado con una concepción localista del derecho, que pone trabas a la materialización de las promesas tanto del Convenio como de la propia Constitución. Dicho de otra manera, en lugar de abrir espacios de participación política, la sentencia del TC sobre el Convenio 169 los sella con voz de autoridad final.

Conclusiones

En este comentario hemos revisado la sentencia de 2008 del Tribunal Constitucional sobre el Convenio 169, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, que rige en Chile desde septiembre de 2009. Para ello, hemos emprendido el análisis desde una concepción “procedimental” de la justicia constitucional, defendida por John H. Ely a comienzos de la década de los ochenta y que se sitúa a mitad de camino entre quienes defienden a ultranza las virtudes de la revisión judicial de las leyes y quienes, en cambio, ven en ella una lesión profunda al estado de derecho y al principio de separación de poderes.

En nuestra opinión, un Tribunal Constitucional está llamado no a determinar como árbitro final el alcance de los valores fundamentales de una comunidad que tiene foros de deliberación política, pero sí debe cautelar que dichos pro-

59 Ver Anaya, *op. cit.*, 175 y ss.

cesos de deliberación sean los suficientemente abiertos de modo de permitir –e incluso favorecer– la más amplia participación de ciudadanos y grupos interesados.

En la sentencia que examinamos, que versa sobre dos derechos clave para el desarrollo de los pueblos indígenas en condiciones de igualdad –el deber de ser consultados y el derecho a participar—, podemos observar que el Tribunal se sitúa en la vereda opuesta a las promesas que tiene entre sus manos. Así, el TC dismantela las nociones de consulta y participación, dejándolas como normas programáticas o, cuando no dice ello, como mecanismos que solo buscan recabar la opinión de los pueblos indígenas, en circunstancias que el derecho internacional ha avanzado nociones mucho más robustas de consulta y participación de los indígenas en los asuntos que les afectan.

Mostramos que estos derechos, que son consustanciales a una práctica constitucional democrática y republicana, en que los destinatarios de las normas perciben que el auto-gobierno no es una frase carente de significado, van quedando reducidos a su mínima expresión con el fallo del TC, no obstante reconocer éste que los pueblos indígenas son un grupo especialmente vulnerable.

Es por ello que se perdió una oportunidad valiosa para que el Tribunal hubiese mostrado su compromiso, primero, con la palabra que el Estado dice querer honrar a nivel internacional y, lo que es más importante, con los sectores de nuestro país que viven en condiciones de desigualdad estructural y que, con el auxilio del derecho, pueden sentirse muchas veces como ausentes del pacto social que sustenta nuestra comunidad política.