

Documento de Trabajo N°10 (Segunda Edición)

Las implicancias de la ratificación del Convenio N° 169 de la OIT en Chile



Programa de Derechos de los Pueblos Indígenas
2ª edición revisada y aumentada
Junio de 2010
www.observatorio.cl

Por

José Aylwin O.
Cristóbal Carmona C.
Matías Meza-Lopehandía G. (Editor)
Hernando Silva N.
Nancy Yáñez F.

Corrección por Paulina Acevedo M.

Esta investigación ha sido desarrollada gracias al apoyo de Fundación Ford, IWGIA y Ayuda Popular Noruega.



Este trabajo está protegido por licencia [Creative Commons Atribución-Licenciar Igual v3.0](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/3.0/). Puede ser reproducido, distribuido y adaptado libremente citando la fuente. Las obras que utilicen parte o todo este material deben regirse por la misma licencia.

Tabla de Contenidos

Introducción (pág. 4)

I. El derecho internacional de los derechos humanos y los Pueblos Indígenas (pág. 6)

1. La OIT y los Pueblos Indígenas; 2. El desarrollo de los derechos de los Pueblos Indígenas en las Naciones Unidas; 3. La Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas de Naciones Unidas; 4. Implicancias jurídicas de la Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas de Naciones Unidas.

II. Los contenidos del Convenio N° 169 de la OIT (pág. 28)

1. Titulares de derechos; 2. Naturaleza jurídica de los derechos; 3. Derecho a la participación, consulta y consentimiento libre, previo e informado; 4. Derecho al territorio, tierra, recursos naturales y medioambiente; 5. Trabajo, condiciones de empleo, formación profesional, artesanía e industrias rurales; 6. Seguridad Social y salud; 7. Derecho a la educación y uso de la lengua vernácula; 8. Derecho a la información.

III. La aplicación del Convenio N° 169 en el derecho internacional (pág. 50)

1. La aplicación del Convenio N° 169 por los órganos de supervisión de la OIT; 2. La aplicación del Convenio N° 169 en la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

IV La aplicación del Convenio N° 169 en el derecho comparado (pág. 66)

1. Colombia; 2. México; 3. Perú; 4. Ecuador.

V. El Largo proceso de tramitación para la aprobación del Convenio N° 169 de la OIT (pág. 98)

iVI. El Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes en el sistema normativo chileno (pág. 102)

1. El Derecho Internacional y el Derecho Interno: punto de contacto (recepción) y bloque de constitucionalidad; 2. La jerarquía normativa de las normas de derecho internacional y el estatus especial de aquellas relativas a derechos humanos; 3. La obligatoriedad de las normas del derecho internacional de los derechos humanos: la responsabilidad internacional del Estado y la cuestión de la autoejecutabilidad; 4. El Convenio N° 169 de la OIT y el Tribunal Constitucional: pueblos, territorio, consulta y participación; 5. El Convenio N° 169 de la OIT y los Tribunales Superiores de Justicia: obligatoriedad, tierra y hábitat y consulta; 5. El Gobierno y el Convenio N° 169 de la OIT: el Decreto N° 124 de MIDEPLAN; la Contraloría y la bandera mapuche

VII. Reflexiones finales (pág. 159)

Resumen

Los derechos de los pueblos indígenas han evolucionado en el ámbito internacional. En este proceso, el Convenio N° 169 de la OIT ha sido fundamental. Los autores muestran el alcance de sus contenidos en interacción con los demás derechos reconocidos en el sistema internacional de derechos humanos y cómo impactan en el sistema jurídico chileno tras la ratificación de dicho tratado internacional en septiembre de 2008. A partir de una revisión de los textos normativos, la jurisprudencia y recomendaciones internacionales, la experiencia comparada y la doctrina, se deja en evidencia la importancia del desafío de la implementación de los derechos reconocidos a los pueblos indígenas y las dificultades que ha encontrado en los primeros meses su vigencia en el país. Asimismo se entregan sólidos argumentos para exigir su aplicación ante los poderes públicos y particularmente los tribunales de justicia.

Abstract

Internationally, indigenous rights have seen an evolution, in which ILO Convention No. 169 has been fundamental. The authors show the effects of its contents in relation to the other rights recognized by the international human rights system, and how these impact upon the Chilean legal system following the ratification of Convention No. 169 in September of 2008. Undertaking a survey of normative texts, international jurisprudence and recommendations, compared experiences and legal doctrine, the challenges associated with the implementation of indigenous peoples' recognized rights are made clear, as are the difficulties encountered during the first months since the Convention has come into force in Chile. Solid arguments are presented for demanding the application of Convention No. 169 by government, and particularly, by the courts of justice.

Trokiñ

Tyfa ci taiñ zugu Pueblos Originarios meu, zoy newen xekapui kamapu mu, Xokiñ 169 ñi OIT rume kejuy. Tyfa ci kvzau meu, kvzaulu pegelpei ceu pui ñi newengen ka kagelu inazuamvn ñi kamapu inkageal pu che ka ñi cumgeci akui tyfa ñi chile mapu zeu ta kimgeael. Kintugelu fij wirin, cem pilu ka mapu zuam, elkunvgei tunten falilu tyfa ci ingangen ñi zugu pu xokiñ pueblos indígenas, ka cumgeci kvzawvngei ñi mvlen wvnen kvyen meu ñi amulen chi xokin 169 tyfa chi mapu. Kafei wvlgei kymeke zugun ñi leligeael tyfa chi pu winka ñi institución meu welu kafei pu tribunales de justicia meu.

Introducción

El 15 de septiembre de 2009 entró en plena vigencia en nuestro país el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), tras casi dos décadas de tramitación legislativa. Éste instrumento internacional ha sido desde su creación, en 1989, el estándar mínimo para el ejercicio de los derechos fundamentales de los Pueblos Indígenas. Su implementación supone un desafío importantísimo no solo para el Estado de Chile y los Pueblos Indígenas, sino que también para la propia sociedad chilena. Ésta tiene hoy una oportunidad histórica de replantear su relación con los pueblos originarios que habitan el territorio, de modo de avanzar en la construcción de una democracia plural e intercultural, que permita el ejercicio de los derechos de todos sus miembros.

Con esta cuestión en mente, y en el contexto del Seminario Internacional “*Desafíos de la implementación en Chile del Convenio N° 169 OIT*”, es que el Observatorio Ciudadano publicó este documento con el objeto de dar luces sobre los contenidos de dicho instrumento, y el alcance de los derechos y obligaciones que contiene. Hoy, tras casi un año de su entrada en vigor, ponemos a disposición del público esta segunda versión, corregida y aumentada, que incorpora elementos que han surgido en el tiempo intermedio, como jurisprudencia, reglamentos y doctrina.

Nuestra intención es entregar una herramienta útil para las organizaciones indígenas, de manera que éstas puedan participar como les corresponde en la implementación del Convenio N° 169 de la OIT. Asimismo, buscamos que los organismos del Estado sopesen los límites a sus competencias y atribuciones que les impone el Convenio, en tanto Tratado Internacional de derechos humanos ratificado por Chile y actualmente vigente. De particular relevancia resulta en este punto dirigirnos a los jueces de la República, encargados últimos de garantizar los derechos fundamentales de sus ciudadanos.

Para ello, comenzaremos detallando el desarrollo que ha tenido el derecho internacional de los derechos fundamentales de los Pueblos Indígenas, particularmente el papel que en ello ha tenido la Organización Internacional del Trabajo y las Naciones Unidas. Luego ahondaremos en los contenidos normativos del Convenio y la aplicación que éste ha tenido en el derecho internacional, concentrándonos en los propios órganos de control de la OIT y en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. A continuación revisaremos cómo ha sido implementado el Convenio N° 169 en diversos países de nuestro continente, para luego analizar el largo camino que tuvo que recorrer este Convenio para su ratificación en nuestro país. Finalmente, analizaremos el estatus jurídico que le corresponde a este tratado internacional en el derecho interno, revisando el modo en que el derecho chileno recepciona el derecho internacional, el estatuto especial que la Constitución otorga a las normas de derechos humanos y la cuestión de la jerarquía y autoejecutabilidad de los tratados internacionales y el Convenio en particular.

I. El derecho internacional de los derechos humanos y los Pueblos Indígenas*

1. La OIT y los Pueblos Indígenas

Por largo tiempo la realidad de los pueblos indígenas y de sus derechos no constituyó una preocupación para el derecho internacional. El tratamiento dado por el derecho internacional a las que entonces eran identificadas como *poblaciones* indígenas fue inicialmente realizado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), entidad creada en 1919 en el marco de las negociaciones del tratado de Versalles que dieron origen a la Sociedad de las Naciones, órgano antecesor de las Naciones Unidas.

La OIT -entidad de naturaleza especial por su integración tripartita que incluye a los gobiernos, los empleadores y los trabajadores de los estados que la integran- tuvo una preocupación temprana por la realidad de los trabajadores indígenas, los que eran –y siguen siendo- objeto de discriminación y explotación. Es así como en 1921 esta entidad llevó a cabo un estudio sobre la situación de los trabajadores indígenas. En 1926, su Consejo de Administración conformó una Comisión de Expertos para proponer una normativa de protección de los trabajadores indígenas. De allí surgieron el Convenio sobre reclutamiento de trabajadores indígenas (N° 50 de 1936); el Convenio sobre contratos de trabajadores indígenas (N° 64 de 1939); el Convenio sobre sanciones penales a los trabajadores indígenas (N° 65 de 1939); el Convenio sobre los contratos de trabajo (trabajadores indígenas), 1947 (N° 86); y el Convenio sobre la abolición de las sanciones penales (trabajadores indígenas), 1955 (N° 104).

En 1945 la OIT designó a un Comité de Expertos para elaborar un convenio integral específicamente referido a los indígenas. De allí surgió en 1957 el Convenio N° 107 de la OIT sobre

* Por José Aylwin Oyarzún, codirector del Observatorio Ciudadano y Profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile.

Protección e Integración de las Poblaciones Indígenas. Este convenio, al igual que los anteriores emanados de la OIT, se refiere a las *poblaciones* y no a los *pueblos* indígenas. En sus considerandos establece como objetivo: “*garantizar la protección de las poblaciones de que se trata, su integración progresiva en sus respectivas colectividades nacionales y el mejoramiento de sus condiciones de vida y de trabajo.*”

Su carácter integracionista, propio de una época en que se pensaba que los pueblos indígenas desaparecerían, se refleja a través de su articulado, que habla de poblaciones que se encuentran “...*en etapas menos avanzadas que la alcanzada por los otros sectores de la colectividad nacional*” (artículo 1); de la “...*integración progresiva en la vida de sus respectivos países*” (artículo 2.1); y de “*la adaptación de dichas poblaciones a nuevas condiciones de vida y de trabajo*” (artículo 4 c).

El Convenio N° 107 contiene disposiciones relativas a las tierras, territorios y recursos naturales de los indígenas que constituyen un importante avance en su reconocimiento como sujetos de derechos y en su protección por los Estados. Así reconoce “... *el derecho de propiedad, colectivo o individual, a favor de los miembros de las poblaciones en cuestión sobre las tierras tradicionalmente ocupadas por ellas*” (artículo 11); establece que estas poblaciones no deberán trasladarse de sus territorios “...*sin su libre consentimiento, salvo por razones previstas por la legislación nacional relativas a la seguridad nacional, al desarrollo económico del país o a la salud de dichas poblaciones*” (artículo 12.1); y que los programas agrarios deberán garantizar a las poblaciones indígenas condiciones equivalentes a las que disfruten otros sectores de la colectividad nacional para efectos de: “*a. la asignación de tierras adicionales a dichas poblaciones cuando las tierras de que dispongan sean insuficientes para garantizarles los elementos de una existencia normal o para hacer frente a su posible crecimiento numérico; b. el otorgamiento de los medios necesarios para promover el fomento de las tierras que dichas poblaciones ya posean*” (artículo 14).

Este Convenio se orienta fundamentalmente a la promoción de mejores condiciones sociales y económicas para los indígenas, pero en un esquema que no considera la proyección a futuro de formas culturales y asociativas indígenas políticamente significativas. Como señala James ANAYA, más bien se orienta a que los miembros de las *poblaciones* indígenas gocen sus derechos como individuos en pie de igualdad en relación a la sociedad en su conjunto, en tanto que los grupos indígenas son beneficiarios de una protección secundaria¹. Con todo, sus disposiciones fueron relevantes para muchos pueblos indígenas en América Latina y el mundo para la protección de sus derechos territoriales, en particular en el contexto de los procesos de desarrollo económico en ellos impulsados².

De importancia también para los pueblos indígenas es la Convención N° 111 de 1958 de la OIT, relativa a la discriminación en materia de empleo y ocupación (1958). Los motivos de raza, color o ascendencia nacional enumerados en este Convenio han sido interpretados como aplicables a la discriminación por origen étnico o pertenencia a un pueblo indígena. Este Convenio, que ha sido ratificado por 165 países, y que constituye uno de los más relevantes de la OIT, se ha constituido en muchos estados en una puerta de entrada para abordar la situación de discriminación de los indígenas en el mundo del trabajo.

En la década de los ochenta se hizo evidente que el Convenio N° 107 no daba cuenta de la evolución del derecho internacional de los derechos humanos y de las demandas de los pueblos indígenas. Debido a ello la OIT convocó en 1985 a reunión de expertos para la revisión del Convenio, instancia que concluyó que este instrumento estaba obsoleto y que su enfoque *integracionista* era perjudicial para los Pueblos Indígenas³. En 1986 la Conferencia General del organismo acordó la revisión parcial del Convenio N° 107. Desde 1986 a 1988 se desarrolló un proceso de discusión que involucró a las partes de la OIT y que contó con la participación activa de Pueblos Indígenas⁴.

¹ ANAYA, James, *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, Trotta, Madrid, 2005.

² Ratificado por 27 Estados, varios de ellos de América Latina, sigue a la fecha en vigencia en 18 países.

³ Ver <http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/no107/lang--es/index.htm>

⁴ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Convenio Número 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Un Manual* (OIT, Ginebra, 2007).

El Convenio N° 169 fue aprobado por consenso en la Comisión de Redacción de la OIT y adoptado por el pleno de la Conferencia General de la OIT en 1989 por una gran mayoría de los delegados, entrando en vigencia en 1991 luego de la ratificación de dos Estados, tal como lo requería el texto del mismo⁵. A la fecha ha sido ratificado por 20 estados, 13 de ellos de América Latina⁶.

La nueva orientación de la OIT en relación a los Pueblos Indígenas se refleja en su Preámbulo, cuyos considerandos contienen sus orientaciones centrales para la interpretación del mismo⁷, a saber:

Considerando que la evolución de derecho internacional desde 1957 y los cambios sobrevenidos en la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo hacen aconsejable adoptar nuevas normas internacionales en la materia, a fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores;

Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven;

Observando que en muchas partes del mundo esos pueblos no pueden gozar de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los Estados en que viven y que sus leyes, valores, costumbres y perspectivas han sufrido a menudo una erosión;

Por otra parte, el Convenio se refiere a los pueblos indígenas como aquellos considerados como tales,

...por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.” (artículo 1.1.b)

⁵ Fueron Noruega y México.

⁶ Ver información en línea <<http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/ratifics.pl?C169>>.

⁷ Cabe recordar que el preámbulo es parte del texto del tratado, y constituye una guía de interpretación habitualmente considerada en los pronunciamientos de los tribunales internacionales. SALGADO, Juan Manuel, *Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas (Comentado y Anotado)*, Universidad Nacional del Comahue, General Roca, 2006.

Asimismo, establece la autoidentificación (“*conciencia de su identidad o tribal*”) como “*un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones*” del Convenio (artículo 1.2).

Finalmente, cabe señalar que este Convenio acotó el alcance del término «pueblos», en cuanto éste “*no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional*” (artículo 1.3). Esta redacción fue adoptada luego de que diversos Estados impugnaran la aplicación a los pueblos indígenas del derecho a la libre determinación reconocido en términos genéricos a los pueblos en otros tratados internacionales de derechos humanos de Naciones Unidas, por temor a que ello implicase el reconocimiento de un derecho de secesión. La redacción finalmente adoptada en la materia dejó abierta la cuestión, pues la propia OIT declaró que excedía su ámbito de competencia pronunciarse respecto a la libre determinación de los pueblos indígenas⁸. Actualmente, el derecho internacional reconoce explícitamente, tanto por la jurisprudencia de sus principales organismos como por la Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas de Naciones Unidas, que los pueblos indígenas tienen los mismos derechos que cualquier pueblo, incluyendo la autodeterminación concretada en autonomía. Sobre este punto ahondaremos a continuación.

2. El desarrollo de los derechos de Pueblos Indígenas por la Organización de Naciones Unidas

La aprobación del Convenio N° 169 por la OIT como el primer tratado internacional de derechos humanos íntegramente referido a los pueblos indígenas no puede entenderse sin tener presente la evolución experimentada en el tratamiento de dichos pueblos y de sus derechos en el Sistema de Naciones Unidas. Tal entidad, aunque inicialmente no considerase a los pueblos indígenas y sus derechos, ha ido reconociendo, a través de diferentes instrumentos de derechos humanos - incluyendo

⁸ Conferencia Internacional del Trabajo; *Revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (núm. 107) Informe IV (2º)*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 1989.

convenciones y declaraciones - y de las decisiones de sus órganos de tratado, un conjunto de derechos específicos tanto de carácter colectivo como individuales.

En efecto, las perspectivas políticas y filosóficas dominantes a la época de su creación (1945), llevaron a la Organización de Naciones Unidas (en adelante, NN.UU.) a dar prioridad a la protección de los derechos y libertades individuales por sobre los derechos colectivos. Consecuente con ello, NN.UU enfrentó las violaciones y/o restricciones de derechos de personas debido a una característica de grupo (raza, origen étnico o nacional, o cultura) protegiendo los derechos de los individuos, a través del principio de la no discriminación.

Tal es la idea contenida en la Carta de NN.UU de 1945 (artículo 1.3) y en su Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (artículo 2.1). Años después, el mismo concepto fue incluido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (artículos 2.1, 26 y 27). De especial interés es el artículo 27 de este Pacto, que dispone que:

En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, y a emplear su propio idioma.

Como se aprecia, la norma se mantiene en el paradigma de los derechos individuales, en cuanto se refiere a las "*personas pertenecientes a dichas minorías*", limitando su aplicación a los individuos y excluyendo de ella a los pueblos indígenas como sujetos de derechos. Este enfoque resulta limitado en varios aspectos. Por una parte, los pueblos indígenas -si bien en muchos países constituyen sectores étnicos minoritarios de la población-, en otros, como es el caso de Bolivia y Guatemala en América Latina, constituyen sectores mayoritarios. Por otro lado, tal definición no coincide con la aspiración de los pueblos indígenas de ser reconocidos como tales. Finalmente, el artículo 27 no contiene ninguna referencia explícita a medidas positivas a que pudieran tener derecho las minorías para su protección efectiva como tales. Con esta aproximación, los pueblos indígenas fueron ignorados por la ONU como

sujetos de derechos colectivos. Ello, hasta que décadas más tarde se generará en su interior diversos procesos mediante los cuales se avanzaría hacia su reconocimiento progresivo.

Una mención especial debe hacerse al derecho de libre determinación de los pueblos consagrado inicialmente en la Carta de la ONU de 1945 (artículo 1.2) y más tarde por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), así como en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), ambos de 1966. Estas dos convenciones internacionales, que vinieron a regular de una manera obligatoria los derechos y principios enunciados en la Declaración Universal, dispusieron en su artículo 1 común que: “*Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su conducción política y proveen asimismo su desarrollo económico, social y cultural*”. Se trata de un derecho que no estaba destinado a ser aplicado a los pueblos indígenas, sino que a los pueblos en proceso de descolonización en desarrollo en la época, y que derivaron en la creación de los estados africanos. Sus implicancias para los pueblos indígenas comenzarían a ser reconocidas décadas más tarde en el sistema de la ONU, como veremos a continuación.

El desarrollo de los derechos de estos pueblos al interior de la ONU se dio a través de diversos procesos. Un hito de gran relevancia fue el *Estudio sobre el Problema de la Discriminación contra las Poblaciones Indígenas*, el que fue encomendado en 1971 por la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías del Consejo Económico-Social de Naciones Unidas al Relator Especial, José Martínez Cobo. En su informe final, Martínez Cobo incluyó un análisis de los diferentes aspectos en que se manifiesta la discriminación contra estas “*poblaciones*”, afirmando en sus conclusiones que las condiciones sociales en que vivía la mayor parte de ellas favorecían su discriminación, opresión y explotación. El estudio incluyó también un completo análisis sobre las instituciones y normas relacionadas con estos pueblos, tanto en el nivel nacional como en el internacional. Además de definir quiénes eran dichas poblaciones, propuso varias recomendaciones a las NN.UU. y a otras agencias internacionales relacionadas, e instituyó principios para la eliminación de la discriminación. En él, se propuso además llevar a cabo un nuevo estudio sobre el mismo tema en

los países africanos y otro estudio relacionado con tratados en que estuvieran involucrados los pueblos indígenas⁹. En este mismo sentido, el Relator Especial para Pueblos Indígenas de Naciones Unidas José Martínez Cobo, en un informe que le tomó cerca 12 años completar señaló que *“no he podido hallar argumento jurídico suficiente para que pueda defenderse la idea de que los indígenas han perdido su personalidad indígena internacional como naciones/pueblos”*¹⁰.

Otro desarrollo relevante en el ámbito de NN.UU. estuvo determinado por el establecimiento en 1982 -por parte de la misma Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías- del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas, el cual se constituyó con dos mandatos: el primero, fue el de revisar los desarrollos relacionados con la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales de las poblaciones indígenas; y el segundo, el de brindar atención especial a la evolución de los estándares relacionados con los derechos de las mismas poblaciones. Este Grupo se reunió cada año desde su creación, asistiendo a él gran cantidad de organizaciones de pueblos indígenas de todo el mundo, convirtiéndose así en el espacio para la recepción de denuncias frente a violaciones de derechos humanos de estos pueblos. El Grupo se abocó además a la preparación de un Proyecto de Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas, cuyo borrador fue adoptado por la Subcomisión que le dio origen en 1993, pasando luego a ser analizado por la Comisión de Derechos Humanos en 1994, y siendo aprobado finalmente como Declaración por la Asamblea General de la ONU en septiembre de 2007. Más adelante ahondaremos en el contenido de este instrumento internacional que, como ya señalamos, establece explícitamente el derecho de autodeterminación de estos pueblos.

⁹ Uno de los aportes de este estudio fue la definición que intentó sobre estos pueblos, al señalar que: *“Comunidades, pueblos y naciones indígenas son aquellas que, poseyendo una continuidad histórica con las sociedades pre-invasoras y pre-coloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran disimiles de otros sectores de las sociedades dominantes en aquellos territorios o parte de los mismos. Ellos componen actualmente sectores no dominantes de la sociedad y están determinados a conservar, desarrollar y transmitir a las generaciones futuras sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base para su continuidad como pueblos en conformidad a sus propios patrones culturales, instituciones sociales y sistemas legales”*. (MARTÍNEZ COBO, José, *Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas*. Volumen V, Conclusiones, propuestas y recomendaciones, Naciones Unidas, Nueva York, 1987, pág. 30).

¹⁰ Documento E/Cn.4/Sub.2/1999/20-22 de junio de 1999, párrafo 265.

También relevante para los pueblos indígenas ha sido la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de 1965. En virtud de ella se define discriminación racial como: *“Toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales.”* (artículo 1.1)

La misma Convención dispone que: *“Los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes.”* (artículo 5)

Otro instrumento internacional de relevancia para los pueblos indígenas es la Convención sobre Diversidad Biológica de Naciones Unidas (1992). Dicha Convención valora y protege el aporte de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas a la diversidad biológica, así como la justa utilización de los beneficios de tales conocimientos. Así, en su artículo 8 j dispone:

Con arreglo a su legislación nacional, respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente¹¹.

¹¹ La Convención de Biodiversidad dio origen a la creación en 1998 de un Grupo de Trabajo de la Conferencia de las Partes sobre el artículo 8 j. En diversas reuniones sostenidas desde el 2000 a la fecha, la Conferencia de las Partes ha adoptado programas y lineamientos de trabajo a objeto de asegurar el rol de las comunidades indígenas y locales en la protección de la biodiversidad, así como la distribución equitativa de los beneficios derivados de los conocimientos y prácticas tradicionales para la conservación de la biodiversidad. Forest Peoples Programme, *Conservación y Pueblos Indígenas: Evaluando progresos desde Durban*, 2008, disponible en http://www.forestpeoples.org/documents/conservation/wcc_conservation_and_ips_interim_rep_sept08_sp.pdf

Finalmente, cabe mencionar la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, ratificada por la mayor parte de los estados del mundo (incluyendo a Chile), la que en su artículo 30 dispone:

En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, no se negará a un niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma.

Como hemos visto, hasta septiembre de 2007 no existía un instrumento específico en el ámbito de NN.UU. referido a los pueblos indígenas y a sus derechos. Frente a esta deficiencia, fueron los órganos de tratado de NN.UU. -en particular el Comité de Derechos Humanos (CDH), y el Comité para la Eliminación Discriminación Racial (CEDR)- los que a través de su labor de supervisión del cumplimiento de estos tratados internacionales por los estados que los suscriben, los interpretaron y aplicaron en favor de los pueblos indígenas. Esto se produjo en primer término, al conocer y pronunciarse estos órganos sobre alegaciones de individuos y/o grupos indígenas al amparo de los procedimientos establecidos para estos efectos en dichos convenios, o en sus protocolos adicionales¹².

En cuanto al Comité de Derechos Humanos (CDH), de gran relevancia son sus decisiones en los casos *Lovelace vs. Canadá* (1977) y *Ominayak vs. Canada* (1980). En el primero, una mujer indígena *maliset* que perdió su estatus y derechos como indígena al amparo de la legislación canadiense por el hecho de casarse con un no indígena, alegó la violación del artículo 27 del PIDCP (derechos de las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas), exigiendo restituir su estatus y modificar la legislación a objeto de adecuarla a las disposiciones del Pacto. El Comité acogió la alegación, señalando que el Acta India (*Indian Act*) de ese país había violado el artículo 27 del Pacto, por cuanto sus disposiciones

¹² En el caso del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en 1966 se aprobó un primer Protocolo Adicional, que permite al Comité de Derechos Humanos (CDH) de NN.UU recibir y tramitar alegaciones específicas relativas a violaciones de derechos humanos garantizados en él por parte de individuos de los estados que lo hayan ratificado. En el caso de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, las quejas o comunicaciones pueden ser presentadas por individuos o grupos de los estados que hayan aceptado la competencia del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CEDR) en los términos establecidos por el artículo 14 de la misma Convención. En el caso de este último Comité en 1993 se estableció, además, un procedimiento de urgencia (alerta temprana) para examinar casos que eviten situaciones de conflicto motivada por discriminación racial. Para recurrir a ambos órganos del tratado las partes deben previamente haber agotado las instancias internas.

excluían a algunas mujeres indígenas su pertenencia a las *bandas* indígenas¹³. Como consecuencia de esta decisión Canadá modificó su legislación, permitiendo la restitución del estatus indígena y consiguientes derechos a miles de mujeres indígenas privadas forzadamente de ello.

En el segundo caso citado, el jefe de la banda *cree* del lago *Lubicon* alegó que Canadá, al permitir que el gobierno de Alberta expropiara tierras indígenas para el desarrollo de una exploración petrolífera, había violado el artículo 1 del Pacto (derecho a la libre determinación de los pueblos) y el artículo 27 del mismo instrumento comentado precedentemente. En su decisión en este caso, el Comité rechazó la aplicación del artículo 1 señalando que una persona no puede alegar la violación del derecho de un pueblo. Acogió, sin embargo, el reclamo de violación del artículo 27, al señalar que las injusticias históricas y los acontecimientos reclamados conformaban una amenaza al modo de vida y cultura de ese grupo minoritario, instando a Canadá a poner término a la violación del Pacto¹⁴. En años posteriores los pueblos indígenas han recurrido en numerosas oportunidades al amparo del PIDCP para hacer sus alegaciones por violación de derechos humanos, obteniendo muchas veces acogida a sus reclamaciones.

En el caso del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CEDR), algunas de sus decisiones más relevantes han sido aquellas que han recaído en alegaciones de acuerdo al procedimiento de urgencia o alerta temprana. Así, en 1999 dicho Comité adoptó una medida a favor de un grupo de aborígenes de Australia al disponer que la reforma a la Ley del Título Nativo (*Native Title Act*) constituía un acto de discriminación racial, por cuanto tendría como consecuencia la pérdida de los derechos sobre las tierras. Del mismo modo, manifestó su preocupación por la supresión del puesto de Comisionado de Justicia Social para los Aborígenes e Isleños del Estrecho de Torres. En su decisión el Comité instó a que Australia suspendiera la aplicación de las enmiendas de dicha ley y reanudase

¹³ La reforma legal establecida por Canadá, sin embargo, establece un complejo sistema de pertenencia a las bandas, que generó controversia, en la medida en que algunos de esos criterios son incompatibles con los patrones culturales indígenas. ANAYA, James, *op.cit.*

¹⁴ El gobierno de Canadá reconoció su incumplimiento del Pacto, pero la efectividad de la decisión del Comité se vio afectada dado que el Comité no señaló medidas concretas a ser adoptadas. *Ibid.*

conversaciones con los aborígenes para encontrar soluciones aceptables para ellos, conformes a las obligaciones de la Convención¹⁵.

Otro caso de alerta temprana en que el Comité adoptó una decisión a favor de pueblos indígenas fue la presentada por el pueblo *maorí* de Nueva Zelanda por la incompatibilidad de la Ley de la zona costera bañada por la marea y de los fondos marinos, de 2004, con las disposiciones de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. En su decisión de 2005, el Comité dispuso que la ley en cuestión contenía aspectos discriminatorios para los maorí, en particular al anular la posibilidad de que establecieran sus títulos de propiedad consuetudinarios sobre la zona costera, y al no garantizar el derecho de reparación, pese a las obligaciones del Estado parte derivadas de los artículos 5 y 6 de la Convención. Igualmente exhortó a que de conformidad con el Tratado de *Waitangi*, reanudase el diálogo con la comunidad maorí respecto de esta ley a fin de buscar formas de mitigar sus efectos discriminatorios, inclusive mediante la introducción de enmiendas¹⁶.

Igualmente, dichos órganos han aplicado e interpretado a favor de los pueblos indígenas muchas disposiciones de las convenciones antes referidas al analizar los informes periódicos de los Estados sobre el cumplimiento de sus disposiciones o al emitir observaciones generales o recomendaciones relativas a la aplicación por aquellos de los derechos contenidos en ellas. Así, el Comité de Derechos Humanos ha señalado en su Observación General N° 12 de 1984, relativa al Artículo 1 del PIDCP (libre determinación de los pueblos), que: *“El párrafo 3 reviste, a juicio del Comité, especial importancia por cuanto impone obligaciones concretas a los Estados Partes, no sólo en relación con sus propios pueblos sino con todos los pueblos que no han podido ejercer su derecho a la libre determinación o se han visto privados de la posibilidad de ejercer tal derecho.”*¹⁷

¹⁵ CEDR, Decisión (2) 54 sobre Australia, 18 de marzo de 1999.

¹⁶ CEDR, Decisión 1 (66). CERD/C/DEC/NZL/1, 27 de abril de 2005.

¹⁷ Comité de Derechos Humanos ONU, *Observación General N° 12* (1984), disponible en <http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/Sgencom12.html>

Igualmente en su Observación General N° 23 (1993), relativa al artículo 27 del PIDCP, dispone que para su adecuado resguardo se deben cautelar sus modos de vida asociados al uso del territorio y de los recursos de los miembros de las comunidades¹⁸.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, por su parte, ha elaborado una Recomendación General N° 23 (1997) relativa a los pueblos indígenas, exhortando a los Estados Partes a que:

a) Reconozcan y respeten la cultura, la historia, el idioma y el modo de vida de los pueblos indígenas como un factor de enriquecimiento de la identidad cultural del Estado y garanticen su preservación; b) Garanticen que los miembros de los pueblos indígenas sean libres e iguales en dignidad y derechos y libres de toda discriminación, en particular la que se base en el origen o la identidad indígena; c) Proporcionen a los pueblos indígenas las condiciones que les permitan un desarrollo económico y social sostenible, compatible con sus características culturales; d) Garanticen que los miembros de los pueblos indígenas gocen de derechos iguales con respecto a su participación efectiva en la vida pública y que no se adopte decisión alguna directamente relacionada con sus derechos e intereses sin su consentimiento informado; e) Garanticen que las comunidades indígenas puedan ejercer su derecho a practicar y reavivar sus tradiciones y costumbres culturales y preservar y practicar su idioma.

Asimismo el Comité exhortó a los Estados Partes en dicha recomendación general a:

...que reconozcan y protejan los derechos de los pueblos indígenas a poseer, explotar, controlar y utilizar sus tierras, territorios y recursos comunales, y en los casos en que se les ha privado de sus tierras y territorios, de los que tradicionalmente eran dueños, o se han ocupado o utilizado esas tierras y territorios sin el consentimiento libre e informado de esos pueblos, que adopten medidas para que les sean devueltos. Únicamente cuando, por razones concretas, ello no sea posible, se sustituirá el derecho a la restitución por el derecho a una justa y pronta

¹⁸ Así, dispuso en el 3.2 de dicha Observación General que: “El disfrute de los derechos a los que se refiere el artículo 27 no menoscaba la soberanía y la integridad territorial de un Estado Parte. No obstante, en algunos de sus aspectos los derechos de las personas amparadas en virtud de ese artículo -por ejemplo, el disfrute de una determinada cultura- pueden guardar relación con modos de vida estrechamente asociados al territorio y al uso de sus recursos” / Véase *ibíd.*, cuadragésimo tercer período de sesiones, Suplemento N° 40 (A/43/40), anexo VII, sec. G, Comunicación N° 197/1985 (Kitok c. Suecia), observaciones aprobadas el 27 de julio de 1988. Esto podría ser particularmente cierto en el caso de los miembros de comunidades indígenas que constituyen una minoría”. Observación General N° 23 relativa al artículo 27 del PIDCP, disponible en <http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/Sgencom23.html>

*indemnización, la cual, en la medida de lo posible, deberá ser en forma de tierras y territorios*¹⁹.

De esta manera, pese la ausencia de un reconocimiento específico de derechos colectivos de los pueblos indígenas, NN.UU. los fue incorporando a través de la interpretación evolutiva de los derechos individuales consagrados en distintos instrumentos y tratados internacionales. El corolario de este proceso ha sido la firma de la Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas de Naciones Unidas.

3. La Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas

El 13 de septiembre de 2007 la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó, con el voto favorable de 144 Estados miembros, el voto en contra de 4 Estados miembros (Estados Unidos, Canadá, Australia y Nueva Zelanda) y 11 abstenciones (incluyendo a Colombia en América Latina), la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DDPI)²⁰.

La Declaración fue adoptada luego de dos décadas de debate en el seno de NN.UU. Se trata de un hito de gran significación en la construcción de un consenso internacional sobre derechos humanos, en este caso, sobre los derechos de pueblos históricamente negados y discriminados, los que están integrados por más de 300 millones de personas en todo el planeta.

Como señalara el 22 de octubre de 2007 ante la Asamblea General de Naciones Unidas el entonces Relator Especial de la ONU para los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo STAVENTHAGEN, *“la Declaración refleja el consenso internacional cada vez más extendido en torno al contenido de los derechos indígenas, tal como son reconocidos progresivamente*

¹⁹ COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL DE NACIONES UNIDAS, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ONU, *Recomendación General N° 23* (1997), disponible en http://www.cndh.org.mx/redindhca/OrganosTratadosDH/CERD/2recoGrales/RecoGral_23.pdf

²⁰ Cabe señalar que en abril de 2009, el gobierno Laborista de Australia firmó la Declaración, aumentando así a 145 los Estados que han adherido a ella.

en numerosos países así como en diversos instrumentos internacionales y en la práctica de los órganos internacionales de derechos humanos.”²¹

En su Preámbulo la Declaración establece la igualdad que los pueblos indígenas tienen con los demás pueblos, subrayando su derecho a ser diferentes y a ser respetados como tales. En dicha sección de la Declaración, además, se condenan las doctrinas, políticas y prácticas basadas en la superioridad de determinados pueblos o personas fundadas en el origen nacional, étnico y cultural; y se afirma, en concordancia con la Carta de Naciones Unidas, los Pactos de derechos humanos, la Declaración de Viena y Programa de Acción, la importancia fundamental del derecho a la libre determinación de los pueblos.

En su articulado la Declaración dispone que los indígenas, como colectivos (pueblos) y como personas (individuos), tienen el derecho al disfrute de todos los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos por la normativa internacional de derechos humanos (artículo 1°), sin discriminación alguna (artículo 2°). Se trata de una Declaración, como lo ha señalado con mucha claridad el jurista indígena estadounidense y actual Relator Especial de la ONU para derechos indígenas, James ANAYA, que no crea derechos nuevos sino que reconoce a los indígenas derechos relativos a los pueblos y a las personas actualmente vigentes en el derecho internacional de los derechos humanos²², pero que hasta ahora no les han sido respetados por muchos de los estados en que habitan.

²¹ STAVENHAGEN, Rodolfo, *Mensaje del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Dr. Rodolfo Stavenhagen, con motivo de la adopción de la Declaración sobre derechos de los pueblos indígenas por la Asamblea General de Naciones Unidas el 13 de septiembre de 2007*, disponible en <http://www.unhchr.ch/hurricane/hurricane.nsf/view01/6B74CFC18196996EC12573560049630F?opendocument>

²² Debido a esta circunstancia ANAYA afirma que, en estricto rigor, no debía existir una Declaración específica sobre derechos de pueblos indígenas. Sin embargo, sostiene, ella se hace necesaria por el legado de la historia de opresión que estos pueblos han vivido. Por lo mismo, la Declaración tiene por objeto remover esas inequidades, idealmente dejando de ser necesaria en el futuro. (Anaya, James, *Why there should not be a Declaration on the Right of Indigenous People*, Sevilla, 52 Congreso de Americanistas, 2006).

A pesar de que su texto final fue objeto de diversas modificaciones con el propósito de lograr un consenso mayoritario para su aprobación por la Asamblea General, en muchos aspectos la Declaración va más allá del Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de 1989, que hasta septiembre de 2007 constituía el instrumento de derecho internacional más avanzado relativo a los derechos de los pueblos indígenas²³.

Entre los derechos más importantes reconocidos a los pueblos indígenas en la Declaración cabe destacar aquellos **de carácter político**. Entre éstos destaca la libre determinación, la cual es reconocida en términos muy similares a como lo hace para todos los pueblos el artículo 1° común del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de NN.UU. (1966)²⁴. Asimismo, se establece el derecho de autonomía o al autogobierno, estos últimos, en cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales (artículo 4°), como forma de concreción del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas²⁵.

Los mismos derechos son reafirmados a lo largo de la Declaración al reconocer a los pueblos indígenas el derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones (artículo 5°)²⁶; el derecho a definir su propio desarrollo (artículo 23°)²⁷; y a mantener y desarrollar sus estructuras institucionales y

²³ Nueve modificaciones fueron introducidas a su texto para lograr el apoyo del grupo de estados africanos en la Asamblea General de NN.UU. La más importante de estas modificaciones fue aquella introducida en el artículo 46.1, el que en su texto final dispone: “*Nada de lo señalado en la presente Declaración se interpretará en el sentido de que confiera a un Estado, pueblo, grupo o persona derecho alguno a participar en una actividad o realizar un acto contrarios a la Carta de las Naciones Unidas o se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes*”. Cabe señalar que muchos de los representantes indígenas que participaron de los debates previos a la votación por la Asamblea de NN.UU., si bien no concordaron con ésta y otras modificaciones introducidas a la Declaración, consideraron que el texto final no se veía afectado en lo sustancial por ellas. Por lo mismo, apoyaron su aprobación por la Asamblea General.

²⁴ “*Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.*” (Artículo 3)

²⁵ “*Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho de libre determinación, tienen derecho a la autonomía o el autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de los medios para financiar sus funciones autónomas.*” (artículo 4°)

²⁶ “*Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales...*” (artículo 5°)

²⁷ “*Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y a elaborar prioridades y estrategias para el ejercicio de su derecho al desarrollo.*” (artículo 23°)

costumbres o sistemas jurídicos. (artículo 34)²⁸. Ello no obsta, de acuerdo a la Declaración, al derecho que los pueblos indígenas mantienen a “...participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del país.” (artículo 5)

El Convenio N° 169 había establecido el derecho de consulta a los pueblos indígenas frente a diversas circunstancias que les atañen (medidas legislativas y administrativas, y la prospección o explotación de los recursos del subsuelo existentes en sus tierras). La Declaración va más allá al disponer el derecho de los pueblos indígenas a que se obtenga su consentimiento libre, previo e informado antes de que los Estados adopten decisiones que les afectan. Entre las decisiones que de acuerdo a la Declaración requieren del consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas, se encuentran su traslado desde sus tierras y territorios (artículo 10), aquellas de carácter legislativo y administrativas que les afecten (artículo 19), y la aprobación de proyectos que afecten sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente aquellos relacionados con “...el desarrollo, la utilización o explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.” (artículo 32.2)

Otro importante ámbito de derechos establecidos por la Declaración son aquellos **relativos a las tierras, territorios y recursos naturales** de los pueblos indígenas. Junto con establecer el derecho de estos pueblos a “...mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado de otra forma...” (artículo 26.1), la Declaración reconoce el derecho que estos pueblos tienen “...a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otra forma tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma” (artículo 26.2). A través de esta disposición, la Declaración reconoce en forma expresa el derecho de propiedad indígena basado en la propiedad ancestral sobre sus tierras territorios y recursos. En el mismo sentido, la Declaración establece la obligación de los Estados de

²⁸ “Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.” (Artículo 34)

dar a los pueblos indígenas reconocimiento y protección jurídica sobre estas tierras, territorios y recursos, respetando para ello sus costumbres y tradiciones (artículo 26.3).

Igualmente importante es el establecimiento en su texto del derecho de los pueblos indígenas a la reparación, incluyendo en ella la restitución, y cuando ello no sea posible, la compensación, por las tierras, territorios y recursos que les hayan sido “*confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo, e informado.*” (artículo 28)²⁹

La Declaración también hace un reconocimiento y vela por la protección de los **derechos culturales** de los pueblos indígenas, incluyendo, entre ellos, el derecho a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales (artículo 11.1)³⁰; a utilizar, fomentar y transmitir sus historias, idiomas, tradiciones orales, nombres, entre otros, (artículo 13.1)³¹; a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales, medicinas, diseños, y a la propiedad intelectual sobre estas expresiones culturales (artículo 31.1)³².

En estrecha relación con lo anterior, la Declaración establece el derecho de los pueblos y personas indígenas a no ser objeto de asimilación forzada o destrucción de su cultura (artículo 8.1).

²⁹ “*Los pueblos indígenas tienen derecho a la reparación, por medios que pueden incluir la restitución o, cuando ello no sea posible, una indemnización justa, imparcial y equitativa, por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado de otra forma y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado.*” (Artículo 28.1)

³⁰ “*Los pueblos indígenas tienen derecho a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales. Ello incluye el derecho a mantener, proteger y desarrollar las manifestaciones pasadas, presentes y futuras de sus culturas, como lugares arqueológicos e históricos, utensilios, diseños, ceremonias, tecnologías, artes visuales e interpretativas y literaturas.*” (Artículo 11.1)

³¹ “*Los pueblos indígenas tienen derecho a revitalizar, utilizar, fomentar y transmitir a las generaciones futuras sus historias, idiomas, tradiciones orales, filosofías, sistemas de escritura y literaturas, y a atribuir nombres a sus comunidades, lugares y personas y mantenerlos.*” (artículo 13.1)

³² “*Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales, sus expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas, comprendidos los recursos humanos y genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, las tradiciones orales, las literaturas, los diseños, los deportes y juegos tradicionales, y las artes visuales e interpretativas. También tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su propiedad intelectual de dicho patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales y sus expresiones culturales tradicionales.*” (artículo 31.1)

Finalmente, la Declaración dispone que los pueblos indígenas tienen derecho a que los tratados y otros arreglos constructivos celebrados por ellos con los Estados o sus sucesores sean reconocidos, observados y respetados por los Estados. (artículo 37.1)³³

4. Implicancias jurídicas de la Declaración de Naciones Unidas

Las implicancias jurídicas de la Declaración son aún materia de debate. Para algunos se trata de un documento de carácter no vinculante, sin fuerza jurídica que obligue a los Estados a ceñirse por sus disposiciones. Para los pueblos indígenas que promovieron la Declaración se trata de un instrumento fundamental que debe orientar la legislación y políticas públicas de los Estados que les conciernen.

Como sabemos, una Declaración no tiene el mismo estatus de una convención o tratado internacional. Formalmente, sus disposiciones no tienen, por sí mismas, efectos jurídicos vinculantes, como sí los tienen los segundos. Sin embargo, existen argumentos poderosos que permiten sostener que los Estados se encuentran jurídicamente obligados a respetar los derechos reconocidos a los pueblos indígenas en la Declaración.

Por de pronto, de acuerdo a lo dispuesto en su articulado, tanto las NN.UU., sus órganos de tratado y órganos especializados, así como los Estados, deben promover el respeto y plena aplicación de sus disposiciones. (artículos 38 y 42)³⁴

³³ “Los pueblos indígenas tienen derecho a que los tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos concertados con los Estados o sus sucesores sean reconocidos, observados y aplicados y a que los Estados acaten y respeten esos tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos.” (artículo 37.1)

³⁴ “Los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptarán las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, para alcanzar los fines de la presente Declaración” (artículo 38); “Las Naciones Unidas, sus órganos, incluido el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, y los organismos especializados, en particular a nivel local, así como los Estados, promoverán el respeto y la plena aplicación de las disposiciones de la presente Declaración y velarán por la eficacia de la presente Declaración.” (artículo 42)

Tal como los señalan los juristas estadounidenses James ANAYA y Siegfried WIESSER en un artículo interpretativo sobre sus alcances jurídicos, hay diversos elementos que se deben tomar en consideración para dimensionar las implicancias jurídicas de este instrumento futuro³⁵. Varias de sus disposiciones pueden ser vinculantes si son consideradas como generadoras de derecho internacional consuetudinario. Para su consideración como tal, se requiere de una amplia y representativa práctica de los Estados en apoyo de esta nueva regla, incluyendo especialmente a los Estados afectados, así como además, la convicción de los Estados de estar obligados por ella (*opinio juris*).³⁶

Según ANAYA y WEISSER, el hecho de que cuatro Estados miembros de NN.UU. (Estados Unidos, Canadá, Australia, y Nueva Zelanda) se hayan opuesto a la Declaración, no invalida la consideración de contenidos centrales de la misma o de los principios en que están imbuidos, como derecho internacional consuetudinario. Respecto a la *opinio juris*, dichos autores sostienen que la participación por largos años de los Estados en un proceso tendiente al establecimiento de un status especial para los pueblos indígenas traducido en derechos, incluyendo la de aquellos que votaron en contra de la Declaración o se abstuvieron, es demostrativa de la existencia de una convicción por parte de los mismos de que deben ceñirse por la Declaración³⁷.

Teniendo presente lo anterior, así como el hecho que solo una norma de *jus cogens* requiere de la unanimidad de todos los miembros de la comunidad internacional para convertirse en derecho,

³⁵ ANAYA, James, y WIESSER, Siegfried, *The UN Declaration on the rights of indigenous peoples: Towards Re empowerment*, 2007 disponible en <http://jurist.law.pitt.edu/forumy/2007/10/un-declaration-on-rights-of-indigenous.php>

³⁶ El artículo 38 del estatuto del [Tribunal Internacional de Justicia](#) define la costumbre internacional como "*prueba de una práctica generalmente aceptada como Derecho*". De acuerdo a esta definición, la costumbre es una forma de creación del derecho que surge con la práctica seguida por los estados de forma uniforme y que, con el paso del tiempo, acaba consolidándose como derecho. De acuerdo a la doctrina, sin embargo, junto al elemento material para la creación de derecho, que consiste en la práctica uniforme y continuada de los estados, se requiere un elemento subjetivo, también conocido como *opinio iuris*, que es la convicción de que la misma resulta jurídicamente obligatoria.

³⁷ Al analizar las prácticas de los Estados en relación a los pueblos indígenas, se constata que en muchos de ellos éstas han sido consistentes con los principios fundamentales de la Declaración. De hecho las políticas de asimilación de los pueblos indígenas han sido abandonadas en favor de la preservación y fortalecimiento de las culturas, lenguas y religiones indígenas. Lo mismo señalan en relación a temas centrales de la Declaración, como el derecho de libre determinación y autonomía de los pueblos indígenas, y los derechos de tratados que en ella se reconocen. Muchos Estados, sostienen estos autores, incluyendo aquellos que votaron en contra de la Declaración, o aquellos que se abstuvieron, como el caso de Colombia, tiene en su política interna una práctica que es consistente con los derechos reconocidos en ella. ANAYA y WIESSER, *op.cit.*

dichos autores concluyen que existen antecedentes suficientes para considerar los contenidos centrales de la Declaración como derecho internacional consuetudinario, generador de obligaciones jurídicas para los Estados³⁸.

El carácter vinculante de esta Declaración ha sido reiterado por el jurista español Bartolomé CLAVERO, quien sostiene que más allá de los aspectos teóricos y doctrinales de este instrumento, ello se desprende en forma inequívoca de sus artículos 38 y 42 antes citados³⁹. Igualmente relevante, es que sostenga que la Declaración viene a elevar el perfil del Convenio N° 169 de la OIT en virtud del artículo 35 de este último instrumento, donde se señala que “[l]a aplicación de las disposiciones del presente Convenio **no deberá menoscabar los derechos y las ventajas garantizados a los pueblos interesados en virtud de otros convenios y recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados, o leyes, laudos, costumbres o acuerdos nacionales**”. De este modo, sostiene CLAVERO, “...el Convenio puede constituir un instrumento realmente valioso para la recepción efectiva de la DDPI en el caso de los Estados que son parte del mismo o que lo vengán a ser en el futuro ”⁴⁰. En este punto, cabe señalar que dicho artículo consagra el principio de interconexión, universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos sobre el cual ahondaremos en la última parte de este trabajo.

El propio Foro Permanente de NN.UU sobre Cuestiones Indígenas reafirma que la Declaración en su conjunto es parte del derecho internacional vinculante. Ello en razón de diversos motivos, incluyendo entre otros, el que la Declaración es parte de las normas universales de derechos humanos, el que es un instrumento que se elaboró con un procedimiento que le confirió su condición especial de

³⁸ *Ibid.*

³⁹ Al respecto CLAVERO señala que: “Es en todo este contexto donde cobran pleno sentido los artículos de la DDPI que, aún perteneciendo a una declaración, se refieren a su propio valor vinculante respecto a Estados, a pueblos indígenas y, desde luego, a Naciones Unidas en todo su despliegue de órganos y agencias tanto a nivel de sedes centrales como sobre el terreno.” CLAVERO, Bartolomé, *Cometido del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas a la Luz del Valor Vinculante y con Vistas a la Mayor Eficacia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Naciones Unidas, PFII/2009/EGM1/4, disponible en www.un.org/esa/socdev/unpfii/.../EGM_Art_42_Clavero.doc

⁴⁰ CLAVERO, Bartolome, *op cit.*

declaración, y el que diversos artículos pueden ser parte de normas internacionales vinculantes basadas en otros instrumentos o costumbres, independientemente de su inclusión en la Declaración ⁴¹.

⁴¹ FORO PERMANENTE DE NACIONES UNIDAS PARA LAS CUESTIONES INDÍGENAS, *Comentario General aprobado por el Foro Permanente de Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas*, en su VIII período de sesiones, 29 de mayo 2009, publicado en el Informe sobre el Octavo Período de Sesiones, 18 a 29 de mayo de 2009: E/C.19/2009/14, disponible en <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/foro-permanente/documentos-fp/338-valor-normativo-ddpi.html>.

II. Los contenidos del Convenio N° 169 de la OIT

1. Titulares de derechos

El Convenio N° 169 de la OIT reconoce a los pueblos indígenas como “*Pueblos*” e incorpora la categoría de “*Pueblos Tribales*”, lo que extiende la aplicación del Convenio a todas las regiones del mundo. Adhiere, un concepto práctico que no define exhaustivamente que se entiende por Pueblos Indígenas, sino que más bien es descriptivo en orden a establecer las características socio – culturales y las particularidades históricas de los Pueblos Indígenas y Tribales⁴². No obstante, restringe las consecuencias legales de este reconocimiento a los derechos reconocidos en el Convenio, señalando que dicho concepto no tiene el alcance que se le suele dar el derecho internacional⁴³. Sin embargo, los propios órganos de la OIT, han establecido que la interpretación del concepto político de autodeterminación está fuera de su ámbito de competencia. Asimismo han señalado que en la medida que el Convenio N° 169 no establece ninguna limitación al derecho a la autodeterminación, sus preceptos son compatibles con cualquier otro instrumento que establezca este derecho en el futuro. Por su parte, el Convenio sí ha establecido el derecho indígena al autogobierno y, consecuencialmente, a establecer sus prioridades en materia de desarrollo⁴⁴.

Tal y como ha expresado la misma OIT, durante tres años, y tras largas discusiones acerca de si cambiaba el uso del término “*poblaciones*” utilizado en el Convenio N° 107 por el de “*pueblos*” en este nuevo Convenio, se acordó que “*el único término correcto era el de 'pueblos', ya que éste reconoce la existencia de sociedades organizadas con identidad propia, en lugar de simples agrupaciones de individuos que comparten algunas características raciales o culturales.*”⁴⁵

⁴² RASMUSSEN, HENRIETTE y ROY, Chandra Roy, (edición 2007) *Un Manual: Proyecto para Promover la Política de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales* Publicación OIT, actualizada por Egalité y otros.

⁴³ Artículo 1.3, Convenio N° 169.

⁴⁴ RASMUSSEN, HENRIETTE Y CHANDRA ROY, (edición 2007) *Un Manual: ...,Proyecto para Promover la Política de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales*, Publicación OIT actualizada por Egalité y otros, pág 9.

⁴⁵ *Guía para la Aplicación del Convenio N° 169*, pág 13. Disponible en www.indigenas.oit.or.cr/conten.htm

Finalmente, el Convenio dispone que:

(2.3) *El Convenio se aplica a Pueblos Tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial*⁴⁶.

(2.4) *Asimismo, el Convenio se aplica a los Pueblos Indígenas en países independientes considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitan en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o de la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o partes de ellas*⁴⁷.

El Convenio establece además que la auto - identificación es un criterio fundamental para determinar la identidad indígena o tribal⁴⁸. Complementariamente, la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas introduce este mismo criterio. Plantea la Declaración que los pueblos e individuos indígenas tienen derecho a pertenecer a una comunidad o nación indígena, de conformidad con las tradiciones y costumbres de la comunidad o nación de que se trate. En este contexto, concluye que los pueblos indígenas tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones. Ello, sin menoscabar el derecho de las personas indígenas a obtener la ciudadanía de los Estados en que viven.

Cabe destacar que este Convenio es el primer instrumento internacional que reconoce la auto-identificación de los pueblos indígenas como un criterio fundamental⁴⁹.

Así como tener presente que este criterio de auto – identificación a que adhieren los instrumentos antes citados, es relevante porque el mismo es recogido en la legislación chilena a través

⁴⁶ Artículo 1.1.a, Convenio N° 169.

⁴⁷ Artículo 1.1.b, Convenio N° 169.

⁴⁸ Artículo 1.2, Convenio N° 169.

⁴⁹ RASMUSSEN, *et. al.*,... pág. 7.

del artículo 2 de la Ley 19.253 sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas, en adelante Ley Indígena.

2. Naturaleza jurídica de los derechos

Los derechos reconocidos por el Convenio N° 169 a los Pueblos Indígenas y Tribales son derechos de carácter colectivo, lo que se sustenta en la convicción de que éstos corresponden a los pueblos indígenas en su calidad de sujetos colectivos de derechos; y, asimismo, que el pleno goce de los derechos humanos de quienes integran estos pueblos está supeditado al ejercicio de los derechos colectivos que le asisten como miembros de dicha colectividad.

Este enfoque aplicado al reconocimiento y exigibilidad de derechos de pueblos indígenas, implica incorporar en el análisis su derecho colectivo al territorio, las tierras, los recursos naturales y el medio ambiente como condición necesaria para asegurar una vida digna y su pleno acceso a los demás derechos humanos, esto es, los Derechos Civiles y Políticos (DCP) y, asimismo, Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC).

En el caso específico de pueblos indígenas, la jurisprudencia internacional ha evidenciado la relación entre derechos territoriales y los derechos, económicos, sociales y culturales. En el año 2005, la Corte Interamericana estableció que los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio, que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida⁵⁰. En el caso citado, el fallo concluye que los recurrentes indígenas viven en condiciones de miseria extrema como consecuencia de la falta de tierra y acceso a recursos naturales, y que a consecuencia de ello ven imposibilitado el acceso a una vivienda

⁵⁰ *Caso Yakye Axa con Paraguay*, 2005.

adecuada dotada de los servicios básicos mínimos, así como a agua limpia y servicios sanitarios⁵¹. La OIT -adhiriendo a esta línea de argumentación- ha determinado que conforme a su mandato, para aplicar el Convenio N° 169, se requiere de un enfoque de derechos económicos, sociales y culturales⁵².

Siguiendo estas directrices el Convenio N° 169 ha impuesto a los Estados el deber de adoptar medidas especiales para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los Pueblos Indígenas con el consentimiento indígena y sin discriminación⁵³. Conjuntamente el Convenio N° 169 aspira al mejoramiento continuo de las condiciones de vida y de trabajo, y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, enfoque que debe ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan⁵⁴.

3. Derecho a la participación, consulta y consentimiento libre e informado

Los derechos a la participación, consulta y consentimiento previo, libre e informado están establecidos en diversos preceptos del Convenio. Sus bases fundamentales están en los artículos 6 y 7, que según ha establecido la OIT son primordiales para definir cómo debe aplicarse el Convenio. Así, el CEARC ha señalado que,

*[...]la Comisión toma nota de que el establecimiento de mecanismos apropiados y eficaces para la consulta y participación de los pueblos indígenas y tribales en relación con las cuestiones que les conciernen es la piedra angular del Convenio, aunque sigue siendo uno de los principales desafíos que plantea la aplicación del Convenio en una serie de países.*⁵⁵

⁵¹ Pár. 164 , caso *Yakye Axa con Paraguay*, 2005.

⁵² RASMUSSEN, HENRIETTE Y CHANDRA ROY, (edición 2007) *Un Manual: Proyecto para Promover la Política de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales*, Publicación OIT actualizada por Egalité y otros, pág 9.

⁵³ Artículo 4.1, 4.2 y 4.3, Convenio N° 169.

⁵⁴ Artículo 7.2, Convenio N° 169.

⁵⁵ *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, CEACR 2009/98a reunión, formato pdf, disponible en línea

<www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_103488.pdf>, p. 731.

Del mismo modo, ha confirmado la íntima relación entre ambas normas. Ha señalado al respecto que “[l]a consulta, en el caso de recursos naturales y proyectos de desarrollo, es un requisito del Convenio que debe integrarse en un proceso participativo más amplio previsto en el artículo 7 del Convenio”⁵⁶. Conforme a la interpretación fidedigna establecida por dicho órgano, el artículo 6 exige que los gobiernos establezcan los medios que permitan a los pueblos interesados participar en la toma de decisiones a todos los niveles, tanto en instancias legislativas como administrativas. También exige que consulten a los pueblos indígenas y tribales mediante procedimientos adecuados y, a través de sus instituciones representativas, “cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe. El alcance del principio de buena fe supone que los mecanismos de consulta deben implementarse de una manera apropiada a las circunstancias y con la finalidad precisa de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas⁵⁷.

La OIT ha establecido que las consultas con los pueblos indígenas y tribales, son así mismo obligatorias antes de emprender cualquier actividad de exploración o explotación de minerales y/u otros recursos naturales que se encuentren en las tierras de dichos pueblos; o cada vez que sea necesario trasladar a las comunidades indígenas y tribales de sus tierras tradicionales a otro lugar; y antes de diseñar y ejecutar programas de formación profesional dirigidos a los referidos pueblos⁵⁸.

El artículo 7° es otra disposición fundamental del Convenio. Allí se establecen las bases jurídicas del derecho al autogobierno, el que se manifiesta en el derecho que tienen los pueblos indígenas y tribales a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. En esta misma línea se establece el derecho de los pueblos interesados a participar en la formulación, ejecución y evaluación de los planes y programas de desarrollo susceptibles de afectarles directamente⁵⁹.

⁵⁶ *Ídem*, p. 737.

⁵⁷ *Guía para la Aplicación del Convenio N° 169*, pág 14. Disponible en línea en <www.indigenas.oit.or.cr/conten.htm>

⁵⁸ *Id.* Pág 14.

⁵⁹ *Id.* Pág.14

Instando por el mejoramiento progresivo de las condiciones de vida de los pueblos indígenas y tribales, la OIT determina que *“los planes de desarrollo económico que conciernan a las áreas ocupadas por las comunidades indígenas y tribales, deberán diseñarse con miras; entre otras cosas, a mejorar las condiciones de vida, las oportunidades de empleo y los logros, en materia de educación, de las referidas comunidades”*⁶⁰.

a) Participación

La Participación, tal y como ha sido señalado, es un principio general que inspira el Convenio N° 169. Este principio, está establecido en el artículo 2.1 que impone a los Estado la obligación de asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática para proteger los derechos de los pueblos y garantizar el respeto a su integridad como entidades colectivas⁶¹.

Su objetivo fundamental es garantizar la participación indígena en la toma de decisiones que involucra sus intereses, particularmente en la formulación e implementación de los planes y programas de desarrollo que se ejecuten en sus territorios, a fin de cautelar su derecho a establecer sus prioridades en materia de desarrollo. Asimismo, se garantiza la participación en la utilización de los recursos naturales que se encuentran en sus territorios y/o tierras.

El Convenio establece el estándar de participación en los siguientes artículos:

- Participación en general (2.1)
- Participación en la toma de decisiones (6.b)
- Desarrollo de las Instituciones de los Pueblos Indígenas (6.c)

⁶⁰ Id. Pág.14

⁶¹ *Un manual* (OIT, 2007) Pág. 11.

- Participación en los planes y programas de desarrollo (7.1)
- Participación en la utilización de los recursos naturales (15.1)

A partir de estos preceptos legales, la OIT ha definido los elementos de la participación identificando cuatro criterios básicos, a saber⁶²:

- Los pueblos indígenas y tribales tienen el derecho de participar en todas y cada una de las etapas de un proyecto, política o programa.;
- También se permitirá dicha participación durante la concepción o diseño de políticas, programas o proyectos hasta su aplicación y evaluación;
- Dichos pueblos participarán en la adopción de decisiones a todos los niveles (local, nacional o regional), sea de instituciones políticas electivas, sean de administraciones nacionales y locales.
- La participación se efectuará a través de las propias instituciones tradicionales u organismos representativos de los pueblos interesados, y no mediante estructuras impuestas desde fuera de la comunidad, salvo que ésta las acepte.

b) Consulta

El Convenio ha impuesto a los Estado partes la obligación de consultar a los pueblos indígenas y generar procedimientos adecuados al efecto, en los siguientes casos:

- Consulta para la aplicación del Convenio y la adopción de medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectarles (6.2)
- Consulta en el caso de explotación del suelo y subsuelo (15.2)
- Consulta en caso de enajenación de las tierras (17.2)

⁶² Id. Pág. 19.

- Consulta en materia de planes educativos (28.1)

El Estado debe consultar mediante procedimientos apropiados (principio de buena fe) y a través de las instituciones representativas de los interesados (principio de representatividad), cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente⁶³.

La particularidad del estándar de consulta es que si bien en principio no otorga derecho a veto, debe 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 propuestas⁶⁴.

Al respecto se ha pronunciado la OIT estableciendo el alcance de las exigencias de buena fe y representatividad, del modo que se expresa:

Lo que interesa recordar es que las consultas deben efectuarse:

a) *De buena fe, respetando los intereses, valores y necesidades de la otra parte. El proceso de consulta debe ser específico a cada circunstancia y a las características especiales de un determinado grupo o comunidad. De tal manera que, por ejemplo, una reunión con ancianos de una aldea mantenida sin interpretación en una lengua que no les sea familiar, como puede resultar el idioma oficial del país (inglés, español, etc.), no puede considerarse como una verdadera consulta.*

b) *Respetando el principio de representatividad lo cual es “un componente esencial de la obligación de consulta”. [...] Pudiera ser difícil en muchas circunstancias determinar quien representa una comunidad en particular. Sin embargo, si no se desarrolla un proceso de consulta adecuado con las instituciones u organizaciones indígenas y tribales verdaderamente representativas de las comunidades afectadas, la consulta encaminada no cumpliría con los requisitos del Convenio⁶⁵.*

La consulta, en la opinión de la OIT, establece un marco normativo destinado a fortalecer el poder de negociación de los pueblos interesados.

⁶³ Artículo 6.1.a, Convenio N° 169.

⁶⁴ Artículo 6.2, Convenio N° 169.

⁶⁵ *Un manual* (OIT, 2007). Pág. 16.

*El Convenio núm. 169 reconoce a los pueblos indígenas y tribales el derecho a ser consultados y a expresar sus puntos de vistas. Les brinda la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones y de influir en ellas. Dispone el espacio necesario para que los pueblos indígenas y tribales puedan negociar para proteger sus derechos*⁶⁶

La finalidad de la consulta es visibilizar impactos en un marco de interculturalidad para proteger derechos. Asimismo debe orientarse a la obtención del consentimiento de los pueblos afectados respecto de la medida propuesta. De ahí que esta obligación estatal de consulta previa se extienda a la autorización administrativa que los estados suelen requerir para visar un proyecto de inversión, en aquellos casos en que la misma pueda alterar el hábitat de una comunidad indígena. El propio Relator Especial de Naciones Unidas James Anaya ha sido claro al destacar la necesidad de realizar consultas en relación con cualquier *“proyecto que pueda afectar las tierras, territorios y otros recursos de alguna comunidad indígena— tanto al interior como al exterior de las denominadas 'Áreas de Desarrollo Indígena'—de conformidad con las normas internacionales aplicables”*⁶⁷.

Resulta oportuno mencionar los principios aplicables a la consulta que el Relator Anaya entregó al Estado de Chile en relación a la reforma constitucional relativa a pueblos indígenas que se discute en el país y que más tarde hizo extensivas a todo proceso de consulta⁶⁸. En este documento, el Relator aplicó las normas del Convenio N° 169 y de la Declaración Universal de Derechos de Pueblos Indígenas estableciendo un estándar para dar por cumplida la obligación estatal de consulta previa⁶⁹. Conforme a éste, la consulta:

⁶⁶ Id. Pág. 17.

⁶⁷ INFORME DEL RELATOR ESPECIAL SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES DE LOS INDÍGENAS, JAMES ANAYA, A/HRC/12/34/Add.6, 14 de septiembre 2009, disponible en línea <http://www.politicaspUBLICAS.net/docs/2009_relator_anaya_informe_chile_unedited_version.pdf>, párr. 56.

⁶⁸ *Ídem*, párr. 13

⁶⁹ RELATOR ESPECIAL SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES DE LOS INDÍGENAS, *Principios Internacionales Aplicables a la Consulta en Relación con la Reforma Constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile*, 24 de abril de 2009, disponible en línea en <http://www.politicaspUBLICAS.net/docs/Relator_especial_InformeConsultaChile24Abril2009.pdf>.

- Debe ser previa.
- El mecanismo de consulta debe ser consensuado con las organizaciones indígenas.
- No se agota con la mera información: requiere mecanismos de ida y vuelta.
- La consulta debe ser de buena fe y orientarse a alcanzar un acuerdo.
- Debe ser adecuada y a través de las instituciones representativas indígenas.
- Debe ser sistemática y transparente.

c) Consentimiento previo, libre e informado

El consentimiento es un estándar vinculante exigido para ciertos casos específicos, a saber:

- Medidas a favor de los Pueblos indígenas (bienes, trabajo, cultura y medio ambiente) no deben contrariar los deseos libremente expresados por estos pueblos (4.2);
- Prohibición general de desplazamiento forzoso (16.1);
- Consentimiento para traslado o reubicación (16.2);
- Derecho a regresar a sus tierras (16.3),

Como principio rector la OIT ha establecido que los pueblos indígenas y tribales no deberán ser trasladados de sus tierras. En el evento de producirse la reubicación, ésta tendrá lugar a título de medida excepcional y en circunstancias que se consideren inevitables⁷⁰.

⁷⁰ Id. Pág. 44.

La medida adoptada por el Convenio para evitar el desplazamiento forzoso es exigir que se pida a los pueblos interesados su consentimiento, expresado libremente y luego de haber recibido una información clara y cabal sobre todos los hechos y cifras pertinentes⁷¹.

La OIT ha determinado el alcance de la expresión “*consentimiento dado libremente y con conocimiento de causa*”, en los siguientes términos: Significa que los pueblos indígenas y tribales deben comprender cabalmente el sentido y las consecuencias del desplazamiento sobre el cual han de manifestar su acuerdo y aceptación⁷².

Se ha establecido que en el evento de que los pueblos indígenas y tribales no estén de acuerdo pero la reubicación sea inevitable, ésta debe llevarse a cabo en forma participativa y transparente, con plena conciencia y colaboración de los interesados⁷³, y de acuerdo a las siguientes directrices⁷⁴:

- **Posible encuesta pública**, se refiere a la exigencia de un “*procedimiento adecuado*” y que puede consistir en una audiencia o investigación pública u otra pertinente a las circunstancias del caso;
- **Derecho de regresar**, el Convenio reconoce el derecho de los pueblos a regresar a sus territorios una vez que cesen las causas que determinaron la reubicación, tales como guerras o catástrofes naturales;
- **Reasentamiento y rehabilitación**, aplicable en el caso que se haga imposible el regreso a las tierras de origen, por ejemplo, cuando éstas han sido inundadas, en cuyo caso debe haber un plan de reasentamiento y al mismo tiempo de rehabilitación de pueblos desplazados;
- **Tierras de calidad equivalente**, en caso de reubicación y, a fin de garantizar la certeza jurídica de su dominio, se exige que el título de dichas tierras sea igual o mejor que el que ostentaban respecto a las tierras pérdidas. Se establece, sin embargo, que en caso de que los pueblos interesados lo deseen podrán aceptar otras formas de pago en compensación.

⁷¹ Id. Pág. 44.

⁷² Id. Pág. 44.

⁷³ Id. Pág. 47.

⁷⁴ Id. Pág. 45.

- **Indemnización**, implica la reparación íntegra de los daños sufridos como consecuencia de la reubicación.

Por otra parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que bajo ciertas circunstancias, la obligación estatal de consulta previa establecida por el Convenio N° 169 deviene en derecho al consentimiento previo, libre e informado de los pueblos afectados por la medida en cuestión. Se trata de aquellos “*planes de desarrollo o inversión de gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio*”⁷⁵ y aquellos de alto impacto que “*implique una denegación de su subsistencia como pueblo*”⁷⁶. Esta mutación está fundada en el respeto al derecho a la vida y a la integridad cultural de los pueblos indígenas⁷⁷, reconocidos en diversos tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, como también en nuestra propia Constitución interpretada sistemáticamente⁷⁸.

4. Derechos al territorio, tierra, recursos naturales y medio ambiente

El Convenio N° 169 desarrolla ampliamente los derechos de los pueblos indígenas a la tierra y sus recursos naturales. Reconoce la “*importancia especial que para las culturas y valores espirituales*

⁷⁵ CORTE INTERAMERICANA, Caso *Saramaka vs. Surinam* (2007), párr. 134.

⁷⁶ CORTE INTERAMERICANA, Caso *Saramaka vs. Surinam* (2008), párr. 128

⁷⁷ YRIGOYEN Raquel, *Tomando en serio y pensando el derecho de consulta previa: el consentimiento y la participación*, recurso electrónico, p. 9.

⁷⁸ El derecho a la integridad cultural está recogido expresamente en el artículo artículo 27 del Pacto de Derechos de Derechos Civiles y Políticos (1966) que establece que: “*En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma*”. Además lo reconoce la Declaración de Derecho de Pueblos Indígenas (arts. 3, 5, 8, 11, 12, 14.3, 15, 31 y 36), la Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas de NN.UU. (art. 1). También diversos órganos han hecho recomendaciones, entre ellos el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en su Recomendación General XXIII (51) sobre la Situación de los Pueblos Indígenas. En la normativa nacional la Ley de Desarrollo Indígena establece que: “*El Estado reconoce el derecho de los indígenas a mantener y desarrollar sus propias manifestaciones culturales, en todo lo que no se oponga a la moral, a las buenas costumbres y al orden público. El Estado tiene el deber de promover las culturas indígenas, las que forman parte del patrimonio de la Nación chilena*”. Asimismo, el artículo 1° de la Constitución establece indirectamente este derecho al determinar que el Estado debe propender a crear las condiciones sociales para que cada uno de los miembros de la sociedad pueda realizarse material y espiritualmente.

de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios".⁷⁹ Define los territorios indígenas como aquellos que cubren "la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de una u otra manera"⁸⁰.

La OIT reconoce expresamente que *"los derechos sobre la tierra son fundamentales para garantizar la continuidad y existencia perdurable de los pueblos indígenas y tribales"*. De esta manera, el organismo asume que la tierra y sus recursos naturales son, en efecto, la fuente principal del sustentamiento económico, cohesión social - cultural, y del bienestar social de estos pueblos⁸¹.

Así, ha sido consignado que el reconocimiento de derechos especiales para los pueblos indígenas y tribales sobre las tierras tiene por objeto asegurarles una base estable para sus iniciativas económicas, sociales y culturales, y también para su sobrevivencia futura. Por ello, el Convenio reconoce a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan⁸². En lo que respecta a los recursos naturales, el Convenio impone a los Estados partes la obligación de proteger especialmente los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras. Estos derechos de protección especial comprenden el derecho de estos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos⁸³. Asimismo, el Convenio impone a los gobiernos el deber de velar por que se efectúen estudios, siempre que haya lugar, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre estos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas⁸⁴.

⁷⁹ Artículo 13.1, Convenio N° 169.

⁸⁰ Artículo 13.2, Convenio N° 169.

⁸¹ Guía OIT, págs. 20 y 21.

⁸² Artículo 14.1, Convenio N° 169.

⁸³ Artículo 15. 1, Convenio N° 169.

⁸⁴ Artículo 7.3, Convenio N° 169.

Al referirse específicamente a los recursos del subsuelo, establece que en caso de que el Estado tenga la propiedad de dichos recursos (minerales, hídricos o de otro tipo), o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras de los pueblos indígenas, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de éstos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Asimismo, reconoce el derecho de los pueblos interesados a participar, siempre que sea posible, de los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de tales actividades⁸⁵.

La OIT ha entregado lineamientos para proceder cuando una empresa desea extraer minerales u otros recursos de las tierras indígenas o tribales⁸⁶.

- **Consulta.** Se señala que es responsabilidad del Estado garantizar la consulta aún cuando haya otorgado a un tercero los derechos de exploración o explotación de los recursos del subsuelo, principalmente minerales. La consulta, dispone la OIT, debe instaurarse aún antes de comenzar la prospección minera, la cual puede ser en sí misma perjudicial.
- **Durante la consulta,** los pueblos interesados deben tener la oportunidad de expresar sus preocupaciones. Si no desean ninguna extracción pueden exponer las razones por las cuales dicha exploración o explotación es perjudicial (destrucción ambiental, problemas de salud, pérdida de la base de sus economías de subsistencia, etc.).
- **Participación en los beneficios** de la explotación y el **derecho a ser indemnizados.** Este derecho otorga a los pueblos interesados un poder de negociación para consensuar acuerdos de impacto – beneficio con las empresas, que les permita reducir los impactos ambientales,

⁸⁵ Artículo 15. 2, Convenio N° 169.

⁸⁶ *Un Manual* (OIT, 2007). Pág. 40.

garantizar la restauración de los daños y participar de los beneficios de la explotación en términos de asegurar el beneficio mutuo (pueblos – empresa).

Por su parte, la OIT ha sostenido enfáticamente que no se trata de crear un Estado dentro de un Estado; el Convenio, se concluye, está explícitamente orientado a acciones "*en el marco del Estado en el que ellos (los pueblos indígenas y tribales) viven.*"⁸⁷. Sin perjuicio de ello, el Convenio N° 169 reconoce las aspiraciones de los pueblos indígenas a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico, así como a mantener y fortalecer su identidad, lengua y tradiciones dentro del marco de los Estados en que viven⁸⁸. Desde esta perspectiva, el Convenio establece que los pueblos indígenas 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 su vida, 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 afectarlos en forma directa⁸⁹.

Junto con lo anterior, el Convenio insta a los gobiernos a promover la autogestión indígena en materia de desarrollo. Para estos efectos, se dispone que los Estados, a petición de los pueblos interesados, deberán facilitar, cuando sea posible, una asistencia técnica y financiera apropiada para la gestión de los recursos propios, que tenga en cuenta las técnicas tradicionales y las características culturales de esos pueblos y la importancia de un desarrollo sostenido y equitativo⁹⁰.

⁸⁷ Guía OIT, págs. 20 y 21.

⁸⁸ *Preámbulo*, numeral 5, Convenio N° 169.

⁸⁹ Artículo 7.1, Convenio N° 169.

⁹⁰ Artículo 23.2, Convenio N° 169.

En este mismo orden de cosas, dispone que los programas agrarios nacionales deben garantizar a los pueblos interesados condiciones equivalentes a las que disfruten otros sectores de la población y que contemplan las siguientes medidas específicas⁹¹:

- Asignación de tierras adicionales cuando las que dispongan sean insuficientes para garantizar una existencia normal o para hacer frente al crecimiento demográfico de la población indígena⁹²;
- Otorgamiento de medios necesarios para el desarrollo de tierras que dichos pueblos tienen en posesión⁹³.

Reconociendo la interrelación entre medio ambiente y derechos territoriales indígenas, el Convenio N° 169 impone un deber general de salvaguardar el medio ambiente indígena y preservarlo, para cuyos efectos impone la obligación de efectuar Estudios de Impactos Ambientales, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre estos ecosistemas.

- Salvaguardia del Medio Ambiente, 4.1;
- Estudios de Impacto Ambiental, 7.3;
- Preservación del Medio Ambiente, 7.4 y 32.

5. Trabajo, condiciones de empleo, formación profesional, artesanía e industrias rurales

Los gobiernos deberán adoptar, en el marco de su legislación nacional y en cooperación con los pueblos interesados, medidas especiales para garantizar a los trabajadores pertenecientes a esos pueblos una protección eficaz en materia de contratación y condiciones de empleo. Debiendo adoptar medidas

⁹¹ Artículo 19, Convenio N° 169.

⁹² Artículo 19.a, Convenio N° 169.

⁹³ Artículo 19.b, Convenio N° 169.

específicas cuando estos derechos laborales no están resguardados en la legislación aplicable a los trabajadores en general⁹⁴.

El principio que inspira esta normativa es el de no discriminación⁹⁵. Las medidas adoptadas deberán en particular garantizar que los trabajadores pertenecientes a los pueblos indígenas, incluidos los trabajadores estacionales, eventuales y migrantes empleados en la agricultura o en otras actividades, así como los empleados por contratistas de mano de obra, gocen de la protección que confieren la legislación y las prácticas nacionales a otros trabajadores de estas categorías en los mismos sectores, y sean plenamente informados de sus derechos con arreglo a la legislación laboral y de los recursos de que disponen⁹⁶.

En esta misma perspectiva el Convenio introduce normas para garantizar la formación profesional con pertinencia cultural⁹⁷. La participación (formulación e implementación) es el mecanismo a través del cual se garantiza que los programas de formación profesional respondan a las necesidades especiales de los pueblos indígenas⁹⁸.

La OIT ha relevado los lineamientos del Convenio N° 169 en materia de empleo, los que se resumen de la manera que se expresa⁹⁹:

- No serán objeto de discriminación cuando busquen trabajo o postulen a algún empleo, debiendo ser garantizada la igualdad de oportunidades a hombres y mujeres.
- Deberán gozar de iguales remuneraciones con otros sectores de la población en igualdad de condiciones.
- No deberán trabajar en condiciones de explotación.

⁹⁴ Artículo 20.1, Convenio N° 169.

⁹⁵ Artículo 20.2, Convenio N° 169.

⁹⁶ Artículo 20.3.a, Convenio N° 169.

⁹⁷ Artículo 21, Convenio N° 169.

⁹⁸ Artículo 22, Convenio N° 169.

⁹⁹ *Un Manual...* (OIT, 2007). Pág. 56

- Tendrán derecho a formar asociaciones, afiliarse a ellas y desarrollar actividades sindicales.
- Deben recibir información sobre sus derechos laborales y obtener asistencia.
- No deben trabajar en condiciones que tengan consecuencias perjudiciales para su salud y gozar de servicios médicos y sociales.

El Convenio N° 169 reconoce la existencia de actividades económicas tradicionales (la artesanía, las industrias rurales y comunitarias, entre otras) a través de las cuales los pueblos indígenas resuelven su subsistencia y que constituyen las bases económicas de su cultura y desarrollo económico, imponiendo a los Estado la obligación de velar porque se fomenten y fortalezcan dichas actividades¹⁰⁰ y se les provea de asistencia técnica acorde a las técnicas tradicionales y a la necesidad de garantizar un desarrollo sostenido y equitativo¹⁰¹.

Cabe consignar, a este respecto, que la OIT ha relevado que destacar la importancia de las actividades tradicionales indígenas no significa que dichos pueblos no puedan buscar trabajo fuera de sus comunidades o puedan asumir nuevas responsabilidades económicas. El objetivo de esta normativa de protección es reconocer la importancia fundamental que tienen las actividades tradicionales para las economías y las culturas de dichos pueblos¹⁰².

6. Seguridad Social y salud

Los regímenes de seguridad social deberán extenderse progresivamente a los pueblos interesados y aplicárseles sin discriminación alguna¹⁰³. Los gobiernos deberán velar por que se pongan

¹⁰⁰ Artículo 23.1, Convenio N° 169.

¹⁰¹ Artículo 23.2, Convenio N° 169.

¹⁰² *Un Manual...* (OIT, 2007) Pág. 51.

¹⁰³ Artículo 24, Convenio N° 169.

a disposición de los pueblos interesados servicios de salud adecuados. El estándar aspira al máximo nivel posible de salud física y mental¹⁰⁴. Los servicios de salud deberán organizarse, en la medida de lo posible, a nivel comunitario en cooperación con los pueblos indígenas y acorde a sus prácticas médicas tradicionales de prevención y curativas¹⁰⁵. Para la atención primaria se prevé la capacitación y empleo de personal sanitario de la comunidad local¹⁰⁶.

La OIT se ha pronunciado sobre estos derechos y ha establecido directrices a las que deben adecuarse los programas de salud. Los lineamientos sobre este punto son los siguientes¹⁰⁷:

- Basarse en la comunidad.
- Ser complementarios de las prácticas curativas tradicionales y comprenderlas.
- Contar con la participación activa de las comunidades.
- Formar a personal local para trabajar en los servicios sanitarios.
- Los gobiernos deberán proporcionar recursos en igualdad de condiciones con los otros ciudadanos.

La finalidad de esta normativa es transferir la plena responsabilidad y el control de estos servicios a los pueblos o comunidades pertinentes, cuando estén en condiciones de hacer y consientan en ello¹⁰⁸. La OIT ha hecho extensiva la prestación de servicios de salud a medidas relacionadas en función del progresivo mejoramiento de las condiciones de vida de los pueblos interesados, tales como mejora de la vivienda, acceso al agua, saneamiento y condiciones de trabajo¹⁰⁹.

¹⁰⁴ Artículo 25.1, Convenio N° 169.

¹⁰⁵ Artículo 25.2, Convenio N° 169.

¹⁰⁶ Artículo 25.3, Convenio N° 169.

¹⁰⁷ *Un Manual...*(OIT, 2007). Pág. 60.

¹⁰⁸ Id. Pág. 60.

¹⁰⁹ Id- Pág 60.

En materia de seguridad social se hace indispensable extender estos programas a los pueblos indígenas y tribales, que los mismos tengan en cuenta sus situaciones específicas y, finalmente, garantizar que los pueblos interesados gocen del derecho de acceso a los servicios de seguridad social en condiciones de igualdad con el resto de la ciudadanía¹¹⁰.

7. Derechos a la Educación y al uso de la lengua vernácula

El Convenio impone a los Estados la obligación de adoptar medidas para garantizar a los indígenas el acceso a la educación a todos los niveles, por lo menos en pie de igualdad con el resto de la comunidad nacional¹¹¹.

Los programas y los servicios de educación destinados a los pueblos indígenas deberán desarrollarse y aplicarse en cooperación con éstos, a fin de responder a sus necesidades particulares. Los contenidos curriculares de dichos programas deberán incorporar la historia, conocimientos y técnicas, sistemas de valores y todas las demás aspiraciones sociales, económicas y culturales de los Pueblos Indígenas¹¹².

La autoridad competente deberá asegurar la formación de miembros de estos pueblos y su participación en la formulación y ejecución de programas de educación, con miras a transferir progresivamente a dichos pueblos la responsabilidad de la realización de esos programas, cuando haya lugar.

Además, los gobiernos deberán reconocer el derecho de esos pueblos a crear sus propias instituciones y medios de educación, siempre que tales instituciones satisfagan las normas mínimas

¹¹⁰ Id. Pág. 61.

¹¹¹ Artículo 26, Convenio N° 169.

¹¹² Artículo 27.1, Convenio N° 169.

establecidas por la autoridad competente en consulta con esos pueblos. Deberán facilitárseles recursos apropiados con tal fin¹¹³.

Siempre que sea viable, deberá enseñarse a los niños de los pueblos interesados a leer y a escribir en su propia lengua indígena o en la lengua que más comúnmente se hable en el grupo a que pertenezcan. Cuando ello no sea viable, las autoridades competentes deberán celebrar consultas con esos pueblos con miras a la adopción de medidas que permitan alcanzar este objetivo¹¹⁴.

Deberán tomarse medidas adecuadas para asegurar que esos pueblos tengan la oportunidad de llegar a dominar la lengua nacional o una de las lenguas oficiales del país en el caso que hubiera más de una con ese estatus.

Deberán adoptarse disposiciones para preservar las lenguas de los pueblos indígenas y promover el desarrollo y la práctica de las mismas¹¹⁵.

Se plantea que uno de los objetivos de la educación de los niños indígenas deberá ser impartirles conocimientos generales y aptitudes que les ayuden a participar plenamente y en pie de igualdad en la vida de su propia comunidad y en la de la comunidad nacional¹¹⁶.

Finalmente, dispone en la materia el Convenio N° 169, que deberán adoptarse medidas de carácter educativo en todos los sectores de la comunidad nacional, y especialmente en los que estén en contacto más directo con los pueblos interesados, con objeto de eliminar los prejuicios que pudieran tener con respecto a esos pueblos. A tal fin, deberán hacerse esfuerzos por asegurar que los libros de historia y demás material didáctico ofrezcan una descripción equitativa, exacta e instructiva de las sociedades y culturas de los pueblos indígenas o tribales¹¹⁷.

¹¹³ Artículo 27.3, Convenio N° 169.

¹¹⁴ Artículo 28.1, Convenio N° 169.

¹¹⁵ Artículo 28.2 y 3, Convenio N° 169.

¹¹⁶ Artículo 29, Convenio N° 169.

¹¹⁷ Artículo 31, Convenio N° 169.

8. Derecho a la información

Los gobiernos deberán adoptar medidas acordes a las tradiciones y culturas de los pueblos indígenas, a fin de darles a conocer sus derechos y obligaciones, especialmente en lo que atañe al trabajo, a las posibilidades económicas, a las cuestiones de educación y salud, a los servicios sociales y a los derechos que emanan del presente Convenio¹¹⁸.

A tal fin, deberá recurrirse, si fuere necesario, a traducciones escritas y a la utilización de los medios de comunicación de masas en las lenguas de dichos pueblos¹¹⁹.

¹¹⁸ Artículo 30.1, Convenio N° 169.

¹¹⁹ Artículo 30.1, Convenio N° 169.

III La aplicación del Convenio N° 169 en el derecho internacional*

Como ya ha sido señalado el Convenio N° 169, fue adoptado en 1989, y es el primer tratado internacional especializado sobre derechos de los pueblos indígenas¹²⁰.

Desde su entrada en vigencia en 1991, la supervisión de la aplicación del Convenio N° 169 por los Estados que lo han ratificado ha correspondido a los organismos con que para estos efectos cuenta la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Estos son la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) y la Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia Internacional del Trabajo (CANCIT). Tales órganos han interpretado el alcance y sentido de los derechos en él reconocidos a pueblos indígenas en el contexto del control periódico de su aplicación por los Estados que lo han ratificado, o frente a reclamaciones específicas realizadas por su incumplimiento de acuerdo a los procedimientos que establece para estos efectos.

En conformidad con su artículo 35°, el Convenio N° 169 exige que en su aplicación no se menoscaben los derechos y las ventajas garantizados a los pueblos indígenas en virtud de otros convenios y recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados o leyes, laudos, costumbres o acuerdos nacionales. Por ende, el Convenio N° 169 constituye un estándar mínimo, de modo que si el Estado ha reconocido derechos y ventajas superiores para los pueblos indígenas está obligado a cautelar el máximo estándar.

* Por José Aylwin Oyarzún, codirector del Observatorio Ciudadano y Profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile y Nancy Yáñez Fuenzalida, codirectora del Observatorio Ciudadano y Profesora de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile.

¹²⁰ Solo 20 países han ratificado el Convenio N° 169. A pesar de lo reducido del número, cabe notar que los que lo han ratificado son aquellos que tienen población indígena. De los 20, un total de 14 son latinoamericanos: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Paraguay, Perú, Venezuela, República Dominicana y Chile.

La cuestión es relevante, pues los derechos de pueblos indígenas han evolucionado respecto a los estándares consagrados en el Convenio N° 169. Este mejoramiento sostenido de derechos ha sido reconocido en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹²¹ y de algunos órganos del Sistema de Naciones Unidas, como son el Comité de Derechos Humanos¹²²⁻¹²³ y el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales¹²⁴, entre otros. Estas instancias a través de una interpretación evolutiva de los tratados internacionales de su competencia han reconocido los derechos de los Pueblos Indígenas, tratados que a su turno han sido ratificados por Chile y se encuentran vigentes en el derecho interno. Este reconocimiento de derechos se sustenta en el Convenio N° 169 y, además, en los derechos reconocidos por la Declaración Universal de Derechos de los Pueblos Indígenas adoptada en el seno de la Naciones Unidas en septiembre del año 2007, en adelante la Declaración de Derechos Indígenas. De esta forma la Declaración de Derechos Indígenas, que en principio no constituye un instrumento vinculante, pasa a serlo por la aplicación que de ésta hacen los órganos internacionales al interpretar los tratados de derechos humanos sobre la base de los estándares que fija dicha declaración.

1. La aplicación del Convenio N° 169 por los órganos de supervisión de la OIT

Desde su entrada en vigencia en 1991, la supervisión de la aplicación del Convenio N° 169 por los Estados que lo han ratificado ha correspondido a los organismos con que para estos efectos cuenta la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Estos son la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) y la Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia Internacional del Trabajo (CANCIT). De acuerdo a la normativa de la OIT, la supervisión del Convenio N° 169, así como la de los demás tratados internacionales que emanan de esta entidad, se

¹²¹ Guahibos c/ Colombia, Yanomani c/ Brazil, Dann c/ Estados Unidos, Awas Tigni (Mayagna – Sumo) c/ Nicaragua, Yakye Axa c/ Paraguay, Sawhoyamaxa c/ Paraguay, Saramaka c/ Surinam.

¹²² Agrupación del Lago Lubicon c/ Canadá N° 167/1984, Informe a/44/40 (1989).

¹²³ Observación General N° 14, 15 y 23.

¹²⁴ Observación General N° 3.

efectúa de dos maneras: el control periódico de su aplicación por los Estados y los procedimientos especiales de reclamación o queja frente al incumplimiento de las obligaciones por éstos contraídos.

a) Control periódico

En virtud del artículo 22 de la Constitución de la OIT, los gobiernos deben enviar sus memorias periódicas sobre la aplicación de los Convenios de esta entidad que han ratificado. Dichas memorias deben presentarse cada año o cada cinco años, según el Convenio de que se trate. En el caso del Convenio N° 169 se exige que las memorias se presenten cada cinco años. Ello a excepción de la primera memoria, que debe ser presentada en el período de un año¹²⁵. En dichas memorias los Estados parte deben informar sobre las medidas que haya adoptado para poner en ejecución sus normas. Éstas deben ser redactadas en la forma que indique el Consejo de Administración, y deberán contener los datos que éste solicite¹²⁶.

El órgano de la OIT que examina las memorias de los Estados es la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (CEACR). La CEACR está compuesta por 20 expertos independientes de diversas regiones del mundo, que se reúnen una vez al año en Ginebra en la sede de la entidad. Esta Comisión examina las memorias que presentan los Estados miembros y otras informaciones pertinentes como comentarios o información presentada por las organizaciones de empleadores y trabajadores, o información procedente del sistema de las Naciones Unidas, en especial de los Comités de las Naciones Unidas encargados de supervisar los tratados de derechos humanos. De especial relevancia es la información que es enviada a la OIT por los pueblos indígenas, la que

¹²⁵ De acuerdo a la OIT, este primer plazo se ha fijado para dar tiempo de asegurarse que la legislación y la práctica del país se ajusten a lo dispuesto en el Convenio N° 169. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Manual...*, *op. cit.*

¹²⁶ La OIT ha elaborado un Formulario de Memoria relativo al Convenio N° 169, el que está disponible en <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/reportforms/pdf/22s169.pdf>. En dicho formulario se solicita información detallada a los estados sobre la forma de aplicación de cada artículo del Convenio. También le solicita información sobre las consultas efectuadas a los pueblos indígenas para la preparación de la memoria.

generalmente se hace llegar al organismo a través de las organizaciones de trabajadores parte de esta entidad.

El examen de la CEACR comprende el análisis de la legislación y práctica conforme al Convenio, y el análisis de si el Estado parte cumple con las obligaciones que le incumben. Frente a las memorias de los Estados esta entidad puede formular observaciones, esto es, comentarios públicos sobre la aplicación del Convenio, haciendo hincapié tanto en los progresos como en las preocupaciones. Asimismo, puede solicitar más información sobre determinadas cuestiones. Las observaciones se publican cada año en forma de libro¹²⁷. También puede efectuar peticiones directas, las que se envían al gobierno y que suelen solicitar más información sobre cuestiones específicas.

El informe anual de la CEACR, se presenta en la siguiente Conferencia Internacional del Trabajo, donde es examinado por la Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia de la OIT (CANC). Esta Comisión, que es permanente, y está compuesta por delegados de los gobiernos, de los empleadores y de los trabajadores, analiza dicho informe en un marco tripartito y realiza comentarios en relación a ellos. Los gobiernos mencionados en estos comentarios son invitados a responder ante ella y a comunicar información sobre la situación en consideración. En muchos casos, la CANC adopta conclusiones, recomendando a los gobiernos que adopten medidas específicas para solucionar un problema o que soliciten asistencia técnica a la OIT. La CANC puede invitar al Estado a recibir una misión de asistencia técnica de la OIT, a fin de ayudarlo en el cumplimiento de sus obligaciones, o proponer otro tipo de misión. Las discusiones y las conclusiones sobre las situaciones examinadas por esta Comisión se publican en su Informe General. Las situaciones particularmente preocupantes, se destacan en párrafos especiales de su informe¹²⁸.

¹²⁷ Los informes de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT están disponibles en línea <<http://www.ilo.org/ilolex/spanish/index.htm>>

¹²⁸ CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y recomendaciones, Informe III (Parte I^o) Informe General y observaciones referidas a ciertos países*, Conferencia Internacional del Trabajo, 98.a reunión, 2009.

b) Procedimientos especiales

La otra modalidad que la OIT considera para la supervisión del cumplimiento por los estados de las obligaciones del Convenio N° 169 y de otros convenios internacionales de que sean parte, es la de los procedimientos de reclamación y queja.

Las reclamaciones se rigen por el artículo 24 de la Constitución de la OIT. Toda reclamación en la que se alegue que un gobierno no ha adoptado medidas para el cumplimiento satisfactorio de las obligaciones del Convenio N° 169, podrá ser comunicada a la OIT por una organización de empleadores o de trabajadores. Dicha reclamación deberá presentarse ante el Consejo de Administración por escrito, haciendo referencia al artículo 24 de la Constitución y, al mismo tiempo, deberá describir las disposiciones del Convenio en cuestión que se alega que se han violado.

Una vez recibida la reclamación, el Consejo de Administración de la OIT designa a un Comité Tripartito -es decir, un representante de gobierno, uno del mundo empresarial y otro de los trabajadores) para que la examine. Toda reclamación presentada por una organización de trabajadores o empleadores que esté directamente relacionada con el tema de la reclamación, tiene posibilidades de ser examinada. Los pueblos indígenas no pueden presentar sus reclamaciones en forma directa, razón por la que lo hacen generalmente a través de las organizaciones de trabajadores que las hacen suyas y las presentan ante esta instancia.

Las quejas, en cambio, son presentadas por un Estado miembro de la OIT en contra otro Estado, o a través de los delegados que asisten a la Conferencia Internacional del Trabajo. En las quejas se alega el incumplimiento de Convenios de la OIT ratificados por ambos países¹²⁹.

¹²⁹ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Un manual...*, *op.cit.* La OIT prevé además las quejas ante el Comité de Libertad Sindical. Dado que dichas quejas deben tratar sobre el incumplimiento de obligaciones relativas al derecho de sindicación y negociación colectiva, no son pertinentes al Convenio N° 169.

c) Casos de supervisión

Tras casi dos décadas de vigencia del Convenio N° 169, los órganos de supervisión antes referidos han desarrollado un intenso trabajo de aplicación de la normativa de este tratado internacional en los países que lo han ratificado, tanto a través de las observaciones a los informes periódicos de los Estados, como a través de decisiones frente a las reclamaciones por incumplimiento de obligaciones.

Un caso de relevancia a nivel regional es el de México, país que junto a Noruega fue el primero en ratificar el Convenio N° 169 en 1990. México ha debido presentar numerosos informes sobre el cumplimiento el Convenio. También han presentado informes paralelos y reclamaciones por el incumplimiento de sus disposiciones las organizaciones de pueblos indígenas, a través de los sindicatos, únicos representantes de la sociedad civil habilitados para ello en el marco de la OIT. La Comisión de Expertos (CEACR) puso atención especial en el caso del proceso de diálogo y de reforma constitucional al que dieron lugar los hechos de Chiapas, manifestando su preocupación por la falta de un diálogo efectivo entre el gobierno y los pueblos indígenas, haciéndole constantes llamamientos a desarrollarlo¹³⁰.

La misma Comisión analizó la reforma constitucional de 2001, que contó con una fuerte oposición de parte de las organizaciones indígenas, demandando al gobierno mexicano que informara sobre los detalles de dicha reforma y de su conformidad con las disposiciones del Convenio N° 169¹³¹. Las observaciones de la CEACR han generado en varias ocasiones un debate que ha llegado a la CANC, donde los representantes de trabajadores y otros gobiernos han invitado a México a tomar medidas efectivas para resolver los problemas planteados por la CEACR¹³².

¹³⁰ ILOLEX, 1997.

¹³¹ Al respecto la CEACR señaló: “*La Comisión es consciente de que dichas reformas han generado mucha controversia y que distintos sectores de la sociedad mexicana, incluyendo organizaciones indígenas y organizaciones de trabajadores, han expresado su preocupación de que dichas reformas tengan un impacto negativo sobre la situación social, económica y jurídica de los pueblos indígenas en México*”. CEACR; 1999, ILOLEX, en ANAYA, *Los Pueblos Indígenas...*, pág. 304.

¹³² ANAYA, *Los Pueblos Indígenas...*

Diversas comunicaciones han sido presentadas también por pueblos indígenas en otras materias, en particular referidas al derecho a la tierra y al territorio. Un caso de especial interés es el reclamo que el pueblo *wixarika* (huichol) de San Andrés Cohamiata (México), hizo ante la OIT, a través del Sindicato Nacional de Trabajadores de la Educación (SNTE). En éste, se solicitó la reunificación territorial de San Andrés Cohamiata, pidiendo que les fueran devueltas 22.000 hectáreas que tenían en propiedad pero que, según los reclamantes, el Gobierno Federal concedió ilegalmente a núcleos agrarios mestizos en el decenio de 1960. El caso ha sido analizado por más de una década por diversas instancias en la OIT, incluyendo la CEACR y la CANC.

Ya en 1996 la Comisión Tripartita pidió al Consejo de Administración OIT que instara al gobierno a tomar medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, o a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia, en virtud del artículo 14 del Convenio. También pidió que se adoptaran medidas para remediar la situación en que se encuentran los huicholes, incluyendo la las necesarias para salvaguardar la existencia de estos pueblos como tales y su forma de vida¹³³.

En su más reciente informe anual (2009) la CEACR daba cuenta de nuevas comunicaciones del SNTE de 2001 y de 2006 indicando que tras años de emitidas las recomendaciones relativas a la reclamación referida, el gobierno continúa sin tomar las acciones necesarias para remediar las condiciones que dieron origen a la reclamación, y que se ha profundizado y agravado la situación territorial de algunas comunidades huicholes, catalogándolo como un «despojo legalizado» de las tierras de esta comunidad. La Comisión aunque reconoce los esfuerzos del gobierno en la materia, expresa su preocupación por cuanto éste ha hecho prevalecer la validez formal de los títulos propietarios por sobre la ocupación tradicional, insistiendo en la necesidad de reconocer dicha propiedad tradicional. Al respecto CEACR señaló en su informe de 2009 que “[s]i los pueblos indígenas no pudieran hacer valer la ocupación tradicional como fuente de derechos de propiedad y

¹³³ OIT; ILOLEX, 1996.

de posesión, el artículo 14 del Convenio se vaciaría de contenido”¹³⁴. Para ello insta al gobierno a desplegar todos sus esfuerzos para garantizar la aplicación del artículo 14 del Convenio N° 169, inclusive por la vía de la negociación. Solicita además al gobierno la realización de consultas con los pueblos indígenas para ver las formas de adecuar los procedimientos legales relativos a la tierra al artículo 14 del Convenio, y le solicita proporcione información adicional al respecto en su próximo informe periódico¹³⁵.

Otro caso de interés en la región es el de Bolivia, donde las organizaciones de pueblos indígenas han presentado, también por intermedio de organizaciones sindicales, diversas reclamaciones relativas a la explotación de recursos naturales en sus tierras y territorios, sin procesos de consulta adecuados conforme al Convenio N° 169, y sin participación en los beneficios. Una de estas reclamaciones fue la presentada por la Central Obrera Boliviana (COB) en relación a la emisión de resoluciones administrativas por la Superintendencia Forestal Nacional, que establecen 27 concesiones madereras por una duración de 40 años, renovables. Estas se sobreponen a seis territorios indígenas tradicionales y han sido sometidos a un proceso de saneamiento con el fin de determinar los derechos de terceras personas al interior de los mismos, sin que haya habido un proceso de consulta previa.

¹³⁴ Al respecto la CEACR señala en su informe de 2009: *“La Comisión es consciente de la complejidad de plasmar este principio en la legislación, así como de diseñar procedimientos adecuados, pero subraya al mismo tiempo que el reconocimiento de la ocupación tradicional como fuente de derechos de propiedad y posesión mediante un procedimiento adecuado, es la piedra angular sobre el que reposa el sistema de derechos sobre la tierra establecido por el Convenio. El concepto de ocupación tradicional puede ser reflejado de diferentes maneras en la legislación nacional pero debe ser aplicado”*. CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, CEACR, 2009, pág. 742.

¹³⁵ Al respecto la CEACR señala: *“Por dichos motivos, la Comisión solicita al Gobierno que despliegue todos sus esfuerzos para garantizar la aplicación del artículo 14 en la resolución de este caso, incluyendo por vía de la negociación y que proporcione informaciones sobre el particular. También solicita al Gobierno que informe la manera en que considera la propuesta de la comunidad indígena de Bancos, de que el Gobierno revise sus propios actos de titulación a favor de San Lucas para corregir la situación bajo examen. Asimismo solicita al Gobierno se sirva informar detalladamente sobre la manera en que el derecho interno da expresión a este artículo y en particular a la «ocupación tradicional» como fuente de derechos de propiedad y, si existen procedimientos adecuados en el sentido del artículo 14, 3, del Convenio. Además, constatando que existe una diferencia de valoración respecto de la adecuación de los procedimientos existentes al artículo 14 del Convenio y la duración de dichos procedimientos, la Comisión sugiere al Gobierno a que inicie consultas con los pueblos indígenas respecto de las modificaciones que podrían efectuarse para una mejor adecuación de dichos procedimientos al Convenio y que proporcione informaciones sobre las medidas adoptadas al respecto. Para terminar, la Comisión solicita al Gobierno que se sirva proporcionar informaciones sobre el cumplimiento que hubiera dado a las recomendaciones contenidas en el párrafo 45, apartado a) y apartado b), incisos i), ii) y iii)), de la reclamación referida especificando los puntos en que considera que ha cumplido con las recomendaciones y cuáles restan aún pendientes de cumplimiento”*. Ibid, pág. 743.

En su informe el Comité tripartito de la OIT señaló que las acciones de saneamiento de tierras solicitadas y las expropiaciones y concesiones para fines de explotación pueden afectar directamente los intereses de los pueblos indígenas, subrayando que el artículo 15 del Convenio N° 169 (derechos sobre recursos naturales) debe leerse en concordancia con los artículos 6 y 7 del Convenio (derecho a la consulta). Por ello, la CEACR solicitó al gobierno información sobre la adopción de medidas para garantizar el derecho a la consulta en forma previa al desarrollo de estas actividades extractivas en áreas tradicionalmente ocupadas por pueblos indígenas, así como garantizar su participación en los beneficios o compensación por daños causados¹³⁶.

Otra reclamación fue la presentada el 2004 por la Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres (CIOSL), referida a la comunidad indígena guaraní de *Tentayapi* del Departamento de Chuquisaca, con un territorio de 20.000 hectáreas, legalmente tituladas, donde una empresa petrolera (MAXUS-REPSOL) pretendía desarrollar actividades de exploración y explotación sin consulta ni aprobación de las comunidades. En su informe de 2005 la CEACR da cuenta que la empresa tuvo una reunión de información con la comunidad, pero que dicha reunión no satisface los

¹³⁶ En su informe el Consejo de Administración solicitó al Gobierno que: “a) *informe detalladamente a la Comisión de Expertos, sobre las medidas adoptadas o previstas para dar cumplimiento a las disposiciones del Convenio mencionadas en los párrafos anteriores; b) aplique plenamente el artículo 15 del Convenio y que considere establecer consultas en cada caso concreto, en especial cuando aquéllas afectan a extensiones de tierra como las tratadas en la presente reclamación, así como estudios de impacto ambiental, cultural, social y espiritual, conjuntamente con los pueblos concernidos, antes de autorizar actividades de exploración y explotación de los recursos naturales en áreas tradicionalmente ocupadas por pueblos indígenas; c) informe sobre el proceso de saneamiento en curso en las tierras comunitarias de origen y sobre el establecimiento o sostenimiento de procedimientos adecuados de consultas que deben llevarse a cabo antes de iniciar cualquier actividad de prospección y de explotación de los recursos naturales, tal como lo dispone el Convenio; d) informe sobre los avances alcanzados en la práctica con relación a las consultas a los pueblos interesados, en la medida de lo posible de su participación en los beneficios de las concesiones y su recepción de una indemnización equitativa por los daños que puedan experimentar como resultado de esa explotación; además, que preste especial atención en su memoria a la situación específica de las comunidades indígenas que sufrirían un mayor impacto por los efectos de las concesiones madereras dentro de sus territorios, y e) pidió a los reclamantes que informen a la Comisión de Expertos si harán uso del derecho de recurrir ante la Corte Suprema de Justicia, y si es el caso, que informe del resultado del mismo, y sobre el recurso incoado ante el Sistema de Regulación de Recursos Naturales Renovables (SIRENARE).” OIT, CEACR, 2004, disponible en línea <<http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/pdconvs2.pl?ost=status01&textbase=ilospa&document=7623&chapter=6&query=Bolivia40ref&highlight=&querytype=bool&context=0>>*

requerimientos del Convenio N° 169 en materia de consulta. Tales requerimientos implican, según la CEACR, el establecimiento de un diálogo genuino caracterizado por la comunicación y entendimiento, el respeto mutuo, y la buena fe, obligación que corresponde desarrollar a los gobiernos y no a las empresas privadas¹³⁷. Por lo mismo, constata la falta de consulta adecuada respecto de las concesiones forestales y de explotaciones de hidrocarburos, e insta al gobierno adoptar todas las medidas necesarias para dotarse de un mecanismo de consulta que responda a las disposiciones del Convenio.

Otro caso de interés en la región es el de Perú, donde las organizaciones de pueblos indígenas, entre ellas la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (AIDSESP) y la Coordinadora Nacional de Comunidades Afectadas por la Minería (CONACAMI), presentaron por intermedio de la Confederación General de Trabajadores del Perú el 2008 un informe en que hacen ver la situación de los pueblos indígenas en el Perú. En el informe se da cuenta de la existencia de legislación interna que establece distintas categorías para referirse a los pueblos indígenas, incluyendo la de comunidades nativas, campesinas, o pueblos indígenas, que resultan en diferentes grados de aplicación del Convenio en relación a ellas. Como consecuencia de esto se habrían visto perjudicadas las comunidades campesinas de la costa y de la sierra del país.

La Comisión constató el 2009 esta realidad -que genera confusión y dificulta la aplicación del Convenio- y señaló que, en la medida en que las comunidades campesinas reúnen los requisitos del artículo 1, párrafo 1 del Convenio, deben gozar de la protección integral del mismo

¹³⁷ En el informe el CEACR sostiene que: “*Los artículos 6, 7 y 15 del Convenio establecen, entre otros criterios aplicables a este tipo de consulta que la misma constituye un proceso y no un acto informativo, con un tipo de procedimiento y con la finalidad de llegar a un acuerdo con los pueblos afectados, y en el caso de recursos naturales hay además otras exigencias. Como ya lo estableciera el Consejo de Administración en su informe sobre otra reclamación (documento GB 282/14/2, párrafo 38) «el concepto de la consulta a las comunidades indígenas que pueden resultar afectadas con motivo de la exploración o explotación de los recursos naturales comporta el establecimiento de un diálogo genuino entre ambas partes caracterizado por la comunicación y el entendimiento, el respeto mutuo y la buena fe, con el deseo sincero de llegar a un acuerdo común. Una reunión de mera información no se puede considerar en conformidad con lo dispuesto con el Convenio».* Además, la Comisión hace notar que la obligación de asegurar que las consultas tengan lugar de manera compatible con los requisitos establecidos en el Convenio, es una obligación a cargo de los gobiernos y no de personas o empresas privadas”. CEACR; 2005, disponible en: <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/pdconvs2.pl?host=status01&textbase=ilospa&document=8248&chapter=6&query=Bolivia40ref&highlight=&querytype=bool&content=0>

independientemente de las similitudes con otras comunidades o de su definición. Finalmente, solicita al gobierno la adopción, con la participación de los pueblos indígenas, de un criterio unificado sobre estos pueblos, que ponga fin a la confusión y permita que todos ellos queden cubiertos y gocen los derechos del Convenio N° 169 en igualdad de condiciones¹³⁸.

Cabe hacer referencia, por último, al esfuerzo desarrollado por los órganos de supervisión de la OIT de interpretar el sentido y alcance de disposiciones del Convenio en general. Un ejemplo de ello son las recientes observaciones del CEACR relativas a la necesidad de que los gobiernos, con la participación de los pueblos indígenas, establezcan mecanismos apropiados de consulta con las instituciones representativas de estos pueblos. Así, en su informe de 2009 la CEACR señalaba al respecto:

En relación a las consultas, la Comisión toma nota de dos desafíos fundamentales: i) garantizar que se realicen consultas apropiadas antes de adoptar todas las medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectar directamente a pueblos indígenas y tribales; y ii) incluir disposiciones en la legislación que requieran consultas previas como parte del proceso en el que se determina si se otorgarán concesiones para la explotación y exploración de recursos naturales. La forma y el contenido de los procedimientos y mecanismos de consulta tienen que permitir la plena expresión — con suficiente antelación y sobre la base del entendimiento pleno de las cuestiones planteadas — de las opiniones de los pueblos interesados a fin de que puedan influir en los resultados y se pueda lograr un consenso, y para que estas consultas se lleven a cabo de una manera que resulte aceptable para todas las partes. Si se

¹³⁸ La CEACR señala en su informe 2009 sobre el particular. “La Comisión reitera que el concepto de pueblo es más amplio que el de comunidad y las engloba y que, cualquiera sea su denominación, no debe haber ninguna diferencia a efectos de la aplicación del Convenio, en la medida en que las comunidades denominadas nativas, campesinas u otras estén comprendidas en el artículo 1, párrafo 1, a) o b), del Convenio, en cuyo caso corresponde aplicarles por igual todas las disposiciones del Convenio. Esto no significa que no se pueden desarrollar acciones diferenciadas para atender necesidades específicas de ciertos grupos como por ejemplo las comunidades no contactadas o en aislamiento voluntario. La Comisión señala una vez más a la atención del Gobierno que las variadas denominaciones y tratamiento legislativo genera confusión y dificulta la aplicación del Convenio. En consecuencia, la Comisión solicita nuevamente al Gobierno que proporcione, en consulta con las instituciones representativas de los pueblos indígenas, un criterio unificado sobre los pueblos susceptibles de ser cubiertos por el Convenio, que ponga fin a la confusión resultante de las varias definiciones y términos y a proporcionar informaciones sobre el particular. Además, insta al Gobierno a que tome las medidas necesarias para garantizar que todos quienes estén comprendidos en el artículo 1 del Convenio queden cubiertos por todas sus disposiciones y gocen de los derechos contenidos en el mismo en igualdad de condiciones, y a proporcionar informaciones sobre el particular.” CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO; CREACR; 2009, p. 746.

cumplen estos requisitos, las consultas pueden ser un instrumento de diálogo auténtico, de cohesión social y desempeñar un papel decisivo en la prevención y resolución de conflictos”¹³⁹.

Como puede apreciarse a partir de los antecedentes expuestos, tanto la interpretación emanada de los órganos de supervisión de la OIT como la jurisprudencia del sistema interamericano reconocen los derechos políticos, económicos y culturales de los Pueblos Indígenas, con particular énfasis en sus derechos territoriales. Esto en consideración de la estrecha relación que ellos mantienen con sus tierras y que permite afirmar que su permanencia como pueblos diferenciados depende del ejercicio de esos derechos.

A continuación revisaremos algunos de los ejemplos que nos ofrece el derecho comparado en la aplicación del Convenio.

2. La aplicación del Convenio N° 169 en la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) ha recibido un número creciente de casos relativos a la protección de los derechos indígenas sobre sus tierras y sus recursos naturales, fundados principalmente en la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José, y ha reconocido el derecho de propiedad ancestral de los pueblos indígenas sobre sus tierras fundado en el uso inmemorial de las mismas, extendiendo el amparo a través del derecho de propiedad a los recursos naturales que guarnecen en ese territorio y que le dan sustentabilidad ambiental y productiva. A continuación revisaremos los principales aspectos de este desarrollo jurisprudencial, que comienza protegiendo sólo derechos individuales, para luego garantizar mediante una interpretación evolutiva de los mismos, los derechos colectivos de los pueblos indígenas, para finalmente invocar directamente aquellos reconocidos en la Declaración de Derechos Indígenas.

¹³⁹ Conferencia Internacional del Trabajo, *op.cit*, 2009, pág. 731.

En 1970, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos conoció el caso de los *Guahibos* en Colombia y argumentando sobre la base del derecho de propiedad, reconocido en la Convención Americana de Derechos Humanos, se refirió a la obligación de los Estados de proteger las tierras indígenas. En 1985, la misma Comisión emitió una resolución que favoreció la demanda de los *Yanomani* del Noroeste de Brasil y recomendó al Estado brasileño que delimite y demarque el Parque Yanomani, cuya superficie excedía los 9 millones de hectáreas de bosque amazónico. La resolución se fundó en el derecho a la vida, a la libertad, a la residencia y al tránsito, a la salud y al bienestar, reconocidos en la Declaración Americana de Derechos Humanos, toda vez que en este caso Brasil no había ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos, lo que no hacía posible fundar la resolución en las normas de dicho instrumento y, por tanto, en el derecho de propiedad.

En el año 2001, la Corte Interamericana acogió una reclamación interpuesta por la comunidad Mayagna (Sumo) *Awás Tingni* en contra del Estado de Nicaragua. El caso se originó en una petición hecha a la Comisión en 1995, donde se alegó que el Estado de Nicaragua no había adoptado las medidas necesarias para asegurar el derecho a la tierra de las comunidades indígenas reclamantes, y que por el contrario, había comprometido este derecho al otorgar una concesión forestal para explotación de madera en sus territorios ancestrales. El fallo de la Corte Interamericana dejó establecido en sus considerandos el valor de la propiedad comunal de los pueblos indígenas a la luz del artículo 21 de la Convención Americana, que protege el derecho de propiedad; la validez de la posesión de la tierra basada en la costumbre indígena, aún a falta de título, para que se le reconozca la propiedad sobre ellas; y la necesidad de que la estrecha relación que los indígenas tienen con sus tierras sea reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. La Corte Interamericana, en el caso en análisis, ha reconocido el derecho de propiedad ancestral indígena y le ha otorgado preeminencia incluso respecto del derecho positivo, para resguardar los intereses indígenas sobre sus tierras y recursos naturales en los territorios de origen.

En el año 2005 la misma Corte Interamericana, caso *Yakye Axa con Paraguay*, estableció que los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio que el tradicional concepto de

propiedad, el cual está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida.

*La propiedad sobre la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio cultural... Al desconocerse el derecho ancestral de los miembros de las comunidades indígenas sobre sus territorios, se podría estar afectando otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros.*¹⁴⁰

El fallo concluye que los miembros de la Comunidad *Yakye Axa* viven en condiciones de miseria extrema como consecuencia de la falta de tierra y acceso a recursos naturales, y que a consecuencia de ello ven imposibilitado el acceso a una vivienda adecuada dotada de los servicios básicos mínimos, así como a agua limpia y servicios sanitarios, lo que constituye una infracción por parte del Estado de Paraguay a la luz de los derechos garantizados por la Convención¹⁴¹.

En la sentencia pronunciada en el año 2006, en el caso de la *Comunidad Sawhoyamaxa contra el Estado de Paraguay*, la Corte Interamericana reconoce que la estrecha vinculación de los integrantes de los pueblos indígenas con sus tierras tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporeales que se desprendan de ellos, son salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana¹⁴². La cultura de los miembros de las comunidades indígenas –sentencia la Corte- corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus tierras tradicionales y recursos naturales, no solo por ser éstos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural¹⁴³.

¹⁴⁰ CORTE INTERAMERICANA, *Caso Yakye Axa vs Paraguay*, párr. 146 y 147.

¹⁴¹ CORTE INTERAMERICANA, *Caso Yakye Axa vs Paraguay*, párr. 164.

¹⁴² CORTE INTERAMERICANA, *Caso Yakye Axa vs Paraguay*; párr. 149; *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni*, párr. 137.

¹⁴³ CORTE INTERAMERICANA, *Caso Yakye Axa vs Paraguay*, párr. 135.

La Corte ha reconocido que la protección al derecho de propiedad en el sistema interamericano, incluye la propiedad comunal de los indígenas sobre sus tierras y territorios ancestrales y sus recursos naturales. Señala la Corte que "[d]esconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección del artículo 21 de la Convención para millones de personas"¹⁴⁴ y poner en jaque su propia supervivencia como pueblos organizados. La incorporación de esta normativa al derecho interno hace extensible esta jurisprudencia y línea de interpretación al ámbito doméstico, argumento que será profundizado al final de este trabajo¹⁴⁵.

En abril del 2008, en el caso *Saramaka con. Surinam*, la Corte Interamericana siguiendo la jurisprudencia sentada en los casos precedentes determinó que la Convención Americana reconoce el derecho de los miembros del pueblo *Saramaka* al uso y goce de su propiedad de conformidad con su sistema de propiedad comunal. Sin embargo, estableció que en el evento de que el Estado mantenga la facultad de otorgar concesiones sobre recursos naturales existentes en territorios indígenas se deben resguardar los siguientes estándares:

- La participación efectiva de los pueblos indígenas en los planes de inversión o desarrollo.
- Beneficios razonables para los pueblos indígenas.

¹⁴⁴ CORTE INTERAMERICANA, , *Caso Sawhoyamaya vs Paraguay*, párr. 120.

¹⁴⁵ En el caso chileno, por aplicación del artículo 5 inciso 2 de la Constitución Política de la República, los tratados de derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes se entienden incorporados al texto constitucional. La Corte Suprema chilena aplicando esta normativa ha hecho suya la doctrina de que los derechos humanos se entienden incorporados al bloque de constitucionalidad (Sentencia de la Excm. Corte Suprema de fecha 26 de octubre de 1995, considerando 14°. Sentencia de la Excm. Corte Suprema, Rol N° 469-98, de fecha 9 de septiembre de 1998, citado por Cea Egaña, José Luis, *Derecho constitucional chileno*, Tomo I, Editorial Jurídica. Pág. 236). Asimismo, ha establecido que la interpretación de las normas de derechos humanos en el ámbito doméstico debe ceñirse a la jurisprudencia de los órganos internacionales llamados a aplicarlos. En efecto, la Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de fecha 5 de enero de 2004, ha considerado como interpretación fidedigna y suprema de la Convención Americana de Derechos Humanos, aquella emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la que asume como parámetro interpretativo de las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos (ver NOGUERIA, Humberto , *Una senda que merece ser transitada: la Sentencia Definitiva de Casación de la Quinta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago*, Rol N° 11.821-2003, Caso Miguel Ángel Sandoval Rodríguez, *Revista Ius el Praxis*, año 9 N° 2, pp. 235 y 236, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca, Chile).

- Estudios de impacto ambiental y social técnicos e independientes.

En una interpretación progresiva de las normas de la Convención, a la luz del Convenio N° 169 y de la Declaración de Derechos Indígenas (NN.UU., 2007), la Corte analiza los derechos de participación efectiva de los pueblos indígenas en los planes de inversión o desarrollo que se ejecuten en sus territorios. Dispone, que les asiste a los pueblos indígenas el derecho de consulta previa, el que debe ser garantizado como un proceso comunicativo continuo que los Estados están obligados a cumplir antes de cualquier concesión.

La Corte reconoce el derecho de los pueblos indígenas al consentimiento, previo, libre e informado en los casos de planes de desarrollo o inversión de gran escala, que tienen el carácter de *megaproyectos*, elevando en este caso el estándar de consulta consagrado en el Convenio al de consentimiento previo (derecho a veto).

IV La aplicación del Convenio N° 169 en el derecho comparado*

Raquel YRIGOYEN habla del “*horizonte pluralista*” para referirse al nuevo modelo de gestión de la multiculturalidad presente en los estados latinoamericanos que generó múltiples readecuaciones legislativas de la última década del siglo XX¹⁴⁶. Éste, pretende superar los viejos paradigmas de asimilación y colonización con los que se había abordado la diversidad en años anteriores, reconociendo ahora a los pueblos indígenas como sujetos de derechos colectivos. Catalizador esencial de estas reformas en América Latina, fue el Convenio N° 169 de la OIT.

En el presente capítulo se hará una somera revisión a la forma en que se ha implementado y aplicado el Convenio N° 169 en Colombia, México, Perú y Ecuador, países todos que acompañaron la ratificación del Convenio con sendas reformas constitucionales en las que se admitía, de una forma u otra, el carácter multicultural del Estado, y que presentan disímiles experiencias.

Dos advertencias antes empezar. Primero, que la exigüidad o abundancia que en cada caso se aprecie, debe servir como recordatorio de que la entrada en vigencia del Convenio en Chile no es sino el principio de la discusión. Segundo, notar que en muchos casos han sido los tribunales superiores (tanto ordinarios como constitucionales) los que, en virtud de su mandato de protección de los derechos fundamentales, han dado fuerza normativa a las disposiciones del Convenio, muchas veces ampliando y no pocas contradiciendo leyes internas. Esta última forma de implementación dista mucho de ser un escenario ideal, pues implica la existencia de situaciones de vulneración de derechos, lo que es especialmente grave considerando los problemas de acceso a la justicia de los pueblos originarios en nuestro país.

* Por Cristóbal CARMONA, abogado del Área Jurídica del Observatorio Ciudadano e Investigador del Programa de Antropología Jurídica e Interculturalidad (PRANJU), de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

¹⁴⁶ YRIGOYEN, Raquel, *Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos*, en *El otro derecho*, ILSA, N° 30, diciembre 2003, 172 y ss.

1. Colombia

a) Cuestiones preliminares

El Convenio N° 169 de la OIT fue ratificado en Colombia por la Ley N° 21 de 1991. De acuerdo a los artículos 53 inciso 4° de la Constitución Política de la República de Colombia (CPRC) de 1991—referido principalmente a los tratados internacionales relativos a materias laborales- y 93 inciso 1° de la misma -que establece la jerarquía particular de los tratados de derechos humanos-, el Convenio tiene rango Constitucional. Esto se encuadra, por lo demás, con el hecho no menor de que la propia CPRC prescribe el reconocimiento y deber de protección del Estado para con la diversidad étnica y cultural de la Nación (Art. 7), así como una serie de artículos repartidos a lo largo de la Constitución referidos a los derechos de los pueblos indígenas (consulta, jurisdicción, entre otros).

Colombia es quizás el país latinoamericano donde mayor aplicación se le ha dado al Convenio, y se puede deducir que ello se basa en la jerarquía constitucional de que goza en virtud de las normas constitucionales citadas, debiendo ser objeto del máximo respeto y obediencia por ubicarse en la cúspide de la pirámide normativa. Sin embargo, la conclusión no es tan fácil; no hay que olvidar que los derechos fundamentales consagrados en el Convenio N° 169, al establecer regímenes especiales culturales y territoriales, son especialmente antagónicos con las políticas económicas neoliberales desplegadas por parte de la mayoría de las repúblicas latinoamericanas desde fines de la década de los 80. Si a esto se agrega que en nuestra región los gobiernos suelen privilegiar esta última esfera antes que la protección de los derechos de los pueblos indígenas, entonces se hace necesario buscar en otros cuerpos legales el eje que hace posible la aplicabilidad mencionada. La respuesta, a mi parecer, se encuentra en la consistente interpretación y aplicación que ha hecho de estos derechos la Corte Constitucional colombiana, para muchos, uno de los ejemplos más ilustres de la llamada Justicia Constitucional en el mundo¹⁴⁷.

¹⁴⁷ Cfr. ZAPATA LARRAÍN, Patricio, *Justicia Constitucional. Teoría y práctica en el derecho chileno y comparado*, Editorial Jurídica de Chile, 2008, Santiago, pág. 56.

Creada por la CPRC de 1991, ésta “*le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución*”¹⁴⁸. Su desarrollo jurisprudencial en materia indígena se ha dado particularmente mediante la revisión de las decisiones de los tribunales de justicia respecto de la “*acción de tutela*” –una especie de Recurso de Protección colombiano- la que busca proteger los derechos fundamentales consagrados en la Constitución. Coherentemente, la Corte Constitucional ha llegado a afirmar en más de una oportunidad que las prerrogativas contenidas en el Convenio pasan a formar parte del “*bloque de constitucionalidad*”, esto es, aquel conjunto de derechos fundamentales que sirven de límite al poder del Estado¹⁴⁹.

A continuación revisaremos la aplicación que esta Corte ha hecho de los derechos del Convenio, en la convicción que ello representa un buen ejemplo acerca de qué tipo de argumentaciones se pueden aducir (*mutatis mutandis*) en Chile para lograr la aplicación de los preceptos del Convenio¹⁵⁰.

b) Aplicación

Desde su creación en los años noventa, la Corte Constitucional colombiana ha desarrollado una amplia labor jurisprudencial referida a la protección de los derechos de los pueblos indígenas. En ella frecuentemente se intersectan, reinterpretan y apoyan las normas constitucionales con diversos tratados internacionales de derechos humanos; de ellos, como es obvio por la idoneidad de su objeto, el más utilizado en el ámbito de los derechos fundamentales de pueblos indígenas es el Convenio N° 169. Por eso, en lo que sigue se hará un breve análisis de cómo la Corte Constitucional ha aplicado este tratado internacional, mediante resoluciones que han declarado inadmisibles leyes o decretos que lo contradicen, o han modificado interpretativamente normas constitucionales que lo limitan. Las sentencias que se usan en este apartado –salvo mención en contrario- son aquellas que en su

¹⁴⁸ Artículo 241 CPCC.

¹⁴⁹ *V. gr.*, sentencia SU-039/97

¹⁵⁰ Cabe señalar que en nuestro país los derechos fundamentales limitan el ejercicio de la soberanía estatal, por lo que el Convenio N° 169 de la OIT es parte del *bloque de constitucionalidad* chileno. Ahondaremos en esta cuestión en el último capítulo de este trabajo.

argumentación contienen referencia explícita al Convenio, aún cuando en algunas citas textuales que de ellas se hagan no aparezca mencionado el referido tratado.

i. Los Pueblos Indígenas como sujetos de derecho

De las muchas aristas que contiene el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas, hay pocas que causen más escozor en la sensibilidad liberal que el concepto de un sujeto colectivo¹⁵¹ -como los “pueblos”- al que, por extensión, le corresponderían derechos colectivos, aunque no necesariamente, como se infiere de ciertas propuestas de reforma constitucional en Chile¹⁵². Es por ello que siempre se intentó subsumir a los pueblos indígenas como meras asociaciones de particulares, cuyos lazos configurados reflexivamente son en esencia revisables, no constitutivos. Los individuos se unirían en pos de fines o intereses colectivos que serían los que, al fin y al cabo, determinarían los límites de esa unión. Desde esta perspectiva, bastaría el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos para garantizar los derechos de las minorías étnicas.

Sin embargo, como ha venido sosteniendo la literatura especializada y que ha sido asimilada por la normativa internacional pertinente, los pueblos indígenas no son subsumibles dentro de este tipo de categorías. Y esta ha sido la línea que ha seguido la Corte Constitucional, reconociendo como sujeto de derechos a los pueblos indígenas, que en nada se equiparan a otro tipo de asociaciones:

¹⁵¹ “Puestos en la Constitución, los derechos son una herramienta destinada a proteger a los individuos del poder. Al pensarlos colectivamente, lo que se hace es concentrar un poder frente a ciertos individuos: si esto es lo que se quiere hacer, es preferible no hablar de derechos.” SIERRA, Lucas, *La Constitución y los indígenas en Chile: Reconocimiento individual y no colectivo*, en *Revista Derecho y Humanidades*, N° 11, 2005, pág. 108.

¹⁵² Así por ejemplo, lo demuestra tristemente la indicación de S. E. la Presidenta de la República Michelle Bachelet al proyecto de reconocimiento constitucional que se está tramitando en el Senado:

“1) Reemplázase el artículo 4°, por el siguiente:

“Artículo 4°.- El Estado reconoce la existencia de los pueblos indígenas que habitan su territorio y el derecho de éstos a conservar, fortalecer y desarrollar su identidad, cultura, idiomas, instituciones y tradiciones y a participar en la vida económica, social, política y cultural del país en la forma que establece el orden jurídico nacional, derecho que será ejercido por las comunidades, organizaciones e integrantes de dichos pueblos.” Disponible en: http://sil.senado.cl/cgi-bin/index_eleg.pl?5522-07,1,,S, visitado el 03 de septiembre de 2009. De esta forma, si bien se reconoce la existencia de los pueblos indígenas, se les niega sus derechos colectivos, pues éstos solo podrían ser ejercido por las “comunidades, organizaciones e integrantes de dichos pueblos”. En otras palabras, los pueblos existen, pero no tienen derechos.

Las comunidades indígenas no se equiparan jurídicamente a una simple asociación. Son una realidad histórica, dinámica, caracterizada por elementos objetivos y subjetivos que no se reducen al animus societatis propio de las asociaciones civiles. Se nace indígena y se pertenece a una cultura, que se conserva o está en proceso de recuperación. La pertenencia a una comunidad indígena no surge de un acto espontáneo de la voluntad de dos o más personas. La conciencia de una identidad indígena o tribal es un criterio fundamental para la determinación de cuándo se está ante una comunidad indígena, de suerte que la mera intención de asociarse no genera este tipo de colectividad (D 2001 de 1988, art. 2o., Convenio N° 169 de la O.I.T. sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, aprobado por la Ley 21 de 1991, art. 1o. num. 2o.).¹⁵³

Como bien establece la Corte en este fallo, hay una distinción semántica esencial –comprendida en el Convenio- entre la “conciencia” de tener una identidad indígena o tribal determinada y la intención de “asociarse”, de modo tal que ésta última se encuentra casi en las antípodas de la anterior.

En el mismo sentido, la Corte ha enfatizado el proceso de *normativización* que produce la entrada en vigencia del Convenio y el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas, en tanto pasan de una mera realidad fáctica y legal a ser *sujeto* de derechos fundamentales. Este avance es significativo, y esto porque el dato básico de la diversidad ha existido siempre; lo que cambia son las lecturas que un agente –en este caso soberano- puede hacer de ellas y las subsecuentes posturas que adopta¹⁵⁴: desde el genocidio hasta el reconocimiento. De aquí se sigue que la defensa de la diversidad no puede ser abarcada con una actitud paternalista ni encontrarse mediada por los miembros de la comunidad, cuando es la propia colectividad la que se ve menoscabada en sus intereses vitales y debe, por ende, asumir ella misma su reivindicación y exhibir como detrimentos suyos los perjuicios o peligros que puedan afectar su integridad:

¹⁵³ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, T-254/94.

¹⁵⁴ En este sentido, Raquel IRIGOYEN distingue 5 momentos o políticas respecto de los pueblos colonizados: el proyecto de ocupación y sometimiento de naciones originarias en el siglo XVI; el proyecto de subordinación política y segregación colonial desde el siglo XVI hasta mediados del s. XIX; el proyecto asimilacionista de inicios de la República; el proyecto integracionista de mediados del s. XX; finalmente, el horizonte pluralista de finales del siglo XX, que es al que vendría a corresponder al Convenio N° 169. Cfr. YRIGOYEN, Raquel, *Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino*, en BERRAONDO, Mikel (Coord.), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Universidad de Deusto, 2006, Bilbao, pp. 538 – 561.

En este orden de ideas –dice la Corte-, no puede en verdad hablarse de protección de la diversidad étnica y cultural y de su reconocimiento, si no se otorga, en el plano constitucional, personería sustantiva a las diferentes comunidades indígenas que es lo único que les confiere estatus para gozar de los derechos fundamentales y exigir, por sí mismas, su protección cada vez que ellos les sean conculcados (CP art. 1, 7 y 14).¹⁵⁵

Francisco BALLÓN AGUIRRE dijo que la palabra que plantea el derecho fundamental de los pueblos ancestrales, es el verbo *existir*¹⁵⁶. A la luz de lo expuesto, se deduce que la interpretación de este enunciado no se agota en la mera prohibición de exterminio físico, ni tampoco en la de una asimilación simbólica; por el contrario, esta aseveración debe comprenderse ante todo como la necesidad ontológicamente precedente de que haya un sujeto del cual predicar la vulneración del derecho a la vida, y esto, claro, no como un simple enunciado fáctico, sino como pronunciamiento normativo. Es solo a partir de este reconocimiento, que se pueden derivar los restantes derechos consagrados en el Convenio.

ii. El derecho a la supervivencia cultural y a la integridad cultural

Ya mencionamos que en el artículo 7° de la CPRC se estipula el deber del Estado de proteger la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana. A partir de ello, es fácil colegir que los pueblos indígenas tienen un *derecho a la vida*, aunque entendido como el correlato colectivo de éste. Así, por lo demás, lo ha interpretado la Corte en su sentencia de 1993, T-380:

Entre otros derechos fundamentales, las comunidades indígenas son titulares del derecho fundamental a la subsistencia, el que se deduce directamente del derecho a la vida consagrado en el artículo 11 de la Constitución.

La cultura de las comunidades indígenas, en efecto, corresponde a una forma de vida que se condensa en un particular modo de ser y de actuar en el mundo, constituido a partir de

¹⁵⁵ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, T-380/93.

¹⁵⁶ BALLÓN AGUIRRE, Francisco, *Introducción al derecho de los pueblos indígenas*, en *Allpanchis*, N° 59, 2004, pág. 12.

valores, creencias, actitudes y conocimientos, que de ser cancelado o suprimido - y a ello puede llegarse si su medio ambiente sufre un deterioro severo -, induce a la desestabilización y a su eventual extinción. La prohibición de toda forma de desaparición forzada (CP art. 12) también se predica de las comunidades indígenas, quienes tienen un derecho fundamental a su integridad étnica, cultural y social.

Un sucinto examen de la cuestión, nos lleva a la conclusión que, en forma análoga al derecho a la vida en su versión individual y su dependencia del respeto a la integridad personal, es prácticamente imposible conjugar este derecho a la supervivencia cultural sin el derecho a la integridad étnica y cultural, a pervivir en su diferencia¹⁵⁷. Así, por ejemplo, se debe tener en cuenta la distinta noción de territorio que manejan los pueblos indígenas, y que funciona como contexto de reproducción cultural:

La Corte no ha dudado en reconocer, con base en las declaraciones constitucionales (C.P., artículos 58, 63 y 229) e internacionales respectivas (Convenio N° 169 O.I.T. [Ley 21 de 1991], artículos 13 a 19), que la propiedad colectiva que las comunidades indígenas ejercen sobre sus resguardos y territorios tiene el carácter de derecho fundamental, no sólo porque tales territorios constituyen su principal medio de subsistencia sino, también, porque forman parte de su cosmovisión y religiosidad.¹⁵⁸

Es justamente esta *alteridad*, esta diferencia que siempre se intentó subyugar, la que ahora debe ser respetada y protegida de amenazas externas. Ahora bien, acá surge la inevitable tensión dialéctica –*tensión esencial* entre paradigmas, usando la terminología de T.S. Kuhn-, entre la comunidad y el individuo. Uno de los ejemplos paradigmáticos en que se evidencia dicha polaridad, es en el caso de la jurisdicción indígena contemplada en la Constitución en su artículo 246:

ARTICULO 246. Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.

¹⁵⁷ “El reconocimiento de la diversidad étnica y cultural en la Constitución supone la aceptación de la alteridad ligada a la aceptación de multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental.” (T-428/92)

¹⁵⁸ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, SU-510/98.

El límite establecido para el desarrollo del derecho propio, es la “*Constitución y las leyes*”. Sin embargo, como con posterioridad lo establecerá de manera detallada la ya clásica sentencia T-349/96¹⁵⁹, la Corte Constitucional en su sentencia T-254/94 reinterpreto dichos preceptos, en el sentido de que los límites a la jurisdicción de los pueblos indígenas deben estar dados por preceptos mínimos, cuales son, los derechos fundamentales de la persona humana. Esta argumentación se apoya en los artículos 8.2 y 9.1 del Convenio:

La plena vigencia de los derechos fundamentales constitucionales en los territorios indígenas como límite al principio de diversidad étnica y constitucional es acogido en el plano del derecho internacional, particularmente en lo que tiene que ver con los derechos humanos como código universal de convivencia y diálogo entre las culturas y naciones, presupuesto de la paz, de la justicia, de la libertad y de la prosperidad de todos los pueblos. En este sentido, el Convenio N° 169 de la O.I.T., sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, aprobado por el Congreso mediante Ley 21 de 1991 (...) [cita al efecto los artículos 8 y 9 en todos sus numerales].

Finalmente, es importante señalar que esta argumentación pluralista es plenamente aplicable al contexto normativo nacional, especialmente considerando lo dispuesto por la Ley indígena (19.253) en sus artículos 7° y 54°. El primero, en tanto diagrama límites para la manifestación de la costumbre y el derecho propio indígena, a saber, “*la moral, las buenas costumbres y el orden público*”; y el segundo, dada la similitud que éste tiene con el artículo de la Constitución colombiana, en cuanto circunscribe el valor de la costumbre indígena a que “*no sea incompatible con la Constitución Política de la República*”. Ambos, entonces, debiesen leerse de acuerdo a los límites contemplados en el artículo 8.2 del Convenio: derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional y los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

¹⁵⁹ “*Interesa aquí, particularmente, el estudio de los límites que se fijan para el ejercicio de las facultades jurisdiccionales conferidas de manera potestativa a las autoridades de las comunidades indígenas, a la luz del principio de la diversidad cultural, pues si bien la Constitución se refiere de manera general a “la Constitución y la ley” como parámetros de restricción, resulta claro que no puede tratarse de todas las normas constitucionales y legales; de lo contrario, el reconocimiento a la diversidad cultural no tendría más que un significado retórico. La determinación del texto constitucional tendrá que consultar entonces el principio de maximización de la autonomía que se había explicado anteriormente.*” (Considerando 2.3)

iii. Consulta Previa

La Consulta Previa como derecho fundamental

Como ha dicho Esther SÁNCHEZ, la consulta previa es un “*Derecho Fundamental de los grupos étnicos, por medio del cual ellos se manifiestan en un proceso participativo sobre los impactos y la conveniencia o inconveniencia de una medida, programa o proyecto*”¹⁶⁰. La consulta previa y la participación se entienden e interpretan a partir de la consagración de los pueblos indígenas como sujetos de derechos colectivos, y su derecho a la integridad cultural y sobre sus territorios y recursos naturales.

En Colombia, aparte de las normas establecidas en los artículos 6, 7 y 15 del Convenio, la consulta previa se rige por los artículos 2, 7, 40, 53, 93, 94, 93, 330 y 332 de la Constitución Política de la República de Colombia. Esta consagración constitucional trae importantes réditos a la hora de fundar alegaciones por violaciones de los derechos de los pueblos indígenas. Al estar incorporado como principio fundamental, la vulneración de derechos no solo representa un daño para el colectivo indígena sino también para la nación toda, dado “*el principio del respeto por el carácter multicultural de la nación colombiana consagrado en el artículo 7 Superior.*”¹⁶¹

El que se conjuguen ambos cuerpos normativos como *bloque de constitucionalidad* tiene a su vez el efecto de ampliar el derecho a consulta que establece la CPRC en su artículo 330 –referido específicamente a la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas- a otro tipo de ámbitos, no necesariamente envueltos en dicha tipificación constitucional:

(...) es más, de conformidad con lo previsto en el artículo 94 Constitucional la participación prevista en el artículo 330 es un desarrollo de la consulta previa establecida en el Convenio N°

¹⁶⁰ SANCHEZ, Esther, “Algunas reflexiones sobre la Consulta Previa en Colombia”, en *Consulta Previa. Principios, enfoque metodológico e instrumentalización. Experiencias compartidas y lecciones aprendidas*, PRANJU/ICANH, 2008, Bogotá, pág. 73.

¹⁶¹ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, T-652/98.

*169 de la OIT...Convenio que establece no sólo la consulta para casos de explotación sino también en los casos en que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarlos directamente; es decir, entre otros, antes de emprender cualquier actividad de exploración o explotación de minerales o de otros recursos naturales que se encuentran en los territorios de los grupos étnicos.*¹⁶²

Lo que establece el artículo 330 de la CPRC, entonces, es solo un *desarrollo* del tipo ideal de *consulta* contenido en el Convenio.

Cabe asimismo destacar la importancia que tiene el artículo 94 de la CPRC en la resolución de la Corte, en cuanto establece una cláusula de derechos implícitos, la que reconoce que aquellos otros derechos “*inherentes a la persona humanas*” y que no se encuentren dentro de los que se hace referencia en la CPRC o en los tratados internacionales, no deben entenderse como negados. Al respecto ahondó un fallo más o menos reciente de la Corte:

*De esta manera, la importancia del Convenio N° 169 de 1989 de la OIT y en especial del instrumento de consulta previa que se prevé en su artículo 6, radica particularmente no solo en que dicho proceso consultivo se surta de manera previa cuando quiera que se trate sobre la explotación de recursos naturales existentes en territorio, sino porque dicha consulta previa habrá de hacerse extensiva a todas aquellas decisiones administrativas y legislativas del Estado que afecten o involucren intereses propios de dichas minorías, aún cuando sean diferentes a lo señalado en el artículo 330 de la C.P., pues de esta manera se garantiza igualmente el derecho a su identidad. Así, la consulta previa que señala el Convenio N° 169 tendrá cabida respecto de todos aquellos casos que así se requiera y en los que se comprometan los intereses del pueblo indígena*¹⁶³.

Otro fallo esencial en esta materia es la sentencia SU-039 de 1997, que trata de una acción de tutela interpuesta por el Defensor del Pueblo en representación de integrantes de la comunidad indígena *U'wa* contra el Ministerio del Medio Ambiente y la Sociedad Occidental del Colombia Inc., por considerar que los demandados vulneraron los derechos de la comunidad al no efectuar de manera completa y seria el proceso de consulta previa establecido, ante la exploración de hidrocarburos dentro de su territorio. En su resolución la Corte resolvió que:

¹⁶² CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, SU-383/93.

¹⁶³ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, T-737/05.

(...)la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que pueden afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales (...) adquiere la connotación de derecho fundamental pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social...

También estableció criterios que hasta el día de hoy son tenidos en cuenta por la Corte, al fallar cuestiones relativas a la consulta:

a) Que la comunidad tenga un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, los mecanismos, procedimientos y actividades requeridas para ponerlos en ejecución.

b) Que igualmente la comunidad sea enterada e ilustrada sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos pueden llevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares.

c) Que se le de oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas pueda, mediante la convocación de sus integrantes o representantes valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que concierne a la defensa de sus intereses y, pronunciarse sobre la viabilidad del mismo. Se busca con lo anterior, que la comunidad tenga una participación activa y efectiva en la toma de decisiones que debe adoptar la autoridad, la cual en la medida de lo posible debe ser acordada o concertada. Cuando no sea posible el acuerdo o la concertación, la decisión de la autoridad debe estar desprovista de arbitrariedad y autoritarismo; en consecuencia debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena.

En este orden de cosas, revisaremos someramente una sentencia reciente de la Corte Constitucional (T-769/09), en donde ésta conoce de la impugnación de los procesos de consulta verificados frente a un *megaproyecto*, por cuanto aquellos habrían sido realizados con organizaciones indígenas carentes de representatividad¹⁶⁴. El fallo resulta además de suma importancia, por afirmar el

¹⁶⁴ El análisis de esta sentencia se basa en el resumen que de ella hizo la alumna en práctica Bárbara Brevis, a quien agradezco su dedicación en el trabajo, así como la excelencia y prolijidad del resultado.

derecho de los pueblos indígenas a contar con su consentimiento previo, libre e informado, ante proyectos que pudiesen tener un gran impacto en sus territorios.

En el año 2005, la compañía *Muriel Mining Corporation* suscribió un contrato de concesión denominado Mandé Norte, para la exploración y explotación de una mina, en los departamentos de Antioquia y Chocó. En virtud de esto, el Ministerio del Interior llevó a cabo una serie de consultas que, consecuentemente, se tradujeron en acuerdos con miembros de los pueblos indígenas afectados. Sin embargo, durante todas las etapas de la consulta, las comunidades rechazaron tanto el mecanismo de consulta como sus resultados, porque quienes los suscribieron carecían de la personería para representarlas y/o tomar decisiones en la materia. Finalmente, el año 2008 el proyecto comenzó a ejecutarse, con el ingreso de militares a los territorios indígenas para brindar protección en la exploración que realiza la empresa. Ante ello, se ejerció la acción de tutela con el objetivo de impugnar todo el procedimiento, aduciendo la ilegalidad de la consulta, principalmente por el hecho de que fuesen realizadas por líderes indígenas no representativos de las comunidades afectadas por el proyecto, y que el proyecto en cuestión genera un impacto ambiental perjudicial.

La Corte, sustentando el fallo en su copiosa jurisprudencia desarrollada referente a los temas indígenas, estimó que efectivamente

el proceso de consulta previa adelantado por el Ministerio del Interior y de Justicia, no tuvo en cuenta a todas las autoridades e instituciones representativas de las comunidades respectivas, constatándose que algunos de los participantes en la adopción del proyecto en cuestión, no se encontraban debidamente acreditados, ni autorizados.

Una cuestión que es importante subrayar de esta sentencia, es que viene a corregir el fallo de segunda instancia que acogía la defensa de los demandados, respecto de que la acción de tutela no era la vía idónea de impugnación para un caso como el que se ventilaba. En orden a ello, la Corte Constitucional estableció que, tratándose del derecho a consulta, además de la protección de la naturaleza, se veían afectados los derechos fundamentales, lo que justificaba la protección inmediata de

los mismos a través de la acción impetrada. Finalmente, en cuanto la exploración y explotación de los recursos naturales en los territorios de los nativos, la Corte puso énfasis en la importancia de buscar un equilibrio entre “*el desarrollo económico que necesita el país*” y “*la preservación ambiental*”, así como el deber de “*coordinarse con el inalienable respeto a los valores históricos, culturales y sociales de los grupos étnicos y de la población en general*”. En este orden de ideas, la Corte vincula lo anterior con el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Saramaka Vs. Surinam, especialmente con la necesidad de contar con el consentimiento libre, previo e informado de las comunidades indígenas, cada vez que se prevean proyectos de inversión que pudiesen tener un gran impacto sobre sus territorios; al respecto, dice la Corte Constitucional de Colombia:

Frente al consentimiento libre, informado y previo de las comunidades, según sus costumbres y tradiciones, en el caso bajo estudio se observa que el acta de protocolización verificada con algunas colectividades se ha asimilado a un simple trámite administrativo, en el cual la comunidad no ha tenido oportunidad de pronunciarse a fondo frente al proyecto que explorará y explotará minerales en su territorio ancestral. Así, se han venido desconociendo subreglas constitucionales, que son de obligatoria observancia en estos casos e involucran en la consulta previa los principios de buena fe y de consentimiento libre e informado, que deben gobernar el proceso.

En resumidas cuentas, la sentencia reafirma su jurisprudencia anterior, dejando meridianamente claro que no basta la realización de cualquier consulta, si no que ésta debe ceñirse a los estándares constitucionales e internacionales, los que por cierto incluyen el consentimiento previo, libre e informado.

A propósito de los reglamentos de implementación

En el año 1998, el gobierno colombiano dictó el Decreto N° 1320, por el cual intentó reglamentar la consulta previa. Sin embargo, el carácter restrictivo de dicho reglamento ha hecho que sea desestimado en foros tanto nacionales como internacionales, llegando incluso a ser declarado como inaplicable en algunos casos, por los tribunales de justicia. A continuación procederemos a un análisis

sucinto de los límites del decreto detectados por la jurisprudencia constitucional y los órganos de control de la OIT, que esperamos arrojará cierta luz sobre el alcance del derecho a consulta y los desafíos que presenta para el contexto chileno.

Al respecto, quizás una de las sentencias más importante sea la T-652 de 1998, que dictó la Corte Constitucional en respuesta a la acción promovida por el pueblo indígena *Embera-Katío* del Alto Sinú contra el Presidente de la República, los Ministros del Interior, Agricultura, Medio Ambiente, y Minas y Energía, además de la Alcaldía Municipal de Tierraalta y la Empresa Multipropósito Urrá S.A., por violación de sus derechos fundamentales a la supervivencia, a la integridad étnica, cultural, social y económica, a la participación y al debido proceso del pueblo. Se declaró inaplicable el Decreto 1320 en este caso, ordenando al Ministerio del Interior y del Medio ambiente de ello, por ser contrario no solo a la Constitución, sino también y principalmente al Convenio N° 169:

Por estas razones, por las irregularidades que se han presentado en el reconocimiento de las autoridades Embera (asunto que considerará esta Sala en aparte posterior), y porque aún no se ha iniciado la concertación del régimen aplicable al área de superposición del Parque Nacional Natural del Paramillo y los actuales resguardos, la aplicación del Decreto 1320 de 1998 a este proceso de consulta resultaría a todas luces contrario a la Constitución y a las normas incorporadas al derecho interno por medio de la Ley 21 de 1991 [es decir, el Convenio N° 169 de la OIT]¹⁶⁵.

Por otro lado, el Decreto ha sido objeto de reiteradas recomendaciones por parte de los órganos de fiscalización de la OIT, ya que no cumple con el estándar mínimo que consagra el Convenio. En efecto, diversas organizaciones presentaron reclamaciones a la OIT en el sentido de que el Decreto 1320 de 1998 se expidió sin recurrir a la consulta previa y que la consulta que la norma diseña no se ajusta a los dictados del Convenio N° 169. Estas reclamaciones resultaron con la aprobación, por parte del Consejo de Administración, de las recomendaciones de la Comisión de Expertos, las que coinciden en la necesidad de solicitarle al Gobierno “*que modificara el decreto núm. 1320 de 1998, que reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales renovables dentro de su territorio, para armonizarlo con el Convenio, en*

¹⁶⁵ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, T-652/98

*consultación y con la participación activa de los representantes de los pueblos indígenas de Colombia, en conformidad con lo dispuesto en el Convenio*¹⁶⁶.

Esto ha sido recordado por la Comisión en su informe del año 2009, refiriéndose a la denuncia que hizo la USO (Unión Sindical Obrera de la Industria del Petróleo) de que el Gobierno está violando las disposiciones del Convenio con respecto a los pueblos Emberá Katío y Dobida que habitan los resguardos de Pescadito y Chidima en el Municipio de Acandí:

*Decreto núm. 1320. La Comisión recuerda que en su 282.ª reunión (noviembre de 2001) el Consejo de Administración llegó a la conclusión, de que el proceso de consulta previa, tal como prevé el decreto núm. 1320, no está en conformidad con los artículos 2, 6, 7 y 15 del Convenio y pidió al Gobierno que modifique el decreto núm. 1320 de 1998 para ponerlo de conformidad con el Convenio, en consulta y con la participación activa de los representantes de los pueblos indígenas de Colombia, en conformidad con lo dispuesto en el Convenio (documento GB.282/14/3, párrafos 79 y 94). La Comisión lamenta que en 2008 el Gobierno aún no haya aplicado la recomendación del Consejo de Administración y lo insta a dar efecto a la misma y a proporcionar informaciones sobre las medidas adoptadas*¹⁶⁷.

En un movimiento similar al de su par colombiano, el 15 de septiembre del presente año, día en que entraba en vigencia en Chile el Convenio N° 169, el gobierno anunció la promulgación, previa toma de razón de Contraloría, de un reglamento para hacer operativo el deber de consulta estatal a los pueblos indígenas. Si bien se le presentó como transitorio, y su objeto primario es reglamentar la obligación de los órganos de la administración del Estado contemplada en el art. 34 de la Ley Indígena (19.253), el mismo establece –en su artículo 1, inciso 2°- que ésta se materializa en la consulta y participación de los pueblos indígenas consagradas en el artículo 6 N°1 letra a) y N° 2 y en el artículo 7 N°1 oración final, del Convenio N° 169 de la OIT. Más allá del verdadero oxímoron que significa equiparar las obligaciones del Convenio con el deber de “*escuchar y considerar*” a los pueblos indígenas del art. 34 de la Ley, basta una somera lectura de este reglamento, para darse cuenta de una serie de incongruencias y contradicciones respecto de los estándares básicos de consulta y participación

¹⁶⁶ Citado en OIT, *La aplicación del Convenio núm. 169 por tribunales nacionales e internacionales en América Latina. Una compilación de casos*, 2009, pág. 73.

¹⁶⁷ OIT, *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, 2009.

contemplados en el tratado de marras¹⁶⁸. Por ejemplo, a través del art. 4, hace *facultativo* el proceso de consulta a órganos como las Municipalidades y a las empresas públicas creadas por ley; peor aún, respecto de los proyectos de inversión a desarrollarse en tierras indígenas o áreas de desarrollo indígenas, el art. 5 circunscribe la consulta o participación a la contemplada en la respectiva normativa sectorial –en el caso del SEIA, al Título V del DS 95/2001 de SEGPRES-. Lo anterior, toda vez que para el Convenio el sujeto pasivo de sus obligaciones es el Estado, sin exclusión de ninguno de sus órganos. Asimismo, según lo estipulado en los artículos 14 y 21 del Reglamento, la consulta y la participación serían *mutuamente excluyentes*; ello, cuando para el Convenio la consulta está inextricablemente relacionada con la participación, de la cual aquella es su principal manifestación. En resumidas cuentas, los vicios de que adolece son similares al de su par colombiano, por su origen inconsulto y porque la reglamentación no se condice con los derechos consagrados a nivel internacional¹⁶⁹. Sin embargo, se debe notar que por más que se señalen dichos defectos por parte de los órganos de control de la OIT, o que incluso se invalide su aplicación en determinados casos por los tribunales de justicia, de ello no se sigue la caducidad del decreto; por ende, es deber de los pueblos indígenas y de los actores de la sociedad civil asegurar su transitoriedad, de modo que se logre finalmente un mecanismo de consulta coherente con los estándares internacionales en la materia, y que se impida la judicialización de los conflictos, más aún considerando los problemas de acceso a la justicia que hay en Chile para los pueblos indígenas.

2. México

a) Antecedentes generales

México fue el segundo país en ratificar el Convenio (1991), y poco después de esto fue enmendada la Constitución para reconocer la naturaleza multiétnica y pluralista de la Nación. En virtud

¹⁶⁸ Un análisis sobre el contenido de dicho reglamento a la luz del estándar internacional de derechos de pueblos indígenas y el Convenio N° 169 de la OIT en MEZA-LOPEHANDÍA, Matías, *El reglamento sobre consulta a pueblos indígenas propuesto por el Gobierno de Chile, la buena fe y el derechos internacional de los Derechos Humanos*, en línea, formato pdf, disponible en <<http://www.observatorio.cl/wp-content/uploads/2009/09/Reglamento-sobre-consulta-inconsulto-+NYF-2a-ed.pdf>>.

¹⁶⁹ El tema volverá a ser tratado al final de este trabajo.

del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), los tratados tienen fuerza de ley desde su ratificación, formando junto a la Constitución y las leyes del Congreso de la Unión lo que se conoce como “*ley suprema de toda la Unión*” Los jueces de cada Estado deben atenerse a lo dispuesto en estos instrumentos “*a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los Estados*”. . Al respecto, la Corte Suprema de Justicia en su interpretación del art. 133 ha establecido que “*los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal y del local*”¹⁷⁰.

b) Aplicación

La consulta

Los primeros años de aplicación del Convenio estuvieron marcados por el conflicto de Chiapas, donde a pesar de las reiteradas observaciones de los órganos de la OIT, el Estado fue especialmente poco riguroso en el cumplimiento de las mismas¹⁷¹.

Entre los diversos conflictos que se han suscitado con los pueblos indígenas en la aplicación el Convenio, muchos han tenido que ver con la aplicación de la consulta. Así, por ejemplo, en el año 2002 la Coordinadora de Pueblos Indígenas del Istmo, a través de un sindicato afiliado a la OIT (la STIMAHCS), presentó una reclamación ante el Consejo de Administración, planteando que en la construcción de la llamada *Supercarretera Oaxaca-Istmo-Huatulco*, no se había respetado la consulta que establece el Convenio N° 169. En el año 2006, el Consejo de Administración, considerando las sugerencias hechas al respecto por el Comité designado para examinar la reclamación, decidió que se:

¹⁷⁰ Citado en LASTRA, José Manuel, *El convenio 169 en la legislación mexicana: Impacto y perspectivas*, en Revista Letras Jurídicas, N° 15, enero 2007, p. 9.

¹⁷¹ “*La Comisión se refiere a su observación y señala las muchas denuncias de violaciones de los derechos humanos en perjuicio de personas indígenas en la región de Chiapas, incluyendo ejecuciones extrajudiciales, torturas, asesinatos políticos, desapariciones y homicidios. Solicita al Gobierno proporcionar información detallada sobre la situación de las comunidades indígenas en esa región, y sobre las medidas que se piensan tomar en vista de dicha situación*”. En *Actas Provisionales*, N° 24, Conferencia Internacional del Trabajo, Sesión 82ª, Ginebra, 1995, págs. 12-121.

f) solicite al Gobierno que adopte todas las medidas necesarias para subsanar la situación que dio origen a la reclamación, incluyendo el establecimiento -en consulta con los pueblos indígenas- de mecanismos eficaces de consulta y participación en los proyectos, planes y programas de desarrollo a fin de garantizar que éstos sean verdaderamente incluyentes, facilitando su acceso mediante su amplia difusión y desplegando esfuerzos para crear un clima de confianza con los pueblos indígenas que propicie un diálogo¹⁷².

Ya podemos empezar a colegir cómo el tema de la consulta y la participación, es donde se articula más intensamente la polaridad Pueblos Indígenas/Estado, ya que representa, tanto el mayor anhelo como lo particularmente resistido. Esto se explica por su inextricable conexión con el afán autonómico indígena y, por que supone la injerencia indígena sobre materias, programas y políticas públicas en las que el gobierno siempre ha resguardado con celo su monopolio.,

Participación política

Respecto del derecho de participación política de los pueblos indígenas existen dos sentencias muy interesantes que sirven para dar luz sobre la cuestión.

En el caso “*Herminio Quiñones Osorio y otro c/LVII Legislatura de Estado de Oaxaca y otro*”, SUP-JRC-152/99, los representantes de una comunidad indígena del estado de Oaxaca buscaban la convalidación de una elección de concejales realizada de acuerdo a normas del derecho consuetudinario indígena y que había sido impugnada por la Legislatura del Estado. En la sentencia, el Tribunal Electoral accedió a los requerimientos de los representantes de la comunidad, reconociendo

¹⁷² OIT, *RECLAMACIÓN (artículo 24) - 2002 - MÉXICO – C169, Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por México del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (N° 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Sindicato de Trabajadores de la Industria Metálica, Acero, Hierro, Conexos y Similares (STIMAHCS)*. En <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/newcountryframeS.htm>, visitado el 24 de septiembre de 2009. Teniendo como base dicha reclamación, Elisa Cruz propuso algunos mecanismos de consulta a los pueblos indígenas. CRUZ, Eliza, “Mecanismos de consulta a los pueblos indígenas en el marco del Convenio N° 169 e la OIT: El caso mexicano, en *Consulta Previa. Principios, enfoque metodológico e instrumentalización. Experiencias compartidas y lecciones aprendidas*, Op. Cit., págs. 101-119.

los derechos políticos - electorales que tenían para elegir autoridades municipales de acuerdo a su derecho consuetudinario y ,consecuentemente, el derecho a reclamar a la justicia electoral cuando ellos hubiesen sido violados. Este fallo, además de normas de derecho interno como la Constitución Federal y la del Estado de Oaxaca, hizo explícita referencia –aunque quizás de una forma general- al Convenio N° 169 de la OIT.

El otro caso es “*Joel Cruz Chávez y otros c/Quincuagésima Novena Legislatura del Estado de Oaxaca y otros*”, SUP-JDC-11/2007. Se trata de un juicio contra las autoridades del estado de Oaxaca por la ausencia de convocatoria a elecciones en un municipio indígena, por cuanto se les habían suspendido sus derechos electorales por cinco años, impidiendo que la comunidad pudiera elegir a sus propias autoridades. El caso es interesante porque, aparte de un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, el tribunal utilizó los derechos consagrados en el Convenio para subsanar los defectos que las mismas reclamaciones tenían. Lo que hace la magistratura es reinterpretar y suplir ciertos requisitos legales (objeto y plazo) a través de “*medidas especiales*”, pues en el caso en comento se encontraban formalmente incumplidos, de manera tal que, si se hubiere seguido una lectura monista de la ley, la alegación efectuada por la comunidad hubiese sido desestimada por vicios de forma.

Así, el tribunal razona en virtud de una interpretación armónica de las normas constitucionales atingentes, del Convenio N° 169 -citando los artículos 2, 4.1, y 12 , que, como ya vimos, forman parte de la “*ley suprema de la Unión*”-, y la Convención Americana de Derechos Humanos, argumentando que:

...esta Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación está en aptitud no sólo de suplir la deficiencia en los motivos de inconformidad, en términos del artículo 23, apartado 1 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, sino de corregir cualquier tipo de defecto o insuficiencia del escrito de demanda, como por ejemplo, determinar con base en los elementos existentes en autos o los que en su caso se requieran, el acto que realmente causa agravio a la parte actora, aun cuando dicho acto no se señale explícitamente en el escrito de demanda, y actuar en consecuencia, sin más limitaciones que las derivadas de los principios de congruencia y de contradicción inherentes a todo proceso jurisdiccional.

En función de lo anterior, es indispensable la adopción o implementación de medidas especiales que permitan a las colectividades indígenas, en condiciones de igualdad real con respecto de los demás, la tutela judicial completa y efectiva de sus intereses,

para lo cual se torna necesario eliminar los obstáculos fácticos que imposibiliten o inhiban en cualquier forma el acceso a los tribunales de justicia y el dictado de resoluciones prontas, completas e imparciales (...) Tales medidas especiales deben ser idóneas, objetivas y proporcionales para la consecución del fin a saber, la eliminación del obstáculo o barrera que se advierta y, en última instancia, a que los indígenas consigan un acceso real, efectivo, a la jurisdicción estatal.

Por tanto, los órganos del Estado deberán proveer las medidas de corrección o compensación necesarias para asegurar a los sujetos indígenas, que sufren desigualdades de hecho, su acceso a los derechos fundamentales. Ello se vería refrendado, además, por el mandato contenido en el art. 8.1 del Convenio, en el sentido de que el órgano jurisdiccional competente en litigios donde participen comunidades indígenas, tiene una obligación de interpretar las disposiciones constitucionales y legales en materia procesal “*con especial consideración de las normas consuetudinarias indígenas del caso y de las particulares condiciones o cualidades culturales del pueblo o comunidad de que se trate*”¹⁷³.

Finalmente, con respecto al fondo del asunto, el tribunal estima que la decisión del municipio incumplió el deber de consulta contemplado en el artículo 6 del Convenio.

Como se ve, esta sentencia es fundamental por cuanto procura una interpretación armónica de diversas normas para dar peso y valor al concepto de “*medidas especiales*” contenidas en el art. 4.1 del Convenio, lo que permite salvar las faltas procesales en las que pueda incurrir una comunidad al momento de plantear la reclamación ante la negación de un derecho y, de esta manera, no transformar

¹⁷³ La sentencia se encuentra en OIT, *La aplicación del Convenio núm. 169 por tribunales nacionales e internacionales en América Latina. Una compilación de casos*, 2009, pág. 167-171.

cuestiones de forma como excusa de conocer los temas de fondo. O mejor, trasladando el concepto de violación de derechos a las mismas estructuras jurídico-procesales de la sociedad dominante.

3. Perú

a) Antecedentes generales

El Convenio N° 169 fue aprobado en Perú por el Congreso Constituyente Democrático (CCD) el 26 de noviembre de 1993, mediante Resolución Legislativa N° 26253, publicada el 05 de diciembre de 1993. El depósito (registro) internacional se hizo el 02 de febrero de 1994, adquiriendo por tanto vigencia desde el 02 de febrero de 1995. Tanto en virtud de la normativa vigente al momento de su ratificación (Constitución de 1979, artículo 105) como en la vigente en la actualidad (Constitución de 1993, artículo 55), y dada su condición de Tratado Internacional de Derechos Humanos, se entiende incorporado al ordenamiento con nivel constitucional según lo ha establecido el propio Tribunal Constitucional Peruano:

(...) debe destacarse que nuestro sistema de fuentes normativas reconoce que los tratados de derechos humanos sirven para interpretar los derechos y libertades reconocidos por la Constitución. Por lo tanto, tales tratados constituyen parámetro de constitucionalidad en materia de derechos y libertades (...) Asimismo, este Tribunal ha afirmado que los 'tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, ostentan rango constitucional'.¹⁷⁴

En este orden de cosas, dentro de las pocas sentencias en las que este tribunal se ha pronunciado sobre el Convenio N° 169, ha establecido no solo su jerarquía normativa, sino también su obligatoriedad:

(...) habiéndose aprobado el Convenio N° 169 mediante Resolución Legislativa N° 26253, publicada el 5 de diciembre de 1993, su contenido pasa a ser parte del derecho nacional, tal como lo explicita el artículo 55 de la Constitución, siendo además obligatoria su aplicación por todas las entidades estatales. Por consiguiente, en virtud del artículo V del título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el tratado internacional viene a complementar –normativa e interpretativamente- las cláusulas constitucionales sobre los pueblos indígenas

¹⁷⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, Sentencia Expediente N° 03343-2007-PA/TC. 19 de febrero de 2009

que, a su vez concretizan los derechos fundamentales y las garantías institucionales de los pueblos indígenas y sus integrantes (...).

Por último, cabe mencionar que en virtud de la Constitución de 1993, el Perú es un país pluriétnico, multicultural y multilingüe, lo que debiese ayudar a la interpretación y robustecimiento de las normas.

b) Aplicación

i. Definición del concepto Pueblos indígenas

Un problema que ha tenido el Perú desde los primeros años de la puesta en marcha del Convenio, dice relación con la delimitación conceptual de los sujetos del mismo, los pueblos indígenas. Lo anterior dado que existen en este país, ya sea a nivel constitucional, legal o reglamentario, una serie de denominaciones (comunidades nativas, comunidades campesinas, de la sierra, entre otras) que han entorpecido el ejercicio de los derechos contenidos en el Convenio, e incluso se ha usado una aplicación gradual del Convenio de acuerdo al nombre que ostente el colectivo que reivindica sus derechos. Así por ejemplo, se reportan ciertos avances con respecto a comunidades nativas y su derecho a consulta, cosa que no ha sucedido en lo referido a las comunidades campesinas de la costa y de la sierra. En ese sentido, se pronunciaba la Comisión de Expertos ya en 1998 en solicitud directa, en los siguientes términos:

La Comisión se permite sugerir al Gobierno que proporcione un criterio unificado de las poblaciones que son susceptibles de ser cubiertas por el Convenio, ya que las varias definiciones y términos pueden dar lugar a confusión entre poblaciones campesinas, indígenas, nativas, de la sierra, de la selva y de la ceja de selva¹⁷⁵.

Esta cuestión fue ratificada en el informe de la Comisión de 2009, donde se solicita al gobierno:

¹⁷⁵ Citado en el Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, 2009, pág. 746.

*que proporcione, en consulta con las instituciones representativas de los pueblos indígenas, un criterio unificado sobre los pueblos susceptibles de ser cubiertos por el Convenio, que ponga fin a la confusión resultante de las varias definiciones y términos y a proporcionar informaciones sobre el particular. Además, insta al Gobierno a que tome las medidas necesarias para garantizar que todos quienes estén comprendidos en el artículo 1 del Convenio queden cubiertos por todas sus disposiciones y gocen de los derechos contenidos en el mismo en igualdad de condiciones, y a proporcionar informaciones sobre el particular.*¹⁷⁶

ii. Institucionalización de mecanismos

Otro punto de conflicto se encuentra en la aplicación del artículo 33 del Convenio, el cual establece la obligación del Estado de asegurar que existan instituciones u otros mecanismos apropiados para administrar los programas que afecten a los pueblos interesados y que tales instituciones dispongan de los medios necesarios para el cabal cumplimiento de sus funciones. Pues bien, el Estado peruano, por ley 28.495 creó el Instituto Nacional de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos (INDEPA), un órgano autónomo cuya misión era proponer políticas nacionales dirigidas a la promoción y defensa de los pueblos indígenas y afroperuanos, supervisar dichas políticas, y articular su implementación. Sin embargo, este ente ha resultado poco operativo en la práctica, ya que aunque tiene representación indígena, la disparidad en su número habilita al Estado a imponer sus decisiones. Junto a ello, se ha reclamado que la gran mayoría de las decisiones se toman sin la consulta a este órgano, además de que su estructura administrativa (se ubica dentro de la estructura del Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social) no contribuye a su eficiencia ni a su finalidad.

iii. Consulta

Un último tema que compete analizar es el referente a la Consulta, especialmente por el hito reciente que ha significado la aprobación por parte del Congreso peruano de una Ley de Consulta Previa. Antes de esto, conjuntamente con la expansión de la política neoliberal en el Perú, representada por el despliegue de la industria minera y de la de hidrocarburos, se dictaron una serie de decretos sectoriales, con ciertas normas referentes a consulta y participación ciudadana. Todo ello, obviamente,

¹⁷⁶ *Ídem.*

sin consulta previa a los pueblos indígenas y sin cumplir con los estándares básicos del Convenio. Sin embargo, de un tiempo a esta parte, y con el estigma de los sucesos de Bagua (2009) recordando las deficiencias en las relaciones interétnicas presentes en el Perú, se ha comprobado un avance significativo en la materia, y cuyo epítome se encuentra en la ya mencionada aprobación de la Ley de Consulta Previa, el 19 de mayo pasado.

Como ya mencionamos, en los últimos tres años, el contexto del conflicto entre los pueblos indígenas y el Estado estuvo marcado por una serie de decretos administrativos expedidos por el gobierno, con el objeto de hacer operativo el Tratado de Libre Comercio (TLC) con EEUU. En efecto, por medio de la Ley N°29.157, el Congreso aprobó la delegación de facultades legislativas al poder ejecutivo en diversas materias específicas para implementar y aprovechar el ya señalado TLC; promulgada en diciembre de 2007, dicha normativa entró en vigencia a comienzos del año 2008. Fue así como se dictaron diversos decretos regulando temas referidos al uso y aprovechamiento de la propiedad agrícola, de los recursos hídricos, de ley forestal y de fauna¹⁷⁷, así como sendos decretos (1015 y 1073) que propugnaban la disolución de las comunidades campesinas andinas y las comunidades nativas amazónicas. Ello provocó que en los primeros días de Agosto de 2008, los pueblos indígenas de la Amazonía peruana, liderados por la organización indígena de representación general AIDSESP, comenzaran una serie de protestas y paralizaciones en varias zonas de la Amazonía. Y si bien producto de esto se creó en el Congreso, con la participación de la propia AIDSESP, una Comisión Multipartidaria para buscar una solución al conflicto, lo cierto es que éste siguió escalando hasta desembocar en los hechos de Bagua por todos conocidos. Lamentablemente, esto fue lo que catalizó el acuerdo entre los pueblos indígenas y el Estado para la aprobación en el Congreso la Ley sobre la Consulta Previa.

¹⁷⁷ Un análisis de estos decretos en relación a los derechos de los pueblos indígenas se puede encontrar en el Informe sobre los decretos legislativos vinculados a los pueblos indígenas promulgados por el poder ejecutivo en mérito a la ley N°29.157, de diciembre de 2008, de la COMISIÓN MULTIPARTIDARIA ENCARGADA DE ESTUDIAR Y RECOMENDAR LA SOLUCIÓN A LA PROBLEMÁTICA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS, disponible en línea <<http://www.congreso.gob.pe/comisiones/2009/cmeerspi/index.html>>

Por lo demás, y reservando un análisis de esta ley para un próximo documento, se debe hacer mención de que durante este período –exactamente en febrero de 2009- el Tribunal Constitucional de Perú dictó una importante sentencia en materia ambiental, en la que se hacía expresa mención al derecho a consulta de los pueblos indígenas. Se trata de una demanda contra una serie de empresas petroleras, solicitando los actores que se suspendiese la exploración y eventual explotación de hidrocarburos en el área natural protegida “Cordillera Escalera”. Acá, el tribunal falló ordenando la suspensión de los trabajos en el área mencionada por no contar con un “Plan Maestro” aprobado por las autoridades competentes, cuestión necesaria cada vez que se intente una prospección de este tipo según lo estipula la Ley de Áreas Protegidas. Pues bien, entre los diferentes argumentos de índole ambiental que recorren los fundamentos de la Corte, ésta le dedica un párrafo especial a las “Comunidades nativas y medio ambiente”, dado que algunos de estos grupos se podrían ver afectados. Al efecto, divide su argumentación en dos literales, el primero referente a “*El derecho a la identidad étnica y cultural*” y el segundo “*Al Convenio N° 169 de la OIT y los recursos naturales*”, cuyas principales aristas revisaremos a continuación.

Razonando sobre el primer literal, a partir del art. 2 inciso segundo de la Constitución, el Tribunal Constitucional peruano comienza afirmando la igualdad ante la ley a partir del derecho a la diferencia: “(...) *toda fuerza homogeneizadora que no respete o que amenace las singularidades de las personas identificables bajo algún criterio de relevancia constitucional debe ser erradicada. Esto es, reconocer la unidad en la diversas y la igualdad como un derecho a la diferencia*¹⁷⁸”. Siguiendo esta línea argumentativa, y a través de una somera revisión de la normativa indígena vigente en el país, el TC concluye que los pueblos indígenas tienen un derecho a la *identidad étnica*, y que es deber del Estado respetar y promover las manifestaciones que dan sentido a dicha identidad.

¹⁷⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, Sentencia de 19 de febrero de 2009, en causa N°03343-2007-PA/TC, Fundamento 27.

Una vez asentando dicho punto, su exégesis del Convenio N° 169 comienza reafirmando el rango constitucional que adquieren en el derecho peruano los tratados internacionales de derechos humanos:

De tal manera, habiéndose aprobado el Convenio N° 169 mediante Resolución legislativa N° 26253 (...) su contenido pasa a ser parte del Derecho Nacional, tal como lo explicita el artículo 55 de la Constitución, siendo además obligatoria su aplicación por todas las entidades estatales. Por consiguiente, en virtud del artículo V del Párrafo preliminar del Código procesal Constitucional, el tratado internacional viene a complementar –normativa e interpretativamente– las cláusulas constitucionales sobre pueblos indígenas que, a su vez, concretizan los derechos fundamentales y las garantías institucionales de los pueblos indígenas y sus integrantes.

A continuación, luego de citar y comentar diferentes normas y jurisprudencia atingentes, tanto de carácter nacional como internacional (incluyendo la sentencia de la Corte IDH, *Saramaka vs. Surinam*), estima que “*la libredeterminación, juntamente con la concepción que los pueblos indígenas tienen sobre la tierra, sirve de base para la configuración y sustento del derecho a la consulta previa*”¹⁷⁹, citando para esto los arts. 6, 7 y 15 del Convenio, y concluyendo que “[e]n virtud de ello, la consulta debe realizarse antes de emprender cualquier proyecto relevante que pudiera afectar la salud de la comunidad nativa o su hábitat natural”¹⁸⁰. Ahora, pese a la notable argumentación descrita, la sentencia pierde la ilación de las ideas anteriores, sin establecer nada concreto frente a la situación de las comunidades posiblemente afectadas; todavía más, los razonamientos hechos se vuelven inanes cuando el Tribunal establece que en el ordenamiento interno ya existen una serie de mecanismos sectoriales para hacen efectiva la consulta del 169 y, por la tanto,

*[d]e lo revisado en autos, es de inferirse que la empresa, así como entidades del Estado han llevado a cabo, en virtud de la resolución ministerial referida, una serie de talleres donde se transmitió a las comunidades nativas información sobre la empresa y los distintos procesos que se van a desarrollar en las zonas aledañas*¹⁸¹.

¹⁷⁹ Fundamento 33.

¹⁸⁰ Fundamento 35.

¹⁸¹ Fundamento 38.

Al fin, el párrafo dedicado a los pueblos indígenas termina reconociendo que, a pesar de la normativa indicada, la Consulta en los términos del 169 carece de regulación, por lo que corresponderá al poder legislativo “*elaborar la regulación del caso a fin de hacer realmente viable y efectiva la obligación internacional asumida, en todos los ámbitos en donde intervengan los pueblos indígenas*”¹⁸².

Como se ve, la argumentación de la sentencia es ambigua. Por un lado reconoce el rango y obligatoriedad de la consulta del Convenio N° 169, mientras que al mismo tiempo la circunscribe dentro de la participación ciudadana contemplada en decretos sectoriales y ministeriales. De igual forma tiene el mérito de haber ratificado los derechos que les asisten a los pueblos indígenas en el Perú, así como de instar a la necesidad de la promulgación de una ley de consulta que responde a los estándares internacionales, cuestión que se vería finalmente cumplida este año, al menos en lo que a existencia se refiere.

4. Ecuador

a) Antecedentes generales

En Ecuador, a partir de lo dispuesto en los artículos 85, 174, 419 y 427 de la Constitución de 2008, los tratados internacionales, y por ende el Convenio N° 169, gozan de una jerarquía superior a las leyes. Éste entró en vigencia el 15 de mayo de 1999. Junto a normativas de protección de los derechos de los pueblos indígenas, la consulta previa se encuentra regulada en el ordenamiento interno ecuatoriano a diversos niveles, pero principal y explícitamente en la Constitución, en su artículo 58.7, en cuanto establece el derecho colectivo para los pueblos indígenas a:

La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios

¹⁸² Fundamento 40.

que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley.

Quizás sea bueno señalar que una de las principales actividades económicas de este país, y en las que se han desarrollado múltiples conflictos con los pueblos indígenas presentes en el territorio de la Amazonia ecuatoriana, dice relación con la extracción del petróleo, proyectos que están en su mayoría en manos del Estado. En efecto, si bien el consorcio *Texaco-Gulf* controló desde 1964 hasta 1990 la concesión de explotación, a partir de ese año Texaco salió del consorcio y revirtió al Estado (a través de su holding Petroecuador) los campos y la infraestructura desarrollada, habiendo impulsado el estilo de mínima inversión y máxima ganancia del que ha sido heredero el Estado¹⁸³.

b) Aplicación

i. Consulta previa

Con respecto al tema específico de la consulta previa, uno de los casos más conocidos, y que de hecho marca precedente en cuanto a la retroactividad de la consulta¹⁸⁴-, es el denominado “*Bloque 24*”, que fue resuelto por el Consejo de Administración en función de la reclamación contemplada en el artículo 24 del Reglamento de la OIT. El bloque 24 es una porción de bosque amazónico ubicado dentro del territorio ancestral de los pueblos *Shuar* y *Achuar* de la Amazonía ecuatoriana, que el gobierno concedió a la empresa norteamericana Arco en 1998 para que realizara exploración y explotación petrolera; lo anterior, sin consulta a los pueblos afectados, quienes se vinieron a enterar de

¹⁸³ Cfr. MELO, Mario, *Consulta Previa. Ambiente y Petróleo en la Amazonía Ecuatoriana*, CDES, 2006, Quito.

¹⁸⁴ Así opinó el Comité designado por el Consejo de administración de la OIT: “III.40. Dada la continuación de las actividades autorizadas por el contrato de participación, el Comité estima que el Gobierno tenía la obligación de consultar con las comunidades indígenas asentadas en la zona del Bloque 24 a partir de la entrada en vigor del Convenio, particularmente en virtud de lo dispuesto en los párrafos 1 y 2 del artículo 7 del Convenio, para permitir a la comunidad participar en su propio desarrollo económico, social y cultural.” *RECLAMACIÓN (artículo 24) - 2000 - ECUADOR – C169*, Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Ecuador del Convenio sobre pueblos indígena y tribales, 1989 (Nº 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres (CEOSL). En línea en: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/newcountryframeS.htm>, visitado el 26 de septiembre de 2009.

la concesión cuando empezaron los trabajos. Ante ello, se interpuso por parte de representantes de estos pueblos un Recurso de Amparo Constitucional que fue acogido en primera instancia –en fallo que contenía referencia explícita al Convenio N° 169-, y que confirmado por el Tribunal Constitucional. Esto llevó a que Arco abandonara el país, pero cediendo previamente sus derechos a la petrolera norteamericana Burlington, la que desoyó la sentencia de amparo. Ante esto, en el 2001 se presentó una nueva reclamación en virtud del artículo 24 de la OIT, por no haberse cumplido la consulta previa. En el 2002, el Consejo de Administración falló a favor del sindicato que promovía el caso de los pueblos indígenas, solicitando al gobierno:

*que aplique plenamente el artículo 15 del Convenio y que establezca consultas previas en los casos de exploración y explotación de hidrocarburos que pudiesen afectar a comunidades indígenas y tribales, y que asegure la participación de los pueblos interesados en las diferentes etapas del proceso, así como en los estudios de impacto ambiental y los planes de gestión ambiental*¹⁸⁵.

ii. El sujeto colectivo “pueblos indígenas”

En una materia distinta, que es referida al artículo 1.2 del Convenio, enmarcado dentro de una pugna por discriminación en el concepto de pueblos indígenas, el Tribunal Constitucional ecuatoriano declaró inconstitucional un decreto presidencial (Decreto Ejecutivo N° 383 de 3 de diciembre de 1998) que, en la conformación del Consejo de Desarrollo de las Nacionalidades y Pueblos del Ecuador (CODENPE) hacía una distinción entre “nacionalidades” por un lado, y “Pueblos” por el otro, toda vez que la Constitución vigente en aquella época no hacía en ningún momento dicha distinción.

El Tribunal Constitucional accedió a lo solicitado por los impugnantes, considerando que el decreto vulneraba el principio de igualdad contenido en el artículo 23 numeral 2 de la Constitución ecuatoriana¹⁸⁶.

¹⁸⁵ IV.45, *Íd.*

¹⁸⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ECUATORIANO, Sentencia N° 020-2000-TC, *Ernesto López Freiré y otros v. Presidente de la República y Presidente del Congreso Nacional*, sentencia de 21 de noviembre de 2000.

iii. Territorio

Un último caso al que vale la pena referirse , es aquel que se inició cuando el Ministerio de Energía y Minas otorgó una concesión para explorar y explotar minerales que se encontraban dentro de un bloque de las comunidades Chachis (FECHE) y negras (UONNE), habitantes de las tierras del Río Cayapas, en el Noroccidente de la Provincia de Esmeraldas¹⁸⁷. Estas comunidades tienen título sobre su territorio, o bien lo poseen ancestralmente, y basan su subsistencia, tanto a nivel económico como social y cultural, en el Río Cayapas. Como se hace evidente, los trabajos que se necesitaban para llevar a cabo las actividades concesionadas ponían en serio peligro el derecho colectivo a la vida de estas comunidades.

El amparo fue concedido en primera instancia, y confirmado por el Tribunal Constitucional, suspendiendo la concesión minera otorgada, pues señala que ésta ponía en riesgo no solo el derecho a un medio ambiente sano, sino a su vez a todos los demás derechos colectivos de los pueblos indígenas, negros y afroecuatorianos vinculados al territorio, reafirmando así su importancia como medio indispensable de reproducción cultural. Así determina lo imperativo de la consulta previa para este tipo de casos:

Que, la concesión minera, a no dudarlo, afectará ambientalmente a los centros chachis y pueblos negros que habitan en la zona de concesión, en posesión ancestral de esas tierras o cuya propiedad ha sido ya legalmente reconocida, en algunos casos, tierras que se encuentran bañadas por el Río Cayapas, que constituye vía de comunicación e integración de tales pueblos, recurso indispensable para el desarrollo de su vida diaria, del que despenden para la alimentación, mediante la pesca, y para la higiene con el uso de sus aguas, por lo que, procedía la consulta previa a la concesión, tanto más que el artículo 88 de la Constitución manda que toda decisión estatal -como es la concesión minera- que pueda afectar al medio ambiente deberá contar previamente con los criterios de la comunidad , para lo cual esta será debidamente informada; y el artículo 15 del Convenio N° 169 de la O.I.T. sobre Pueblos Indígenas y Tribales del que es suscriptor el Estado Ecuatoriano establece la protección de los

¹⁸⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ECUATORIANO, Sentencia N° 170-2002-RA, *Claudio Mueckay Arcos v. Dirección Regional de Minería de Pichincha: Director Regional*, sentencia de 13 de agosto de 2002.

recursos naturales existente en las tierras y territorios indígenas , a cuyo efecto debe establecerse procedimientos de consulta para evaluar los efectos de la explotación en la vida de los pueblos, determinar si sus intereses serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. De allí que constituía un imperativo la realización de la consulta, cuya omisión determina la ilegitimidad del acto impugnado.

En virtud de lo expuesto, el tribunal pasa a suspender la concesión otorgada, en lo que supone una vinculación entre el derecho al medio ambiente y en cómo éste, en función del concepto territorial, adquiere dimensiones de base para la supervivencia cultural del pueblo en cuestión.

5. Conclusión

Esta sucinta revisión de la aplicación del Convenio en realidades normativas comparadas, deja, antes que todo, una sensación de carencia, de vacío.

Vacío, por cierto, en lo que se refiere al ámbito legislativo, pues, aún considerando que todos los países analizados han reconocido constitucionalmente a los pueblos indígenas, así como han otorgado la máxima jerarquía legal al Convenio, en todos ellos falta –excepto, claro, en el Perú¹⁸⁸- una Ley de Consulta Previa, así como una serie de adecuaciones normativas sectoriales para hacer eficaces los derechos consagrados en el Convenio N° 169.

También se perciben los déficit de la actividad jurisprudencial; por más que en muchos casos los tribunales, en su deber de resguardo del Estado de Derecho, hayan hecho efectivas las prerrogativas contenidas en el sistema jurídico nacional –en el entendido que el Convenio forma parte de éste-, no se puede ignorar que las sentencias comentadas en este capítulo son relevantes precisamente por su excepcionalidad.

¹⁸⁸ La Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios reconocido en el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo fue aprobada el 19 de mayo del presente año por el Congreso peruano. El análisis de sus alcances será materia de un futuro documento de trabajo.

Lo anterior se intensifica si nos referimos al tercer poder del Estado, el ejecutivo, ya que quizás sea éste el que más reticencia ha tenido al momento de implementar, sea a nivel de planificación económica o de políticas públicas, los derechos al que se ha comprometido internacionalmente. Y esto no es baladí, dado que es éste justamente quien tiene la función de *ejecutar* el contenido normativo del Convenio –de nuevo, el caso del Perú es paradigmático en este sentido-, sin lo cual, pasa a ser un simple poemario.

Por lo relatado, no es gratuito colegir que el Estado en América Latina no está cumpliendo con su función y tiene serios problemas para resguardar los derechos fundamentales. Con todo, salta a la vista el hiato existente entre la realidad normativa de los cuatro países mencionados, y Chile: reconocimiento constitucional, ley de consulta, tutela judicial de las garantías constitucionales, etc. Todos temas en los que indudablemente nuestro país ha quedado a la zaga.

Jorge Luis Borges, quien mucho sabía de la idiosincrasia latinoamericana en general, escribió alguna vez que, al argentino, “*aforismos como el de Hegel ‘El Estado es la realidad de la idea moral’ le parecen bromas siniestras*”¹⁸⁹. Es de esperar, y en esto las organizaciones sociales (indígenas y no indígenas) no pueden evadir su responsabilidad, que la hidalga declaración de nuestra Constitución “*El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común*”¹⁹⁰, no caiga en la misma categoría.

¹⁸⁹ BORGES, J.L., *Nuestro pobre individualismo*, en *Otras Inquisiciones, Obras Completas II*, Emecé, 2007, Buenos Aires, p. 43.

¹⁹⁰ Art. 1 inciso 3°.

V. El largo proceso de tramitación para la aprobación del Convenio N° 169*

El proceso de tramitación para la ratificación por parte del Estado de Chile del Convenio N° 169 de la OIT demoró cerca de 19 años. Este camino se inició como parte de los compromisos adquiridos en 1989 en Nueva Imperial por el entonces candidato presidencial de la Concertación de Partidos por la Democracia, Patricio Aylwin, ante representantes de casi la totalidad de organizaciones indígenas del país.

El día 21 de diciembre de 1990, estando ya en el gobierno Patricio Aylwin, envió al Congreso el “Proyecto de acuerdo relativo al Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas, adoptado por la Organización Internacional del Trabajo, el 27 de junio de 1989¹⁹¹. Se dio cuenta de este Mensaje Presidencial en sesión de la Honorable Cámara de Diputados del día 8 de enero de 1991, siendo primero discutido y analizado por la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía y, posteriormente, por la Comisión de Relaciones Exteriores, Asuntos Interparlamentarios e Integración Latinoamericana.

El proyecto fue aprobado por la Cámara de Diputados el día 11 de abril del año 2000, con 72 votos a favor, 3 en contra y 11 abstenciones, con lo que se dio fin a su primer trámite constitucional con un altísimo quórum, de 3/5 de los diputados en ejercicio. Ese mismo día, el Proyecto de Acuerdo fue remitido al Senado mediante Oficio N° 2795, para que éste siguiera la tramitación del proyecto en su calidad de Cámara revisora.

El día 7 de julio del mismo año, un grupo de 31 diputados presentaron un requerimiento de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional en conformidad al antiguo artículo 82 N° 2° de la Constitución Política de la República, con el objeto de que éste declarara la inconstitucionalidad del Convenio N° 169 de la OIT, fundándose en una supuesta incompatibilidad entre diversas normas del

* Por Hernando Silva Neriz, Coordinador Área Jurídica del Observatorio Ciudadano.

¹⁹¹ Boletín N° 233-10

Convenio y de la Constitución. Asimismo, los diputados alegaron que ciertas normas del Convenio entraban en contradicción con diversas leyes internas, cuya reforma requería un quórum de cuatro séptimas partes, por su carácter de orgánico constitucional. Frente a dicho requerimiento, el día 4 de agosto del mismo año el Tribunal Constitucional resolvió que no existía una colisión entre las normas del Convenio y de la Constitución, dado que determinó, a nuestro juicio erróneamente y teniendo una visión restrictiva del Convenio, que la mayoría de las normas del Convenio no son *auto ejecutables*, no existiendo por tanto una colisión inmediata dado que estas:

*...requieren para su entrada en vigencia de la dictación de leyes, reglamentos o decretos que las implementen y, en tal evento, las haga aplicables como fuente del derecho interno. En otras palabras, imponen la obligación al Estado, para que en uso de sus potestades públicas, sancione la normativa necesaria para que por esa vía les dé vigencia efectiva*¹⁹².

Por otra parte, respecto al quórum de ratificación del Convenio N° 169, el tribunal estableció que éste requería un quórum de cuatro séptimas partes (4/7) de los parlamentarios en ejercicio, el cual se encontraba satisfecho en la votación en la Cámara de Diputados, por lo que se entendía cumplido su primer trámite constitucional pese a que en el momento de votarlo, se consideró que bastaba el quórum simple.

El día 12 de abril de 2000, se dio cuenta del Proyecto de acuerdo ante la Sala del Honorable Senado para su revisión correspondiente al segundo trámite constitucional, disponiéndose su estudio por parte de la Comisión de Relaciones Exteriores de dicho órgano legislativo. Dicho informe fue evacuado el día 11 de enero de 2008, luego de estar estancado cerca de ocho años en la Cámara Alta. El día 4 de marzo de 2008, luego de una ardua discusión en el Senado, se aprobó la ratificación del Convenio N° 169 de la OIT por 36 votos a favor, uno en contra y una abstención, superando así el quórum de 2/3, el más alto que conoce el sistema normativo chileno.

Sin embargo, al aprobarse el Convenio, se anunció un acuerdo entre la Comisión de Relaciones Exteriores del Senado y el gobierno para agregar una “*declaración interpretativa*” donde se señalaba

¹⁹² Tribunal Constitucional, Sentencia Rol: 309, año 2000, considerando 48.

que el Convenio solo sería aplicable en relación a los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encontraran vigentes, con la intención de excluir la aplicación de la Declaración Universal de Derechos de los Pueblos Indígenas de la NN.UU, que había sido firmada por Chile en septiembre de 2007 y que reconoce ampliamente los derechos territoriales y de autodeterminación de los pueblos originarios.

Pese a ello, dicho acuerdo no se vio reflejado en la aprobación del Convenio por el Senado, el que por vía oficio N° 186/SEC/08 suscrito por su Presidente, remitió a la Cámara de origen (Cámara de Diputados) la tramitación del texto señalando que:

Tengo a honra comunicar a Vuestra Excelencia que el Senado ha aprobado, en los mismos términos en que lo hizo esa Honorable Cámara, el proyecto de acuerdo aprobatorio del Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, el 27 de junio de 1989.

No pudiendo ser de otra manera, toda vez que la Constitución en su artículo 54 n° 1 establece que el Congreso puede aprobar o desechar los tratados internacionales que el Presidente le presente para su aprobación y solo puede sugerir reservas o declaraciones interpretativas cuando ellas procedan en conformidad al derecho internacional o al propio tratado que se ratifica. En este caso, el artículo 19.8 de la Constitución de la OIT, prohíbe la utilización de un instrumento o de su respectiva ratificación para menoscabar derechos reconocidos de otro modo.

El 5 de marzo de 2008 el “*Proyecto de Acuerdo aprobatorio relativo al Convenio N° 169*” fue remitido por el Presidente de la Cámara de Diputados al Tribunal Constitucional para que ejerza el control preventivo de constitucionalidad respecto de las normas del Convenio que el mismo Tribunal había calificado como normas de quórum calificado en su anterior sentencia, las que incluyeron las relativas a la obligación de consulta y el derecho a la participación. Resolviendo dicho Tribunal que dichas normas son constitucionales, en su Sentencia Rol 1050 del día 3 de abril de 2008¹⁹³.

¹⁹³ El análisis de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional en esta materia se hará en el último capítulo de este trabajo.

El 9 de abril de 2008 el Proyecto aprobatorio fue remitido vía oficio N° 7378, suscrito por el Presidente de la Cámara de Diputados, a la Presidenta de la República para que ésta lo promulgara.

Pero las propuestas políticas para limitar el alcance del Convenio siguieron adelante. De hecho la Presidenta de la República incluyó en el depósito de la ratificación hecho en Ginebra, el 8 de agosto de 2008, una referencia a un intercambio epistolar entre el titular del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, José A. Viera Gallo y el director de la Oficina sub-regional de la OIT para el Cono Sur, Guillermo Miranda. En esas misivas se discurría en torno al alcance del artículo 35° del Convenio, cuya lógica interpretación conduce a incorporar los derechos reconocidos en la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas al ordenamiento interno¹⁹⁴.

Esto implicó una violación del citado artículo 19.8 de la Constitución de la OIT¹⁹⁵. Por tanto, la OIT exigió un nuevo depósito en que se limitara a efectuar la ratificación, el cual fue depositado el 15 de septiembre de 2008. A partir de 12 meses contados desde esa fecha, el Convenio N° 169 entró en plena vigencia en Chile.

Finalmente, el “*Acuerdo relativo a la aprobación del Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas, adoptado por la Organización Internacional del Trabajo, el 27 de junio de 1989*” fue promulgado mediante Decreto N° 236 del Ministerio Relaciones Exteriores, el día 14 de octubre de 2008.

¹⁹⁴ MEZA-LOPEHANDÍA G., Matías, *Autonomía y Territorio Indígena. Una mirada desde el ordenamiento jurídico chileno y la urgencia del reconocimiento*, tesis para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2009, 184 h.

¹⁹⁵ Opinión emitida por Bartolomé CLAVERO, Miembro del Foro Permanente de Naciones Unidas sobre Asuntos Indígenas, en representación de los estados de la Unión Europea, publicada en el diario electrónico El Mostrador el 30 de septiembre de 2008.

VI. El Convenio N° 169 de la OIT en el sistema normativo chileno*

Recientemente entró en vigor en nuestro país el Convenio N° 169 de la OIT. Sabido es que se trata de un instrumento internacional que se refiere a los pueblos indígenas y les reconoce importantes derechos sobre sus tierras, territorios y recursos naturales. También es conocido que el Estado de Chile tardó casi 20 años en ratificarlo. Sin embargo, hoy -habiendo ya entrado en vigencia plena- surgen una serie de discrepancias en torno a varias cuestiones centrales para su aplicación y vigencia. ¿Se trata de una nueva ley que reemplaza a la actual Ley Indígena, o la complementa? ¿Es un reconocimiento constitucional o aquello sigue pendiente? ¿Los derechos que establece son invocables ante tribunales chilenos o solo ante tribunales internacionales? ¿A quién se puede exigir su cumplimiento? ¿Qué pasa si una ley contradice lo establecido en el Convenio? ¿La consulta previa es aplicable a proyectos de inversión?

En este trabajo pretendemos fijar posición en torno a estas cuestiones. Además, buscamos aportar al *empoderamiento* por parte de las organizaciones indígenas de este importante instrumento, de manera que se concrete esta oportunidad histórica para avanzar hacia una convivencia pacífica y reconciliada entre los pueblos indígenas y el resto de la sociedad chilena. Para facilitar la comprensión de un texto que se vuelve a ratos árido, ofrecemos párrafos destacados en negrita donde se sintetizan los argumentos expuestos. Asimismo, el lector puede optar por leer sólo el texto central, omitiendo las citas a pie de página, sin que por ello pierda las ideas centrales del mismo.

Comenzaremos explorando las relaciones del Derecho Internacional con el Derecho chileno interno, y cómo se genera un punto de contacto entre ellos que permite hablar de un *bloque de derechos constitucionalmente protegidos*, los que constituyen un límite al ejercicio de la soberanía del Estado. A partir de esto, verificaremos la jerarquía de las normas contenidas en el Convenio N° 169 de la OIT

* Matías Meza-Lopehandía, abogado de la Universidad de Chile y miembro del Área Jurídica del Observatorio Ciudadano.

frente a otras normas legales que pueden ser contradictorias con aquellas y la obligatoriedad de las mismas para el Estado chileno, tanto en el ámbito internacional como en el nacional. Para terminar, revisaremos algunos aspectos de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional chileno respecto del Convenio N° 169 a la luz de lo expuesto en esta parte del trabajo.

1. El Derecho Internacional y el Derecho Interno: punto de contacto (recepción) y bloque de constitucionalidad

a) La recepción del derecho internacional en el derecho chileno

Cuando hablamos de sistema jurídico, hacemos referencia al conjunto de normas ordenadas, coordinadas y vigentes en un Estado y en un momento determinado¹⁹⁶. Los sistemas jurídicos están compuestos por diversos tipos de normas, las cuales pueden clasificarse conforme a distintos criterios. Así, por su contenido encontramos normas de derecho público, de derecho privado, leyes penales y procesales, entre otras. También las podemos distinguir por su fuente formal, como norma reglamentaria, norma legal o norma consuetudinaria y norma constitucional. A partir del origen de su validez, podemos hablar de normas de derecho interno y normas de derecho internacional¹⁹⁷.

¹⁹⁶ CORDERO Q., Eduardo, *Los principios y reglas que estructuran el ordenamiento jurídico chileno*, en *Ius et Praxis* [en línea], 2009, vol.15, n° 2, pp. 11-49. ISSN 0718-0012, p. 13.

¹⁹⁷ Esta distinción ha sido llevada por algunos hasta el extremo de sostener que se trata de dos ordenamientos jurídicos separados uno del otro, uno dirigido a regular las relaciones entre los Estados y el otro las relaciones políticas, sociales y económicas al interior del Estado (doctrina del dualismo). Según ésta, la única manera que una norma internacional se aplique a un individuo es mediante su conversión en norma interna, mediante el mecanismo que el derecho estatal disponga. Frente a esto, *monismo jurídico* propuesto por el jurista austríaco Hans KELSEN, supone que existe sólo un ordenamiento jurídico, estructurado jerárquicamente, en cuya cúspide se encuentra el Derecho Internacional. A partir de esta idea se afirma la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno, concretada en la prohibición hecha a los Estados para invocar normas de derecho interno para incumplir sus compromisos internacionales y la recepción automática de las normas internacionales al Derecho Interno (GAETE, Eugenio, *Derecho Internacional y Derechos de los Estados: incorporación de los derechos humanos*, mayo-agosto 1996, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol 23 N° 2 y 3, Tomo I, pp. 261-264; NOGUEIRA, Humberto, *Las constituciones y los tratados en materia de derechos humanos: América Latina y Chile*, 2002, en *Ius et Praxis*, año 6 N° 2, pp. 229-279, pp. 230s). Hoy se considera que las normas del derecho internacional son aplicables en el ordenamiento interno desde que son recepcionadas por la Constitución. Es ésta la que las dota de aplicabilidad (*Ídem*). En un sentido similar, MONTT y MATTA hablan de un *dualismo moderado* que debe analizarse desde el la idea de *acoplamiento* que “*depende de la 'mediación' que hagan de las normas internacionales tanto los órganos domésticos políticos como los judiciales y administrativos*” (MONTT Santiago, y MATTA, Manuel, *Una visión panorámica al Convenio N° 169 y su implementación en Chile*, borrador preparado para el

La Constitución en tanto expresión del poder soberano -además de establecer los procedimientos de formación de la ley y otras formas de validación de las normas jurídicas- determina los mecanismos para dar aplicabilidad a normas cuya validez proviene de otros sistemas normativos. Este es el caso de las normas del derecho internacional, que validadas por mecanismos ajenos a los establecidos en la Constitución y que les son indisponibles, son dotadas de aplicabilidad por la propia Constitución¹⁹⁸. Por ello se sostiene que ésta “*sólo es norma superior de las normas internacionales en la medida que estas últimas reciben de la Carta Fundamental su condición de normas aplicables*”, por cuanto una vez incorporadas al ordenamiento jurídico, lo hace en los términos y condiciones que el propio tratado establece¹⁹⁹.

Ahora bien, ¿de qué manera nuestro ordenamiento jurídico da aplicabilidad a las normas del derecho internacional? Para responder a esta cuestión hay que distinguir los distintos tipos de normas internacionales. La Corte Suprema ha dicho que “*la costumbre y los tratados figuran entre las fuentes tradicionales [del derecho internacional], a las cuales hay que agregar los principios establecidos por la jurisprudencia internacional, especialmente por la Corte de Justicia Internacional y los contenidos en las legislaciones nacionales de los Estados*”²⁰⁰.

Los Tratados Internacionales

Centro de Estudios Públicos (CEP), Enero 2010, formato pdf, p. 15s).

¹⁹⁸ NOGUEIRA, Humberto, *Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno*, Revista Chilena de Derecho, Vol. 23 N° 2 y 3, Tomo I, pp. 341-380 (1996), pp. 341-342.

¹⁹⁹ NOGUEIRA, Humberto, *Los tratados internacionales...* pág. 343. En otras palabras, “*la Constitución no es causa de validez de un tratado internacional, pero sí condición de su aplicabilidad*” (p. 343).

²⁰⁰ J. Lauritzen y otros con Fisco, doctrina de la Sentencia dictada por la Corte Suprema, considerando 53°.

La Constitución establece reglas de competencia y ratificación de los tratados internacionales²⁰¹. Sin embargo, nada señala respecto del modo en que se recepciona el (o dota de aplicabilidad al) derecho internacional general y consuetudinario²⁰², lo cual es relevante para determinar el alcance de los derechos establecidos en el Convenio, en cuanto se complementan, como veremos, con normas emanadas de otras fuentes del derecho internacional.

La costumbre internacional y otras fuentes del derecho internacional

Ante la ausencia de una norma constitucional o legal que establezca la forma en que se incorpora el derecho internacional común y general (*ius cogens*) al ordenamiento jurídico interno, ha sido la jurisprudencia la que ha debido decidir la cuestión. Con una constancia de casi un siglo, ésta ha entendido que pese a esta aparente omisión del constituyente, el derecho consuetudinario internacional

²⁰¹ Estos son firma o adhesión y ratificación previa autorización del Congreso Nacional (arts. 32 N° 15 y 54 N° 1 de la CPR), sin perjuicio de la facultad presidencial para firmar acuerdos simplificados (art. 54 N° 1 inciso cuarto). La doctrina está de acuerdo en que no es necesaria la promulgación ni la publicación de un Tratado Internacional de derechos humanos para entenderlo vigente, bastando para ello el depósito de su ratificación. Esta solución se funda en el artículo 54 n° 1 que establece que “*la aprobación de un tratado... se someterá (en lo pertinente) a los trámites de una ley*”. Lo sometido a los trámites de una ley es la aprobación del Congreso y no su entrada en vigencia. No existe ninguna disposición constitucional que sujete su vigor a la publicación y promulgación. Por lo tanto, cuando el artículo 5° de la Constitución habla de tratados ratificados que se encuentren vigentes, debemos entender que la ratificación implica su incorporación conforme a la Constitución (firma, aprobación en las Cámaras, control de constitucionalidad en su caso y ratificación) y no por su promulgación y publicación, las cuales solo cumplen funciones de publicidad y certeza, mientras que la vigencia se refiere a la vigencia internacional. (PÉREZ, Carmen, *Algunas cuestiones sobre la aprobación de los tratados en la reforma constitucional de 2005*, Revista de Derecho Público, N° 69, Universidad de Chile, Santiago Chile, 2007, p. 356; en el mismo sentido INFANTE, María Teresa, *Los tratados en el derecho interno chileno: el efecto de la reforma constitucional de 1989 visto por la jurisprudencia*, mayo-agosto 1996, en Revista Chilena de Derecho, Vol 23 N° 2 y 3, Tomo I, pp. 280s.p. 282). La falta de publicación de un tratado sólo tendría consecuencias en tanto no sería aplicable *ex officio* por los poderes públicos (PRECHT, Enrique, *Vino nuevo en odres viejos: derecho internacional convencional y derecho interno chileno*, en Revista Chilena de Derecho, Vol 23 N° 2 y 3, Tomo I, págs. 381-405 (1996), pág. 400). Por otra parte, la frase “*en lo pertinente*” afirma la naturaleza jurídica propia del tratado internacional frente a la ley, o sea, los tratados son una fuente jurídica distinta de la ley [HENRÍQUEZ, Miriam, *Los tratados internacional en la constitución reformada*, en Revista de Derecho Publico, Volumen 69, Tomo I, pp. 313-323 (2007), pág. 313 y pág. 319]. En el mismo sentido PEÑA, Marisol, *Control de constitucionalidad de los tratados internacionales*, en Revista de Derecho Publico, Volumen 69, Tomo I, pp. 313-323 (2007), págs. 497-501, pág. 499.

²⁰² Por su parte, el derecho internacional se limita a establecer que los Estados deben cumplir con sus obligaciones internacionales no pudiendo invocar normas de derecho interno para justificar su incumplimiento, o sea establece la responsabilidad internacional del Estado incumplidor, pero no señala cómo se recepciona en el derecho interno (RIVEROS, Edgardo, *Las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno. Notas sobre el caso chileno*, Revista Chilena de Derecho, Vol. 23 N° 2 y 3, Tomo I, pp. 341-380 (1996), pp. 341-342).

es parte del derecho chileno, el cual lo recepciona en forma automática²⁰³. En el mismo sentido, la doctrina nacional ha señalado que la omisión de una referencia explícita al derecho internacional general -esto es, la costumbre internacional y los principios generales del Derecho-, “*en ningún caso puede interpretarse como que aquellas fuentes no son admitidas por nuestro ordenamiento constitucional*”²⁰⁴.

Resumiendo, podemos sostener que al hablar de sistema jurídico nacional incorporamos en él aquellas normas del derecho internacional que hayan sido dotadas de aplicabilidad por la Constitución. Para establecer cómo se otorga esta aplicabilidad, es necesario distinguir conforme a la fuente de la norma. Así, el derecho internacional de tratados es recepcionado mediante el mecanismo establecido en la Constitución, esto es, la ratificación de los tratados internacionales. Por su parte, la costumbre internacional común y general se recepciona automáticamente por el ordenamiento jurídico²⁰⁵.

Lo dicho hasta aquí es válido para la generalidad de las normas de derecho internacional. Sin embargo, es necesario hacer una precisión relativa a las normas que reconozcan y protejan derechos fundamentales -o “*esenciales que emanan de la naturaleza humana*”, como los llama el constituyente-

²⁰³ GAETE, Eugenio, *op. cit.*, p. 275. En el mismo sentido BENADAVA, Santiago, *Las relaciones entre derecho internacional y derecho interno ante los tribunales chilenos*, en *Nuevos enfoques del Derecho Internacional*, Editorial Jurídica de Chile, 1992, pp. 10- 18. El autor concluye tras recorrer la jurisprudencia desde 1932 a 1989 que “*En general, podemos afirmar que la jurisprudencia de nuestros tribunales admite que las reglas de derecho internacional generalmente aceptadas se entienden automáticamente incorporadas en el derecho chileno, sin necesidad de un acto de recepción por parte de los órganos del Estado, y que deben ser aplicadas por los tribunales nacionales cuando se les presente ocasión para ello*” (pág. 18). María Teresa INFANTE sostiene que cuando la validez de la costumbre internacional ha sido rechazada se ha hecho por la falta de certeza respecto a su contenido específico o a la vigencia de determinado principio y no por negar la vigencia de tales principios en el orden interno (INFANTE, María Teresa, *Los tratados en el derecho interno chileno: el efecto de la reforma constitucional de 1989 visto por la jurisprudencia*, mayo-agosto 1996, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol 23 N° 2 y 3, Tomo I, pág. 284).

²⁰⁴ PFEFFER, Emilio, *Los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos y su ubicación en el orden normativo interno*, en *Revista Iuris et Praxis*, el línea, 2003, vol.9, n.1, pp. 467-484 . Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122003000100021&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0012, pág. 471.

²⁰⁵ NASH, Claudio, *La incorporación de los instrumentos internacionales de derechos humanos en el ámbito nacional: la experiencia chilena*, 2003, formato pdf, en línea en: <http://www.cdh.uchile.cl/conferencias_charlas/Nash/Derechos_Humanos-Unicef.pdf>, pág. 5.

pues tienen una estatus especial que pasamos a revisar a continuación y que es el que le corresponde al Convenio N° 169 de la OIT.

b) El Bloque de Constitucionalidad: los tratados internacionales de derechos humanos y la costumbre internacional

El derecho internacional público está en un proceso de permanente transformación desde su surgimiento hace tres siglos. Si antiguamente era considerado un derecho por y para los Estados, hoy se han incorporando nuevos sujetos como los pueblos indígenas, las organizaciones internacionales y en algunos casos el propio individuo. Asimismo, han sido reconocidas nuevas fuentes de obligaciones internacionales, como las resoluciones de ciertos organismos internacionales. Por otra parte, el derecho internacional ha comenzado a regular materias que antiguamente eran de competencia exclusiva de los Estados, particularmente la protección de los derechos humanos²⁰⁶. De esta manera se avanza sostenidamente desde un *Derecho de Estados* a un nuevo *Derecho de Gentes*, donde órganos supranacionales crean normas jurídicas y dictan jurisprudencia obligatoria para los Estados suscriptores²⁰⁷. Este fenómeno es el resultado de la transición de una concepción absoluta de la Soberanía hacia una limitada por el *Estado de Derecho*, fundado en el imperativo de paz y la tutela de los derechos humanos²⁰⁸.

Este proceso tiene un hito en la Convención de Viena, donde el derecho internacional de tratados reconoció la existencia del derecho internacional general o *ius cogens*, el cual se constituye como un límite absoluto a la soberanía estatal, por cuanto al ser normas aceptadas por la comunidad internacional en su conjunto, no pueden ser derogadas por la sola voluntad del Estado²⁰⁹.

²⁰⁶ SALINAS, Hernán, *Los tratados internacionales ante la reforma constitucional*, en Revista de Derecho Público, Volumen 69, Tomo I, pp. 491-496 (2007).

²⁰⁷ RIBERA NEUMAN, Teodoro, *El derecho internacional en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno*, en *Los Tratados Internacionales en la jurisprudencia constitucional*, Serie Seminarios y Congresos, Fundación Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2001, pág.18.

²⁰⁸ NOGUEIRA, Humberto, *Las constituciones y los tratados en materia de derechos humanos: América Latina y Chile*, en Revista Ius et Praxis, Universidad de Talca, año 6 N° 2, 2002, pp. 229-279, pág. 232.

²⁰⁹ Artículo 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de Tratados (1969).

Por otra parte, los Estados han reconocido la dignidad de la persona humana como el centro de su quehacer, y han limitado sus potestades con la obligación de respetar los derechos fundamentales de las personas y de los pueblos. Por ello -en cuanto los tratados internacionales de derechos humanos se constituyen en beneficio de la protección de la dignidad humana y no en favor de los Estados que los suscriben- su adopción constituye una auto-limitación de la soberanía estatal, de tal manera que no es posible aplicarles las reglas tradicionales del derecho de tratados, particularmente aquella que permite justificar su violación en el incumplimiento de la contraparte²¹⁰. Es más, hoy se habla de un cambio de paradigma en el derecho internacional, que ya no solo regula relaciones horizontales entre soberanos, sino que también regula relaciones verticales entre los Estados y los individuos, pasando desde una perspectiva netamente contractual a una constitucional²¹¹.

Este desarrollo fue recogido por las reformas constitucionales de 1989 que permitieron el pacto para la *transición a la democracia*²¹². Nos referimos particularmente a la modificación que sufrió el inciso segundo del artículo 5° de la CPR, el cual dice lo siguiente:

*El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, **garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.***

De esta manera, las normas de derechos humanos contenidas en los tratados internacionales, la interpretación y aplicación que de éstos hagan los órganos internacionales y las garantías constitucionales establecen un *punto de contacto* entre el derecho internacional y el derecho interno. Se

²¹⁰ NOGUEIRA, Humberto, *Las constituciones y los tratados...*, pág. 236.

²¹¹ MONTT y MATTA, citan a DUNOFF, Jeffrey y TRACHTMAN, Joel que señalan al respecto “[*The transformation in the basic subjects of international law*] represents a shift from the private law model of international law as exclusively regulating horizontal relations among sovereign equals to the public law model of also regulating vertical relations between states and individuals: in other words, a shift from contractual to constitutional functions” (*op. cit.*, n. 40).

²¹² CUMPLIDO, Francisco y NOGUEIRA, Héctor, *Teoría de la Constitución*, Santiago de Chile UNAB, 3ª edición, 1994, pág. 153.

configura así un *bloque constitucional de derechos*²¹³, que más que asignar un determinado rango a los tratados internacionales sobre derechos humanos en nuestro ordenamiento jurídico, establece que los derechos que éstos reconocen limitan el ejercicio de la soberanía del Estado.

Por su parte, la Corte Suprema en un reciente fallo ha ratificado la idea de que no solo existe un límite negativo al actuar del Estado, sino que los términos del inciso segundo del artículo 5° contienen un deber de promoción que constituye un imperativo de transitar siempre “*un camino que no afecte la dignidad ni los derechos fundamentales*”²¹⁴.

Ahora bien, es necesario dilucidar qué debe entenderse por “*derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana*”. Como señala Rodrigo CORREA, se trata de una fórmula que exige una concesión de principios pues “*requiere tanto que de la naturaleza humana eman[e]n derechos, como [de] la posibilidad de conocer la naturaleza humana*”²¹⁵. Una interpretación *originalista* de la misma nos sugiere que “*el constituyente originario deliberadamente subordinó la potestad estatal (soberanía) a las exigencias de la naturaleza humana, que es la que determina el derecho natural*”²¹⁶. Desde esta perspectiva, la costumbre internacional que consagre “*derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana*” constituye también límite al ejercicio de la soberanía estatal en los términos del inciso segundo del ya citado artículo 5°²¹⁷.

²¹³ NOGUEIRA, Humberto, *Las constituciones y los tratados...*, pág. 245.

²¹⁴ CORTE SUPREMA, caso *Machi Francisca Linconao con Sociedad Palermo Ltda.*, Rol N° 7287-2009, confirmando sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO, Rol 1773-2008, considerando 3°.

²¹⁵ CORREA, Rodrigo, *Informe de constitucionalidad Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la OIT*, Documento de Trabajo, Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato, Subcomisión de Legislación (Santiago, 2002).

²¹⁶ VERDUGO, Mario, PFEFFER, Emilio y NOGUEIRA, Humberto, *Derecho Constitucional, Tomo I*, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, p. 127. Los autores continúan y señalan que en estos casos “*el órgano contralor de constitucionalidad deberá, de acuerdo a la concepción teleológica de la Constitución explicitada, aplicar los preceptos que brinden mayor protección a los derechos por sobre aquellos que los desconozcan o de menor protección, en virtud de la norma que los derechos humanos constituyen un límite a la soberanía, siendo deber jurídico de todos los órganos estatales, incluido el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema, respetarlos y promoverlos*. En el mismo sentido PFEFFER, Emilio, *Los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos...*, p. 478. Aunque el autor advierte que se trata de un planteamiento doctrinario que no ha tenido acogida en la práctica (pp. 480).

²¹⁷ VERDUGO, Mario, y otros, *op. cit.*, p. 123 y p. 129.

Algunos autores sostienen que para que la idea de derechos que emanan de la naturaleza humana pueda tener algún sentido es necesario aceptar “*que dicha naturaleza es una y que es independiente del contexto cultural o de factores religiosos, sexuales, de edad, de raza, de clase u otros cualesquiera*”²¹⁸. O sea, desde la ortodoxia liberal, pretenden sustraer los derechos colectivos del *bloque de derechos constitucionales*. Sin embargo, aun cuando se entendiera que los derechos esenciales de los que habla el artículo 5° inciso segundo de la Constitución son únicamente los de *primera generación*, sería necesario admitir que los derechos de los pueblos indígenas y en particular sus derechos territoriales y autonómicos existen en función de hacer posible el ejercicio de los derechos individuales por lo que para poder garantizar esos derechos a los miembros de estos pueblos, es necesario reconocer sus derechos colectivos²¹⁹.

*En ciertos contextos históricos los derechos de la persona humana se garantizan y se pueden ejercer plenamente sólo si se reconocen los derechos de la colectividad y de la comunidad a la que pertenece esta persona desde su nacimiento y de la que forma parte y la cual le da los elementos necesarios para poder sentirse plenamente realizado como ser humano, que significa también ser social y cultural*²²⁰.

²¹⁸ CORREA, Rodrigo, *op. cit.* En un sentido similar Luis VILLAVICENCIO, sostiene que estos solo se refieren a los derechos de *primera generación* (derechos individuales); Raúl BERTELSEN afirma que estas son “*sólo [a las facultades humanas] fundamentales, básicas, aquellas sin las cuales la existencia de la hombre no es propiamente humana*” (Vid. BERTELSEN, Raúl, *Rango jurídico de los tratados internacionales*, mayo-agosto 1996, en Revista Chilena de Derecho, Vol 23 N° 2 y 3), Tomo I, pág. 216; VILLAVICENCIO, Luis, *La Constitución y los Derechos Humanos*, Editorial Jurídica Cono Sur, 2001, *op. cit.*, pp. 27-28).

²¹⁹ “*El liberalismo se constituye a partir de una concepción de la persona humana entendida como un individuo racional y autónomo. Esto significa que, 'cada hombre y cada mujer está dotado de la capacidad para discernir por sí mismo cuál es su bien, de diseñar un plan de vida a la luz de ese discernimiento y de, finalmente, ajustar el conjunto de sus actos a ese plan'. Esta es la cuestión central del liberalismo y es por ello que reconoce y protege los derechos individuales de las personas [...] La vida buena supone entonces la posibilidad de cada cual para dirigir su vida a partir de sus propias convicciones y de poder examinarlas constantemente a partir de la experiencia. Como las personas no toman sus decisiones ni las revisan en el aire -sino que lo hacen a partir de un contexto cultural o cultura societal que les da sentido a esas valoraciones-, la identidad colectiva -que es la que hace que un grupo de persona más o menos grande sea distinguible de los demás grupos de personas- es tan fundante de la autonomía como la identidad individual – o sea aquello que hace que una persona determinada sea la que es, diferente de las demás*” (MEZA-LOPEHANDÍA G., *Autonomía y Territorio Indígena...*, pp. 43s).

²²⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Comunidad (Mayagna) Awas Tigngi con Nicaragua* (2001), párr. 83-d.

Frente a la postura descrita, RUIZ-TAGLE propone equiparar la categoría de derechos esenciales a la de derechos fundamentales. Se trata de “*desarrollar una noción de derechos esenciales como derechos fundamentales, es decir, concebirllos como todos aquellos derechos y libertades beneficiados con la protección constitucional o internacional*”²²¹. El propio autor se encarga de destacar que interpretar el concepto de esta manera, “*resulta más acorde con una teoría democrática y los postulados actuales del constitucionalismo internacional*”²²². Asimismo, permite dotarlo de un contenido más preciso, constituido por los derechos y garantías consagrados en la Constitución y en el Derecho Internacional; y permite superar tanto el problema que plantea la estratificación de los derechos en primera, segunda y tercera generación como la cuestión de la jerarquía legal de los tratados²²³.

Como vemos, la Constitución chilena otorga explícitamente un estatus especial a ciertas normas de derecho internacional, específicamente a aquellas relativas a lo que el constituyente llama “*derechos esenciales emanados de la naturaleza humana*” -y que nosotros entendemos como derechos fundamentales-, contenidas en un tipo específico de fuentes del derecho internacional: los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes²²⁴, aunque no exclusivamente en ellos. Por esto se sostiene que en caso chileno se “*reconoce un rango de primacía a disposiciones internacionales sobre derechos humanos en relación con el ordenamiento interno*”²²⁵. De esta manera, las normas de derechos fundamentales contenidas en tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes se incorporan al sistema normativo como límites al ejercicio de la soberanía, “[enriqueciendo]

²²¹ RUIZ-TAGLE, Pablo, *Presentación: Constitucionalidad de los Tratados Internacionales en Chile*, en *Los Tratados Internacionales en la Jurisprudencia Constitucional*, Santiago de Chile, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2001, p. 13.

²²² *Ídem*.

²²³ Este último tema será tratado más adelante.

²²⁴ Humberto NOGUEIRA extrae de esta disposición todas sus consecuencias, abogando por la inderogabilidad de las normas de derechos fundamentales contenidas en un tratado internacional ratificado por Chile y que se encuentre vigente, toda vez que supondría el ejercicio de la soberanía por parte de órganos públicos más allá de los límites que la Constitución les establece (NOGUEIRA, Humberto, *Los tratados internacionales...* pág. 346).

²²⁵ GAETE, Eugenio, *Derecho Internacional y Derechos de los Estados: incorporación de los derechos humanos*, mayo-agosto 1996, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol 23 N° 2 y 3, Tomo I, pág. 268.

el artículo 19 al incorporar al catálogo de derechos públicos subjetivos los garantizados por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”²²⁶.

Este *ensanche* de las garantías constitucionales producido a partir del *punto de contacto* con el derecho internacional no involucra solamente a aquellos derechos establecidos en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. También incluye aquellos derechos que emanan de otras fuentes del derecho internacional, sea porque éste les otorga protección especial en el sentido propuesto por RUIZ-TAGLE o por ser “*derechos esenciales emanados de la naturaleza humana*”, como lo ven los *iusnaturalistas*.

Sin embargo, la norma constitucional analizada, junto con abrir el catálogo de derechos protegidos constitucionalmente, pareciera excluir de la recepción interna a las normas de derecho internacional general o *ius cogens*²²⁷ y las del derecho consuetudinario, limitándose a asignar este estatuto especial solo al derecho de tratados²²⁸. Al menos, esa pareciera haber sido la intención del constituyente²²⁹. Sin embargo, la interpretación constitucional no puede estar limitada por las reglas

²²⁶ PFEFFER, Emilio y EVANS, Eugenio, *Reforma Constitucional 2005: derechos y garantías constitucionales*, en ZÚÑIGA, Francisco, *Reforma Constitucional*, Santiago de Chile, Lexis Nexis, 2005, pp. 321-343, pág. 321. En el mismo sentido NOGUEIRA, Humberto, *Las constituciones y los tratados...*, pág. 238. En sentido contrario, RÍOS sostiene que la segunda parte del inciso solo viene a reparar la omisión del constituyente en tanto agrega el deber promocional del Estado respecto de los derechos fundamentales, que antes de la reforma se constreñía al deber de integrar “*armónicamente a todos los sectores de la nación*” (artículo 1° inciso quinto). El autor niega que abra el catálogo de derechos por cuanto esto implicaría contradicciones con el sistema de control constitucional de la ley y con el rígido sistema de modificación de la CPR, particularmente en su título III (2/3 de los congresistas en ejercicio). (RIOS, Lautaro, *Jerarquía normativa...*, págs. 8 y 14). Lo que no se entiende es cómo debería concretarse este deber estatal de promoción y respeto que el inciso agrega al ordenamiento jurídico, si éste no alcanza a los tribunales de justicia ni al contralor de constitucionalidad. Tampoco se ve el problema de consagrar diversos mecanismos de modificación de la Constitución.

²²⁷ El *ius cogens* es el conjunto de normas imperativas aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional como reglas que no admiten acuerdo en contrario y que solo pueden ser modificadas o dejadas sin efecto por una norma ulterior de las mismas características (Artículos 53 y 64 de la convención de Viena sobre Derecho de los tratados). Reglas de esta naturaleza son las que establecen el derecho de libre determinación de los pueblos y las que proscriben el genocidio.

²²⁸ PINOCHET, César, *op cit.*, pp. 12-13.

²²⁹ Cabe recordar que en el caso de la Constitución de 1980, el Poder Constituyente originario fue ejercido por la Junta Militar de Gobierno. A finales de la década de los 80's, el gobierno dictatorial negoció con los partidos políticos de la Concertación más Renovación Nacional una reforma constitucional que permitiera la transición a la democracia. En ese proceso de negociación, la Junta Militar rechazó la propuesta técnica presentada por los partidos para agregar un segundo inciso al artículo 5°, decía: “*Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos,*

hermenéuticas del derecho civil -que autoriza a buscar el sentido de una disposición oscura en la historia fidedigna de su establecimiento- pues tratándose de normas de inferior jerarquía, son éstas las que deben interpretarse conforme a la ley constitucional²³⁰. Por ello, la aplicación del texto constitucional no puede limitarse a las valoraciones de sus redactores, tanto por la necesidad de estabilidad del mismo -que exige flexibilidad en su interpretación- como por la escasa legitimidad de la comisión redactora²³¹. La interpretación *originalista* que pretende limitar el ejercicio de la soberanía solo por los tratados internacionales, excluyendo los principios de derecho internacional (costumbre, *ius cogens*), desatiende la primera parte del inciso segundo del artículo 5° que establece que lo que limita el ejercicio de la soberanía son los “*derecho esenciales que emanan de la naturaleza humana*”. Si bien, como hemos visto, se trata de una noción vaga fundada en concepciones *iusnaturalistas*, una interpretación democrática y republicana de la Carta Fundamental -a la cual nos obliga su propio artículo 4°²³²- incluye derechos fundamentales reconocidos y protegidos en otro tipo de fuentes del derecho internacional distintas de los tratados internacionales propiamente tales, como son el *ius cogens* y la costumbre internacional. Así lo ha sostenido la Corte Suprema en materia de derechos humanos:

garantizados por esta constitución y por las normas internacionales que comprometan a Chile”. Finalmente, el texto definitivo, aprobado por la dictadura, fue sometido a plebiscito en 1989. Sobre la negociación de la reforma del artículo 5° de la CPR ver CUMPLIDO, Francisco, *Alcances de la modificación del artículo 5° de la Constitución Política chilena en relación a los tratados internacionales*, en Revista Chilena de Derecho, Vol 23 N° 2 y 3, Tomo I, pp. 255-258 (1996).

²³⁰ La interpretación constitucional debe privilegiar “*el sistema de los valores y principios constitucionales sobre la letra de los preceptos y aplicará para discernir tal sistema conductor de su labor interpretativa las herramientas formales sin duda, pero insertadas en un contexto de significación que se les impone desde el ethos constitucional mismo...* [El intérprete] *privilegiará el que la Constitución forme una totalidad, que exige coherencia y encauzará su labor interpretativa hacia aquellas opciones que maximicen su contenido* (PRECHT, Enrique, *Vino nuevo...*, pág. 383).

²³¹ El recurso a la interpretación *originalista* en el caso chileno es sumamente complejo por varias razones. Primero, porque se suele citar como fuente las completísimas actas de la Comisión Ortúzar (disponibles en línea en la página web de la Biblioteca del Congreso), pero se olvida su carácter meramente asesor y su carencia de cualquier tipo de potestad pública. En segundo lugar, el proyecto de esta comisión no fue acogida totalmente por la Junta Militar. Además de esto, está el problema que supone para la opción valorativa por la interpretación democrática y republicana, la doctrina de la *democracia tutelada* defendida por dicha Comisión. También resulta relevante el hecho que entre las reformas de 1989 y de 2005 suman más de 100 modificaciones que han alterado aspectos relevantes de la institucionalidad (MUÑOZ, Fernando, *La interpretación originalista de nuestra constitución: ¿es posible y deseable?*, en Revista de Derecho Público, Volumen 69, Tomo II, pp. 383-388, 2007).

²³² El artículo citado que establece justamente que “*Chile es una república democrática*”.

*Igualmente, se ha declarado que el derecho internacional, aun consuetudinario, tiene prevalencia sobre la legislación nacional, a pesar que el primero no se encuentre traducido en tratados o convenciones obligatorias para Chile, sino solamente en los principios de derecho internacional generalmente aceptados, los que se entienden automáticamente incorporados en el derecho chileno, sin necesidad de un acto de recepción por parte de los órganos del Estado[...] y “deben ser aplicadas por los tribunales nacionales con preferencia al derecho interno”*²³³.

Ya hemos visto que la práctica judicial ha consagrado la tesis de que ambas fuentes se incorporan automáticamente al derecho interno, sin necesidad de un acto especial de recepción estatal²³⁴. En el mismo sentido PRECHT afirma que adoptar otra postura constituye una violación del derecho de tratados consagrado en la Convención de Viena -tratado internacional vigente y ratificado por Chile-, en cuanto esta “*está basada sobre la idea de la obligatoriedad jurídica del ius cogens*”²³⁵.

En definitiva, lo que consagra la norma en estudio es justamente la incorporación automática de la totalidad del derecho internacional de los derechos humanos a nuestro derecho interno²³⁶:

*[la norma del 5° inciso segundo] no solamente aquellos que hayan sido incorporados por tratados vigentes, sino que igualmente aquellos que pertenecen al Derecho Internacional común general, en virtud de tratarse de normas, o de ius cogens, o bien de derecho consuetudinario que ingresan al patrimonio interno nacional, no tan solo en virtud de la anterior disposición, sino en virtud de la propia jurisprudencia que permanentemente los ha reconocido y les ha otorgado aplicación, sea a título de principios del D.I., sea en virtud de la costumbre internacional.*²³⁷

Por otra parte, la jurisprudencia de los tribunales internacionales a los que Chile ha reconocido

²³³ CORTE SUPREMA, Caso contra Zapata y Romo, Rol N° 3452-2006, considerando 73°.

²³⁴ Ver *supra*, pp. 108s.

²³⁵ PRECHT, Enrique, *Vino nuevo...*, pág. 386. *El destacado es del autor*. La afirmación se funda en los artículos 38, 52, 53, 64 y 65 N° 5 de la Convención de Viena. Particularmente, el primero de ellos establece que una norma de un tratado puede llegar a ser obligatoria para un tercer Estado en cuanto se trate de una norma consuetudinaria de derecho internacional.

²³⁶ PRECHT, Enrique, *Vino nuevo...*, pp. 396 y 399.

²³⁷ GAETE, Eugenio, *Derecho Internacional y Derechos de los Estados: incorporación de los derechos humanos*, Revista Chilena de Derecho, Vol. 23 N° 2 y 3, Tomo I, (1996), pág. 266. El autor afirma que un tratado no ratificado puede ser invocado en la medida que sus normas cristalicen principios generalmente aceptados por los Estados, los tribunales o por la doctrina. “*Los tratados multilaterales sobre derechos humanos pueden ser aplicados, aun en defecto de ratificación por el Estado, a título de principios generales del Derecho o, incluso, a título de costumbre internacional*” (*op. cit.*, 275).

competencia -como el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos- establece que la forma de aplicación e interpretación de un tratado internacional y el alcance de los derechos fundamentales reconocidos por el derecho internacional obligan a Chile desde dos puntos de vista, uno difuso y otro concreto. En cuanto a lo primero, nos referimos al papel que las sentencias de estos tribunales juegan en la consolidación de una costumbre internacional. En el segundo sentido, resultan obligatorias por cuanto, una vez constitucionalmente ratificados, las normas contenidas en los tratados pasan a integrar el sistema jurídico nacional trayendo consigo el conjunto de reglas relativas a su creación, validez, aplicación e interpretación²³⁸. En virtud del *principio constitucional de juridicidad* que obliga a todos los órganos del Estado a ejecutar fielmente sus mandatos y las normas creadas o incorporadas conforme a ella, los tribunales de justicia están obligados a interpretar el derecho internacional conforme lo ha hecho la Corte Interamericana, toda vez que Chile ha ratificado los Tratados Internacionales que la crean y le reconocen competencia. Así lo ha entendido la propia Corte Interamericana en una sentencia en contra del Estado de Chile: “*el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana*”²³⁹.

El orden jurídico interno y el internacional se retroalimentan en materia de derechos humanos, debiendo primar siempre aquel que resulte más beneficioso para el ejercicio de los derechos de las personas (principio *pro homine*)²⁴⁰. Así por ejemplo, el entendimiento de la garantía de la propiedad del artículo 19° N° 24 de la Constitución, se ve *ensanchado* por la categoría de *hábitat y territorio indígena* que introduce el Convenio N° 169 y que ha desarrollado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre la base de la misma garantía establecida en el artículo 21° de la Convención Americana de Derechos Humanos²⁴¹. Desde esta perspectiva, la violación de los derechos

²³⁸ FUENZALIDA, Sergio, *La fuerza vinculante de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia indígena*, en BELLO, Álvaro y AYLWIN, José, *Globalización, Derechos Humanos y Pueblos Indígenas*, Temuco (Chile), Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas, 2008, pp 69ss.

²³⁹ CORTE INTERAMERICANA, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, pár. 124.

²⁴⁰ NOGUEIRA, Humberto, *Las constituciones y los tratados...*, págs. 241 y 249.

²⁴¹ El artículo 13.1 del Convenio N° 169 establece el término tierras debe “*incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera*”. Por su parte la Corte Interamericana ha establecido una interpretación evolutiva del derecho a la propiedad, incluyendo en éste la propiedad ancestral indígena sobre sus territorios y recursos en función del papel que éstos cumplen en la su

fundamentales contenidos en tales instrumentos, constituye tanto una violación del derecho interno como del derecho internacional²⁴².

Otra consecuencia del *bloque de constitucionalidad*, es que al incorporar las normas internacionales como límites al ejercicio de la soberanía, éstas deben ser utilizadas para realizar el control de constitucionalidad de las normas de carácter *infraconstitucional*, pues conforme a lo preceptuado en el artículo 5° inciso segundo de la CPR, pasan a formar parte de aquella. Así lo ha entendido la Corte Suprema, al señalar que:

*Esta Corte Suprema, en reiteradas sentencias ha reconocido que de la historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional contenida en el artículo 5° de la Carta Fundamental se deduce que los derechos esenciales limitan la soberanía y son “superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio poder constituyente, lo que impide que sean desconocidos.”*²⁴³

En atención a los elementos expuestos podemos concluir que el artículo 5° de inciso segundo de la CPR incorpora las normas de derecho internacional de los derechos humanos al sistema jurídico como límites al ejercicio de la soberanía del Estado. La costumbre internacional común y general es recepcionada en forma automática y obliga al Estado, en tanto se refiera a “derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”, lo que incluye los derechos colectivos, sea como derechos fundamentales o como condición indispensable para la protección de los derechos individuales de los miembros del colectivo. Lo mismo sucede con los tratados internacionales sobre derechos humanos, cuyas normas y su interpretación auténtica limitan el ejercicio de la soberanía desde que estén ratificados y se encuentren vigentes, como lo señala expresamente la disposición

subsistencia como pueblos diferenciados [*cfr.* Sentencia Caso Comunidad (*Mayagna*) *Awas Tigngi* con Nicaragua (2001); Comunidad *Yake Axa* vs. Paraguay (2005); Caso Comunidad *Sawhoyamaxa* vs. Paraguay (2007); Caso *Saramaka* vs. Surinam (2007)].

²⁴² NOGUEIRA, Humberto, *Las constituciones y los tratados...*, pág. 243.

²⁴³ Revista Fallos del Mes N° 446, Sección criminal, p. 2066, considerando 4°, citado en NOGUEIRA, Humberto, *Las constituciones y los tratados...*, pág. 265.

*aludida*²⁴⁴. De esta manera, las disposiciones del Convenio N° 169 de la OIT, y su interpretación y aplicación por los órganos competentes, particularmente la Corte Interamericana de Derechos Humanos, constituyen un límite al ejercicio de la soberanía del Estado. Esto significa que ningún poder estatal constituido (ejecutivo, legislativo o judicial), ni el propio constituyente (derivado), podrán ejercer sus funciones violentando dichos derechos, pues la “soberanía estatal no existe en materia de derechos humanos porque ella tiene como límite tales derechos” (principio de intangibilidad de los tratados internacionales sobre derechos fundamentales)²⁴⁵.

Con estas consideraciones, pasaremos a revisar la cuestión de la jerarquía legal de las normas de derecho internacional, distinguiendo según su fuente entre normas contenidas en tratados internacionales o en la costumbre común o general y, según su contenido, entre normas que consagran derechos fundamentales y normas que no los consagran.

2. La jerarquía normativa de las normas del derecho internacional y el estatus especial de aquellas relativas a derechos humanos

Los sistemas jurídicos, en tanto *conjunto ordenado* de normas, establecen jerarquías normativas que determinan la primacía de determinados tipos de reglas por sobre otras, de manera tal que el contenido de las de superior rango no puede ser afectado por la actuación por los poderes públicos, sean los jueces en el ejercicio de la jurisdicción que la Constitución les encomienda, el Congreso como *colegislador* o el Ejecutivo en sus atribuciones.

Cuando decimos que se trata de un ordenamiento coordinado, nos referimos a la existencia de principios y reglas que orientan la aplicación e interpretación de las normas legales, de modo que existen mecanismos preestablecidos para dirimir las eventuales contradicciones que puedan aparecer durante la vigencia de un sistema jurídico dado.

²⁴⁴ Cabe señalar que en este entendimiento de la disposición constitucional la mención explícita a los tratados internacionales se enmarca en el contexto en que fue agregada. Ver *supra* n. 227.

²⁴⁵ NOGUEIRA, Humberto, *Las constituciones y los tratados...*, págs. 242 y 250.

Esta cuestiones son relevantes para el tema que nos convoca, pues mucho se ha discutido en torno a la jerarquía legal de los tratados internacionales -como el Convenio N° 169 de la OIT- en el ordenamiento jurídico chileno.

a) Jerarquía legal de las normas internacionales ordinarias

En general, las normas contenidas en tratados internacionales tienen la jerarquía de una ley²⁴⁶. Esto significa que su aplicabilidad queda subordinada a su compatibilidad con las normas sustantivas de la Constitución y, a su vez, determina el contenido posible de las normas de inferior jerarquía como los reglamentos emanados de la potestad reglamentaria del Presidente de la República²⁴⁷. Se trata del *principio de jerarquía*, que establece que la norma inferior debe respetar el contenido normativo de la norma superior. Ahora bien, como complemento de este principio, existe el de *homogeneidad de las normas del mismo grado*²⁴⁸, o sea, todas las reglas de rango legal tienen el mismo valor, y un eventual conflicto entre ellas debe resolverse conforme al criterio de la temporalidad (la norma posterior deroga la anterior) y al de especialidad (la norma especial prevalece sobre la general).

Conforme a estos principios, un tratado que ingresa al sistema jurídico deroga las normas legales anteriores que lo contradicen²⁴⁹, salvo en caso que la norma anterior sea más especial que la posterior. A la inversa, para dejar sin efecto un tratado internacional, el legislador debe aprobar una *“ley categórica en tal sentido”*²⁵⁰. Evidentemente, esta derogación solo será válida en el plano interno, pues a nivel internacional puede generar la responsabilidad del Estado, conforme al artículo 27 de la Convención de Viena y el 54 N° 1 inciso quinto de la CPR²⁵¹. De esta manera, *“el Estado mantiene la*

²⁴⁶ MONTT, Santiago y MATTA, Manuel, *op. cit.*, p. 22.

²⁴⁷ CORDERO Q., Eduardo, *op. cit.*, p. 39.

²⁴⁸ *Ídem*, p. 34.

²⁴⁹ CORDERO Q., Eduardo, *op. cit.*, p. 46.

²⁵⁰ MONTT, Santiago y MATTA, Manuel, *op. cit.* pp. 22s

²⁵¹ La Convención de Viena sobre Tratados de 1969 señala que las partes de un tratado no pueden invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación de su incumplimiento. Esta idea fue recogida en el artículo 54.1 inciso quinto de la Constitución, a partir de la reforma constitucional de 2005, el cual señala que *“[l]as disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional”*. La norma citada se limita a replicar lo señalado en la Convención de

capacidad de inaplicar un tratado en el plano interno, tanto por ley posterior, por declaración de no autoejecutabilidad — que corresponde a cualquier tribunal— como también por sentencia del Tribunal Constitucional en control represivo”²⁵².

Sin perjuicio de esto, la CPR introdujo nuevas categorías de leyes distinguiéndolas por su quórum y procedimiento de aprobación y las materias que regulan²⁵³. La cuestión merece nuestra atención, ya que cabe preguntarse si dichas categorías implican jerarquía y en caso afirmativo, qué categoría correspondería a los tratados internacionales. Si todas son leyes, pareciera necesario aceptar que tienen la misma jerarquía, debiendo resolverse sus conflictos conforme a los principios arriba reseñados. Sin embargo, no es fácil aceptar que una norma aprobada con quórum simple deje sin efecto leyes cuya aprobación requiere de una *supermayoría*. Este problema ha sido resuelto conforme al *principio de procedimiento*, estableciéndose la inconstitucionalidad por incumplimiento de la forma exigida por la Constitución para regular determinada materia²⁵⁴. Este razonamiento es válido para los tratados internacionales, toda vez que la Constitución reformada el 2005 hace aplicable los quórum del artículo 66 a la ratificación de los tratados internacionales, por lo que para que éstos ingresen al sistema jurídico nacional deben haber sido aprobados con las mayorías que corresponden a las materias que traten. De esta manera, un tratado internacional deroga toda norma anterior que resulte incompatible incompatible con él (sin perjuicio de la aplicación del principio de especialidad), siempre que haya sido aprobado con los quórum correspondiente²⁵⁵.

Viena. Entender lo contrario, es confundir el plano interno con el plano internacional y de paso quitar el control democrático (débilmente radicado en el sistema constitucional chileno en el Congreso) sobre la infinidad de materias sobre las que recaen los tratados internacionales. En un sentido similar: MONTT, Santiago y MATTA, Manuel, *op. cit.* p. 23.

²⁵² *Ídem*, p. 21.

²⁵³ Se trata de las leyes interpretativas de la constitución; las leyes orgánico constitucionales; las leyes de quórum calificado y las leyes ordinarias (arts. 63 y 66 de la CPR)

²⁵⁴ CORDERO Q., Eduardo, *op. cit.*, p. 36 y 44.

²⁵⁵ Este es el caso del Convenio N° 169 de la OIT, aun cuando la mayor parte de su tramitación se dio antes de la reforma constitucional de 2005. En la Cámara de Diputados obtuvo 72 votos a favor, esto es 3/5 de los diputados en ejercicio, cifra bastante superior a los 4/7 que exige la aprobación de normas orgánico constitucionales. Asimismo, en el Senado obtuvo 36 de 38 votos posibles, esto es, más de 2/3 de los votos posibles, lo que supera el máximo quórum exigido en la Constitución.

Todo lo dicho es aplicable en general a las normas emanadas del derecho consuetudinario²⁵⁶.

b) La jerarquía legal de los tratados internacionales relativos a derechos humanos

En la doctrina constitucional y *iusinternacionalista* chilena se pueden verificar diversas posturas respecto de la jerarquía legal de los tratados internacionales de derechos humanos, que van desde la jerarquía *supraconstitucional* hasta el rango *simplemente legal* de los mismos²⁵⁷.

Sin embargo, como hemos visto, la CPR establece un estatuto especial para las normas de derecho internacional que consagren o protejan derechos fundamentales. Éstas, junto a las garantías del artículo 19°, forman lo que la doctrina constitucional llama el *bloque de constitucionalidad*, el cual

²⁵⁶ Siguiendo la doctrina clásica, MONTT y MATTA sostienen que el derecho internacional consuetudinario sólo es aplicable “*si no existe conflicto con las normas legales domésticas*”. Sin embargo, reconocen que existe jurisprudencia en contrario (vg. Lauritzen con Fisco) (*op. cit.*, p. 20).

²⁵⁷ Haciendo un breve recuento podemos ubicar en las diversas posturas a los autores más destacados: rango *supraconstitucional* o jerarquía de norma suprema de estos tratados (HUMBERTO NOGUEIRA, CLAUDIO NASH, CECILIA MEDINA); jerarquía constitucional (FRANCISCO CUMPLIDO); la *supralegalidad* pero *infraconstitucionalidad* (SILVA BASCUÑAN, RAÚL BERTELSEN); y la mera legalidad (ALBERTO RIOSECO y TEODORO RIBERA NEUMAN). Utilizando argumentos de historia fidedigna del establecimiento de la Constitución, Raúl BERTELSEN (*op. cit.*, pág. 219) señala que darle rango constitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos tensiona diversas normas de la Carta. Entre ellas el artículo 6°, en cuanto sujeta el accionar de los organismos públicos a la Constitución y las normas dictadas conforme a ella. Sin embargo, no se hace cargo de que los tratados internacionales son normas que ingresan al sistema jurídico nacional justamente por mandato constitucional, por lo que sí son “*normas dictadas conforme a ella*” (es la que les dota de aplicabilidad). Alude además al control de constitucionalidad *ex-ante* que se ordena al Tribunal Constitucional respecto de las normas que incidan en materias orgánicas constitucionales y las demás en cuanto se produzca un requerimiento parlamentario para el control de constitucionalidad. Sin embargo, dicho control no obsta, pues se verifica antes de la ratificación y entrada en vigencia del Tratado, por lo que éste aun no constituye límite a la soberanía estatal. En cuanto a su carácter *supra legal*, lo afirma confundiendo con la auto-ejecutabilidad: “*son normas aplicables de modo inmediato cuando ello es posible, y tal situación ocurre cuando tienen un grado de precisión que permite hacerlo sin esperar el desarrollo normativo del derecho interno*” (*Ídem*, pág. 221). RIBERA NEUMAN niega que el artículo 5° inciso 2° transforme a los tratados de derechos humanos en constitución material y forme con ella un *bloque de constitucionalidad*, calificando dicha interpretación como voluntarista, afirmándose en cierta jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Rol 346). Sin embargo, el mismo en una nota al pie, señala que pese a que se propuso consignar la supremacía constitucional sobre los tratados internacionales durante la tramitación de la reforma, esto no prosperó, lo cual es un nuevo antecedente en favor de la doctrina del *bloque de constitucionalidad*. El precepto propuesto pero rechazado señalaba que “*Los tratados internacionales, una vez promulgados y publicados, formarán parte del ordenamiento jurídico de la República y una vez en vigor, prevalecerán sobre las leyes y otras normas de menor jerarquía*”. A contrario sensu, sostiene el autor, los tratados internacionales no prevalecerían sobre la Constitución (RIBERA NEUMAN, Teodoro, *op. cit.*, págs. 521 y 528).

actúa como límite a la soberanía, por lo que obligan a todos los poderes del Estado, incluyendo al legislativo²⁵⁸. De esta manera, la cuestión sobre el rango legal de los tratados internacionales pierde relevancia cuando nos enfrentamos a normas de derechos humanos, puesto que éstos limitan la soberanía del Estado, lo que implica que tanto el ejecutivo, como el legislativo y judicial deben respetarlos y promoverlos.

Antes de continuar, cabe preguntarse acerca de si el Convenio N° 169 de la OIT contiene normas de derechos humanos para los efectos del artículo 5° inciso segundo de la CPR. Se trata a todas luces de un tratado internacional que consagra derechos colectivos o de *tercera generación*²⁵⁹. Si bien esta constatación podría ser suficiente para responder afirmativamente la cuestión planteada, algunos autores sostienen que solo los derechos individuales pueden ser considerados como “*esenciales que emanan de la naturaleza humana*”²⁶⁰. Esta aseveración constituye una petición de principio, pues existe una antigua tradición del pensamiento occidental que concibe la *naturaleza humana* como esencialmente social²⁶¹. Por otra parte, ya argumentamos en torno a que quienes suscriben esta postura, deben explicar de qué manera las personas pertenecientes a pueblos indígenas -que fundan su identidad en su relación con sus territorios- pueden ejercer sus derechos individuales si no les son reconocidos derechos colectivos que les permitan sustentar la identidad cultural desde donde aquellos puedan tener sentido²⁶². A esto hay que agregar que indiscutiblemente el derecho internacional considera los derechos colectivos como derechos humanos y particularmente los de los pueblos indígenas²⁶³. Asimismo, el Preámbulo del propio Convenio N° 169 recuerda que “*que en muchas partes del mundo esos pueblos no pueden gozar de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto*

²⁵⁸ NASH, Claudio, *La incorporación de los instrumentos internacionales...*, p. 8 y 9. La cuestión sobre si constriñe o no al Poder Constituyente está en discusión. A nuestro juicio limita al poder constituyente derivado, más no al originario, que sólo está obligado por las normas del *ius cogens*.

²⁵⁹ MONTT, Santiago y MATTA, Manuel, *op. cit.*, p. 4.

²⁶⁰ Ver *supra*, n. 216.

²⁶¹ Basta recordar el *zoon politikón* de Aristóteles.

²⁶² Ver *supra*, n. 217.

²⁶³ Basta recordar la Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas de Naciones Unidas, en la que se los considera como titulares del derecho a la autodeterminación concretada en autonomía. Cabe mencionar también la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los diversos informes y recomendaciones del Relator Especial de Naciones Unidas para los Derechos y Libertades de los Indígenas, que se refieren permanentemente a los derechos de los pueblos indígenas.

de la población de los Estados en que viven y que sus leyes, valores, costumbres y perspectivas han sufrido a menudo una erosión”, lo que evidencia que la intención del mismo es contribuir a superar esta situación. Por último, tanto el Congreso como el Ejecutivo tuvieron siempre a la vista el hecho de estar ratificando un tratado de derechos humanos²⁶⁴ y “debe entenderse que no han querido crear una situación de conflicto con el Derecho interno y que, por el contrario, estiman que dicho tratado contiene normas de derechos humanos para los efectos del artículo 5º”²⁶⁵. Es más, la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Diputados ratificó la idea de que es necesario reconocer *derechos de tercera generación* a los pueblos indígenas²⁶⁶.

Todas esta argumentación nos permite concluir que el Convenio N° 169 es un tratado internacional de derechos humanos, y que por lo tanto las normas que contenga que tengan tal carácter, serán límite al ejercicio de la soberanía.

A continuación revisaremos distintas situaciones de conflicto entre normas y su solución de acuerdo a esta perspectiva.

Normas internacionales de derechos humanos y Constitución

Normalmente las normas constitucionales e internacionales son complementarias, y se

²⁶⁴ La propia Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía en su Primer Informe sobre el Proyecto de Acuerdo que Aprueba el Convenio N° 169 de la OIT, recordó que: “En el ámbito de competencia fijado por la honorable Cámara, a esta Comisión, se señaló que ella tendrá por objeto 'informar los proyectos de ley y los tratados internacionales que contemplen normas sobre derechos humanos, nacionalidad y ciudadanía', a la vez que 'defender y promover los derechos fundamentales del hombre, consagrados en la Constitución Política y en los tratados internacionales'” (COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, NACIONALIDAD Y CIUDADANÍA, *Primer Informe sobre el Proyecto de Acuerdo que Aprueba el Convenio N° 169 de la OIT*, Boletín N° 233-10, formato aspx, en línea <<http://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmID=1377&prmTIPO=INFORMEPLY>>, consultado el 21 de junio de 2010, p. 2).

²⁶⁵ MONTT, Santiago y MATTA, Manuel, *op. cit.*, p. 27.

²⁶⁶ “La necesidad de reconocer la íntima relación del individuo con la cultura del pueblo al cual pertenece, y de respetar la identidad cultural de ese individuo junto a la de todos los que conforman ese grupo, hace surgir la concepción de un nuevo derecho humano colectivo, cuyo sujeto receptor es el pueblo o grupo étnico del cual forma parte. Este derecho humano colectivo, por constituir un desarrollo doctrinario nuevo, ha sido llamado de 'tercera generación'” (COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS..., p. 6).

enriquecen y potencian mutuamente. Sin embargo, es necesario establecer qué sucede en los casos en que sean contradictorias.

Algunos autores sostienen que prima la norma internacional en cuanto reconozca derechos fundamentales. Se fundan en que aquellas limitan el ejercicio de la soberanía, incluyendo la del poder constituyente derivado, que queda imposibilitado de actuar en sentido contrario a su vigencia²⁶⁷. Otros defienden la postura opuesta, esto es, que prima la norma constitucional²⁶⁸, y argumentan que ello es consecuencia del principio de legitimidad democrática.

*Consecuentemente con el principio de legitimidad democrática, la Constitución es el cuerpo que determina el ordenamiento jurídico nacional, así como la validez, eficacia y aplicabilidad de las normas en el plano interno, de modo que no puede pasarse por alto el sistema de competencias y jerarquías que ella establece*²⁶⁹.

La idea que la derogación de las normas constitucionales se da solo cuando el tratado ha sido aprobado por el quórum requerido para modificar el capítulo de derechos y deberes, esto es, 2/3 partes de los congresistas en ejercicio, es consistente con esta posición²⁷⁰.

Una tercera postura -que es la que defendemos-, es la que propone que la recepción de tratados internacionales que contengan normas sobre *derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana*,

²⁶⁷ Desde el *iusnaturalismo* VERDUGO, PFEFFER y NOGUEIRA señalan que el artículo 5° de la CPR “**puede incorporar preceptos que sean derechos humanos en contradicción con normas constitucionales preexistentes, por cuanto... el criterio central es si el tratado que introduce el derecho produce un mejoramiento objetivo en la seguridad y garantía de los derechos en Chile, ya que éstos no son una creación del Estado ni del constituyente, sino que son inherentes al ser humano, correspondiendo al Estado sólo protegerlos y tolerarlos, constituyendo ellos un límite a la soberanía, a la potestad estatal, incluido el Poder Constituyente derivado...En efecto, no hay otra interpretación armónica del texto constitucional que sea coherente, además, con el tenor literal del artículo 5°, sino aquella que sostiene que el constituyente originario deliberadamente subordinó la potestad estatal (soberanía) a las exigencias de la naturaleza humana, que es la que determina el derecho natural**” (VERDUGO, Mario, y otros, *Derecho Constitucional*, Tomo I, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005 pág. 127). En el mismo sentido: NOGUEIRA, Humberto, *Los tratados internacionales...* pág. 346.

²⁶⁸ PINOCHET, César, *op. cit.*, pp. 35 s; GAETE, *op. cit.* pp. 272-273.

²⁶⁹ MONTT, Santiago y MATTA, Manuel, *op cit.*, p. 24.

²⁷⁰ Se sostiene que tratándose de normas contenidas en tratados vigentes al momento de la reforma constitucional de 1989, que introdujo el inciso segundo del artículo 5°, se produce la derogación tácita de las normas constitucionales que las contradigan (CUMPLIDO, Francisco, *Alcances de la modificación del artículo 5° de la Constitución Política chilena en relación a los tratados internacionales*, mayo-agosto 1996, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol 23 N° 2 y 3, Tomo I, Pág. 258).

o sea, derechos fundamentales, modifican la Constitución por sí mismos²⁷¹.

A este respecto, cabe recordar que el procedimiento de reforma consagrado expresamente como tal en la Constitución requiere en general del voto favorable de 3/5 de los miembros en ejercicio de cada Cámara. Sin embargo, tratándose de normas que modifiquen ciertos capítulos -entre ellos el referido a las bases de la institucionalidad y el relativo a los derechos y deberes constitucionales- se exige 2/3 de los diputados y senadores en ejercicio²⁷². Este quórum se convierte en una *cláusula pétrea* que en la práctica vuelve imposible modificar la Constitución en estos aspectos, sobre todo si consideramos los excesivos mecanismos *contramayoritarios* del sistema constitucional chileno²⁷³. Frente a esto, resulta complejo afirmar la prevalencia de la Constitución respecto de los tratados internacionales de derechos humanos en el *principio de legitimidad democrática*. Es más, parece razonable admitir que el artículo 5° inciso segundo constituye un procedimiento de modificación de la Constitución en materia de derechos humanos distinto y más sencillo que las *supermayorías* establecidas en el capítulo XV de la Carta Fundamental. Ambos son perfectamente válidos en cuanto han sido establecidos por el propio constituyente²⁷⁴, y por lo tanto no implican “*pasar por alto el sistema de competencias y jerarquías que ella establece*”²⁷⁵. Además “*no existe un dogma que establezca que las constituciones deben tener un determinado procedimiento de enmienda o que impida que una constitución tenga para ello procedimientos diferentes, atendido el carácter o*

²⁷¹ PINOCHET, César, *op. cit.*, pág. 35.

²⁷² Art. 127 CPR. Los capítulos protegidos por mayorías *ultrareforzada* son, además de los dos mencionados, VIII sobre El Tribunal Constitucional; el XI, relativo a las Fuerzas Armadas y de Orden; el XII que establece el Consejo de Seguridad Nacional; el propio capítulo XV que establece el mecanismo de reforma constitucional.

²⁷³ A modo de ilustración, contamos con la Ley Orgánica Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios, que establece requisitos excesivos a las candidaturas independientes y no acepta patrocinio de organizaciones sociales; la Ley Orgánica de Partidos Políticos, que exige completar en doscientos días la inscripción de un número de militantes que represente el 0,5% del padrón electoral de al menos tres regiones contiguas (u ocho discontinuas); el sistema binominal que sobre representa a la segunda mayoría y deja sin representación a las minorías; el régimen de mayorías reforzadas para legislar respecto de materias tan diversas como la educación o el sistema político; y la cuestionada composición del Tribunal Constitucional. El tema ha sido recientemente puesto en el debate público -al menos respecto de algunos de los elementos mencionados- en una entrevista que en constitucionalista Fernando ATRIA concedió al periódico *The Clinic*. Puede consultarse en línea en: <<http://www.theclinic.cl/2009/07/25/fernando-atrta-abogado-constitucionalista-%E2%80%99Cla-constitucion-le-da-poder-de-veto-a-la-derecha%E2%80%99D/>>. También en su artículo, *Porque es necesaria una nueva constitución*, en línea, formato html, disponible en internet en: <<http://www.observatorio.cl/opiniones/%C2%BFes-necesaria-una-nueva-constitucion/>>. (sic)

²⁷⁴ NOGUEIRA, Humberto, *Los tratados internacionales...*, pp. 343-344.

²⁷⁵ MONTT, Santiago y MATTA, Manuel, *op. cit.*, p. 24.

naturaleza de lo que se quiere modificar”²⁷⁶. Por otra parte, la idea que las normas constitucionales prevalecen sobre las disposiciones de los tratados internacionales sobre derechos humanos y que entenderlo de otra manera supondría establecer un nuevo mecanismo de reforma constitucional inaceptable está en la sentencia del Tribunal Constitucional del caso Almeyda²⁷⁷, dictado en la época *preconstitucional*, antes de las reformas de 1989 que eliminaron el artículo 8° que proscribía los partidos marxistas y que agregara la segunda parte del inciso segundo del artículo 5°²⁷⁸. En definitiva, esta reforma “*modificó[...] la manera en que la Constitución se enriquecería con nuevos modos de protección o nuevos reconocimientos formales de 'derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana'*”²⁷⁹.

Normas internacionales de derechos humanos, leyes y reglamentos

Otro punto relevante en relación a la jerarquía de las normas de derecho internacional de los derechos humanos, es qué sucede con las normas legales o reglamentarias que sean incompatibles con aquellas. Ya hemos visto que la entrada en vigencia de un tratado internacional de derechos humanos -como la de cualquier tratado internacional- implica la derogación tácita de toda ley anterior que se encuentre en contradicción con ella por la simple aplicación del principio *lex posteriori derogat priori*²⁸⁰. Ahora bien, el estatus especial que la Constitución entrega a las normas internacionales de derechos humanos, permite afirmar que “*desde el momento en que rige un tratado, se incorpora su contenido al ordenamiento jurídico interno y se deroga toda norma jurídica de cualquier nivel o naturaleza incompatible con lo estipulado en él*”²⁸¹. O sea, también prevalece sobre las normas

²⁷⁶ NASH, Claudio, *La incorporación de los instrumentos internacionales...*, pp. 8s.

²⁷⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N° 46, 1987.

²⁷⁸ Lamentablemente el Tribunal Constitucional se ha hecho eco recientemente de esta jurisprudencia. De hecho, la ha citado para justificar su posición de supremacía de la Constitución frente a normas internacionales de derechos humanos (Cfr. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N° 346, año 2002, considerando 64°).

²⁷⁹ MEDINA, Cecilia, *El derecho internacional de los derechos humanos y el ordenamiento jurídico chileno*, citado en SILVA BASCUÑAN, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional, Tomo IV. La Constitución de 1980, Bases de la institucionalidad. Nacionalidad y ciudadanía. Justicia Electoral*, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1997, pág. 128.

²⁸⁰ MONTT, Santiago y MATTA, MANUEL, *op. cit.*, p. 22.

²⁸¹ SILVA BASCUÑAN, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional, Tomo IV. La Constitución de 1980, Bases de la*

especiales.

De esta manera, reglas como las contenidas en la Ley de Concesiones Geotérmicas, han sido derogadas en cuanto a la aplicabilidad de sus disposiciones en territorios indígenas, en cuanto resultan incompatibles con derechos reconocidos en el Convenio, particularmente los de consulta y participación. En esta línea ha estado el propio Tribunal Constitucional, al declarar modificadas de pleno derecho por dicho tratado la Ley Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional y la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional²⁸².

En cuanto a las normas jurídicas dictadas con posterioridad a la entrada en vigencia de la norma internacional de derechos humanos, éstas deberán ser declaradas como inconstitucionales en el control de constitucionalidad *ex-ante* que debe realizar el Tribunal Constitucional (obligatorio si se trata de leyes orgánico constitucionales o a requerimiento de autoridad competente durante su tramitación)²⁸³.

*[M]ás allá de disquisiciones dogmáticas sobre la jerarquía, en la práctica, los tratados internacionales quedan en una posición superior a las leyes ordinarias, pues, **por una parte derogan el Derecho interno anterior, y, por otra parte, no son derogables por la actividad normativa posterior del Congreso Nacional.***²⁸⁴

Si la norma posterior en cuestión aprobare el examen de control abstracto pese a ser contraria a un tratado internacional de derechos humanos y por lo tanto inconstitucional, el juez o las partes de un litigio donde se pretende aplicar, pueden solicitar que se declare su inaplicabilidad por

institucionalidad. Nacionalidad y ciudadanía. Justicia Electoral, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1997, pág. 121.

²⁸² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol 309, año 2000, considerando 6° y 7°.

²⁸³ Artículo 93 N° 1 y 3 de la CPR.

²⁸⁴ MONTT, Santiago y MATTA, Manuel, *op. cit.*, p. 23.

inconstitucionalidad²⁸⁵, a partir de la cual puede ser derogada con efectos generales por el propio Tribunal Constitucional²⁸⁶.

A la inversa, el control de constitucionalidad de los tratados internacionales de derechos humanos solo puede ser *ex-ante*, esto es, durante su tramitación, antes de su aprobación y ratificación, sea por requerimiento parlamentario o por que trate materias orgánico constitucionales²⁸⁷.

Asimismo, la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad -o control *ex-post*- resulta improcedente respecto de normas de derechos humanos recepcionadas en el ordenamiento jurídico, pues **si se admitiese el control represivo de constitucionalidad respecto de normas internacionales de derechos humanos que ya han ingresado al sistema jurídico nacional, estaríamos violentando el artículo 5° inciso segundo que establece que aquellas constituyen un límite al ejercicio de la soberanía**²⁸⁸. Obviamente, la declaración de inaplicabilidad es una forma de ejercicio de la misma, por lo que debe respetar esta norma fundamental de las bases de la institucionalidad²⁸⁹.

²⁸⁵ El artículo 37° inciso segundo de la Ley Orgánico Constitucional del Tribunal Constitucional establece que: “Resuelto por el Tribunal que un precepto legal es constitucional, no podrá declararse inaplicable por el mismo vicio materia del proceso y de la sentencia respectiva”. Esta norma es compleja, pues desconoce el carácter de control concreto *ex-post* de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, muy diferente al control abstracto de constitucionalidad que se verifica *ex-ante*. En este sentido, el TC ha fallado recientemente admitiendo que el haber declarado la constitucionalidad de un precepto en control *ex-ante*, no lo inhabilita para conocer de inaplicabilidad, justamente porque en el primer caso “no consideró ningún vicio específico que pudiera afectar la constitucionalidad del precepto examinado en ese momento, sino que se limitó al análisis abstracto propio del control preventivo obligatorio de constitucionalidad a que se refiere el inciso primero del artículo 93 N° 1 de la Carta Fundamental”. (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N° 1365-2009, considerando 9°).

²⁸⁶ Artículo 93 N° 6 y 7 de la CPR.

²⁸⁷ Artículo 93 N° 1 y 3 de la CPR.

²⁸⁸ NOGUEIRA, Humberto, *Las constituciones y los tratados*, pág. 243.

²⁸⁹ Otros agregan que el control concreto queda prohibido por la norma del artículo 54 N° 1 inciso quinto que prohíbe derogar, modificar o suspender un tratado internacional de un modo distinto al establecido en el derecho internacional, quedando comprendido el efecto de la inaplicabilidad en el de suspensión del tratado a que se refiere la norma prohibitiva citada (PEÑA, Marison, *op. cit.* Pág. 500; también GARCÍA, Ana María, *op. cit.*, pp. 508s). Como ya hemos visto, dicha norma lo que hace es consagrar constitucionalmente la regla del derecho internacional que prohíbe invocar el derecho interno para justificar el incumplimiento de un tratado (art. 27 Convención de Viena) y no implica una renuncia estatal al control del contenido normativo del ordenamiento jurídico, como sugiere la tesis expuesta. A favor del control represivo de constitucionalidad, e incluso del control de juridicidad por parte de la CGR en el trámite de toma de razón de los tratados internacionales RIBERA NEUMAN, Teodoro, *La incorporación de los tratados internacionales al orden jurídico chileno*, en Revista de Derecho Público, Volumen 69, Tomo I, pp. 511-528 (2007). También se señala que el artículo 93 N° 6 habla de “resolver la inaplicabilidad de un precepto legal”, frase en la que no cabría incluir a los tratados internacionales ya que cuando el mismo artículo quiere incluirlos lo hace expresamente (N°

*Los tratados ratificados por Chile y que se encuentren vigentes en el orden internacional de acuerdo al derecho internacional, obligan a todos los órganos del Estado. En materia de derechos humanos Chile es, entonces, un país monista. Más exactamente, en nuestro país existe un “acoplamiento” total, incluyendo autoejecutabilidad o efecto directo y supremacía, todo ello por expresa disposición del artículo 5° de la Constitución. Como consecuencia, **el Congreso, el Presidente y el Tribunal Constitucional carecen de las potestades necesarias para suspender o inaplicar tales normas en el derecho interno**²⁹⁰.*

Ahora bien, cabe señalar que el Tribunal Constitucional al hacer control de constitucionalidad a su propia Ley Orgánica Constitucional, declaró la inconstitucionalidad de la norma contenida en el proyecto (artículo 47 b) que establecía que el control represivo concreto (inaplicabilidad por inconstitucionalidad) no procedía respecto de normas contenidas en tratados internacionales, estableciendo a *contrario sensu* que esta sí es posible²⁹¹. Sin embargo, esta afirmación debe entenderse como válida solo respecto de los tratados internacionales que no contengan normas sobre derechos fundamentales, ya que éstos limitan el ejercicio de la soberanía del Estado, incluyendo la del Tribunal Constitucional.

Por su parte, la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, señala que la cuestión de constitucionalidad del artículo 93 N° 7 “*no podrá promoverse respecto de un tratado ni de una o más de sus disposiciones*”²⁹².

1 y 3; SALINAS, *op. cit.*, pág. 495). En el mismo sentido GARCÍA, Ana María, *Control de constitucionalidad de los tratados internacionales con especial referencial al control represivo*, en Revista de Derecho Público, Volumen 69, Tomo I, pp. 502-520 (2007).

²⁹⁰ MONTT, Santiago y MATTA, Manuel, *op. cit.* p. 23.

²⁹¹ El Tribunal Constitucional argumentó sobre la base de tres razonamientos: 1) si bien el Tratado Internacional no es una ley, nada obsta a que contenga “*preceptos legales*” en el sentido del artículo 93 N° 6 de la CPR (considerando quincuagésimo quinto); 2) que la declaración de inaplicabilidad no constituye una derogación del Tratado Internacional, la cuál sí estaría prohibida por la propia Constitución en su artículo 54 N° 1, pues sólo produce efectos en el caso concreto (considerando quincuagésimo sexto); 3) que el contenido de la disposición impugnada excede el ámbito que el artículo 92 de la Constitución otorga a la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, que solo concierne a la organización, funcionamiento, y procedimientos que se siguen ante éste (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol 1228-2008, 18 de agosto de 2009, considerando 71°). Como puede apreciarse, el Tribunal no abordó la cuestión de las normas de derechos fundamentales contenidas en tratados internacionales y adhirió a la tesis monista al argumentar que el artículo 54 N° 1 limita internamente la potestad normativa del Congreso, cuestión que como hemos señalado, no compartimos.

²⁹² Artículo 47 letra Ñ, inciso segundo.

Desde esta perspectiva el problema de la jerarquía se resuelve indirectamente, en cuanto el juez al ejercer la jurisdicción no puede desconocer las normas del derecho internacional de los derechos humanos, pues ello significaría traspasar el límite impuesto por la Constitución. Esto es lo que afirma BERTELSEN cuando defiende su tesis sobre la jerarquía *supra legal* (pero *infra constitucional*) de los tratados internacionales sobre derechos humanos. Señala el autor que:

[e]n virtud de lo primero [del deber de respeto a los derechos garantizados por tratados internacionales], existe la necesidad de conformarse a lo dispuesto en tratados internacionales ratificados y vigentes en Chile, y ese deber recae sobre todo órgano del Estado, no únicamente sobre los órganos legislativos, de modo que todo órgano administrativo y todo tribunal, cuando haya de adoptar una decisión ha de acoger la contenida en el tratado internacional si ella estuviere en contradicción con una norma de derecho interno inferior a la Constitución... [no es que ellos tengan] competencia de anular normas de derecho interno contrarias a las de los tratados, sino de otorgar a las de éstos el primer orden de prioridad después de la Constitución²⁹³.

De esta manera, las discusiones en torno a las relaciones entre el derecho internacional y nacional pierden vigencia desde que el derecho internacional de los derechos humanos tiene la preeminencia absoluta respecto del derecho interno cuando proteja de mejor manera los derechos fundamentales²⁹⁴.

En definitiva, a partir del texto del inciso segundo del artículo 5° de la CPR las normas de derechos humanos contenidas en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes de acuerdo al derecho internacional -situación en la que está el Convenio N° 169 de la OIT desde el 15 de septiembre de 2009- se constituyen como límite al ejercicio a la soberanía. Su contenido es indisponible para las autoridades constituidas, incluyendo al Congreso y al Tribunal Constitucional. Éstas, conforme al artículo 6° de la CPR, deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella. De esta manera, el incumplimiento de una norma de las

²⁹³ BERTELSEN, Raúl, *op. cit.*, pág. 221. En el mismo sentido, aunque “no en sentido dogmático sino en uno práctico” MONTT, Santiago y MATTA, Manuel, *op. cit.*, p. 23.

²⁹⁴ NOGUEIRA, Humberto, *Las constituciones y los tratados...*, pág. 235.

características señaladas, sea por acción u omisión, no solo acarrea la responsabilidad internacional del Estado de Chile, sino que implica una inconstitucionalidad, la cual es sancionada con la nulidad de derecho público, sin perjuicio de otras medidas, como la declaración de inconstitucionalidad o inaplicabilidad en su caso cuando se trate de un acto legislativo. Asimismo, existen buenas razones doctrinales y jurisprudenciales para otorgar este estatus especial también a las normas de derechos humanos contenidas en otras fuentes del derecho internacional, como la costumbre general y común.

En caso de contradicción entre una norma internacional de derechos humanos y la Constitución, una vez que la primera ingresó al sistema jurídico nacional, modifica la segunda, de manera de ajustarse aquella a ésta, lo que se reafirma por la improcedencia del control de constitucionalidad ex-post de las normas internacionales de derechos humanos.

3. La obligatoriedad de las normas del derecho internacional de los derechos humanos: la responsabilidad internacional del Estado y la cuestión de la autoejecutabilidad

Ya hemos visto algunas de las consecuencias del estatus especial que la Constitución asigna a las normas de derechos humanos contenidas en tratados internacionales ratificados por Chile, y también las consagradas en el derecho internacional de los derechos humanos mediante otras fuentes jurídicas, como la costumbre internacional. Ahora nos referiremos específicamente a su obligatoriedad, tanto en el ámbito internacional, como en el nacional.

Las obligaciones en el derecho internacional surgen de la voluntad de los Estados (derecho de tratados), de sus prácticas (costumbre internacional) y del consenso internacional (*ius cogens*). Su cumplimiento no está entregado a un mecanismo de coacción que lo verifique sino que se funda en los principios de *pacta sunt servanda* (lo pactado obliga), *rebus sic stantibus* (la obligación se mantiene mientras se mantengan las condiciones en las que surgió) y *bona fides* (buena fe). El incumplimiento por parte de un Estado de sus obligaciones internacionales genera su responsabilidad internacional, lo

que implica el deber de reparar los daños que con dicha actitud provoque. Cuando se trata de derechos humanos, la infracción a dichas obligaciones conlleva una violación de derechos de los ciudadanos del propio Estado suscriptor, lo que forzosamente vincula la obligatoriedad internacional de la norma con sus efectos en el derecho interno.

A este respecto, cabe señalar que las obligaciones internacionales están dirigidas al Estado en su conjunto, y no a un poder en particular de éste. Es por ello que resulta inadmisibile la pretensión de los gobiernos en orden a eximirse de responsabilidad aduciendo que tal o cual tratado internacional se ha incumplido por falta de voluntad del legislador para dictar la normativa correspondiente o la mala aplicación del derecho por parte de los tribunales. La lógica de la separación de poderes no opera como eximente de responsabilidad internacional. En este sentido, el derecho internacional de tratados es claro, por cuanto la Convención de Viena de 1969 dio certeza a la norma de derecho internacional consuetudinario que prohíbe excusarse del cumplimiento de las obligaciones internacionales aludiendo a disposiciones de derecho interno²⁹⁵.

Esta norma ha sido incorporada expresamente en la Constitución a partir de la reforma del 2005. Su artículo 54 N° 1 establece que las “[l]as disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional”. Algunos autores han visto en esta modificación una renuncia implícita de soberanía con la ratificación de cualquier tratado internacional, en cuanto implicaría la renuncia “a toda posibilidad de alterar un tratado mediante una norma de Derecho Interno”²⁹⁶. Sin embargo, ésta norma fue agregada como una reiteración de la regla internacional arriba citada²⁹⁷, y no

²⁹⁵ El artículo 27 de la Convención de Viena establece que: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”. Por su parte, el artículo 46 expresa lo siguiente: “1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifiesto en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno. 2. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe”.

²⁹⁶ PÉREZ, Carmen, *op. cit.*, pág. 362. Nosotros mismos suscribimos a esta tesis en la primera edición de este trabajo. El trabajo citado de Santiago MONTT y Manuel MATTA nos hizo cambiar de opinión.

²⁹⁷ Así lo expresó la entonces Canciller Soledad Alvear señaló ante la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia:

como un mecanismo de equiparación normativa entre los tratados internacionales ordinarios y los de derechos humanos²⁹⁸. Solo éstos últimos constituyen una verdadera renuncia de soberanía en tanto límites a su ejercicio. Entender lo contrario sería entregar un ámbito excesivo de materias a la regulación internacional -incluyendo los tratados comerciales-, restringiendo e incluso impidiendo el control democrático sobre las mismas.

Hemos establecido que el Estado queda internacionalmente obligado por los tratados internacionales que ratifique, lo cual implica que puede comprometer su responsabilidad por su incumplimiento. Asimismo, hemos verificado que en el plano interno, cuando dichos tratados contengan normas de derechos humanos, su ratificación tiene por efecto limitar la soberanía del Estado en las materias que dicho tratado alcanza en virtud del artículo 5° inciso segundo de la CPR. Por ello el legislador debe abstenerse de alterar el contenido y/o vigencia de dicho tratado, sea mediante leyes o reglamentos. Por otra parte, sus efectos en el plano interno son particularmente importantes, toda vez que en general será el propio Estado violador de los derechos fundamentales internacionalmente reconocidos de sus ciudadanos el que deberá sancionarse o, al menos, ejecutar la sentencia condenatoria emanada de un tribunal internacional.

Ahora bien, recepcionadas las normas de derecho internacional (automática para las de derecho consuetudinario y mediante ratificación para las convencionales), cabe preguntarse si éstas son directamente aplicables e invocables ante los poderes públicos del Estado. En otras palabras, se trata de establecer a quién va dirigido el mandato emanado de la norma internacional, al legislador para que adapte la ley interna o al poder judicial para que la aplique directamente, sin perjuicio de la responsabilidad internacional que puede afectar al Estado en su conjunto por el eventual

“[la norma] *está en plena armonía con uno de los principios fundamentales del Derecho de los Tratados, que establece que una parte no podrá invocar las disposiciones de su Derecho Interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Este principio está contenido en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, instrumento internacional ratificado por Chile y plenamente vigente en nuestro orden jurídico*”. Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado, formato *word*, en línea:

<<http://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmID=5514&prmTIPO=INFORMEPLY>>, consultado el 7 de septiembre de 2009, pág.194.

²⁹⁸ MONTT, Santiago y MATTA, Manuel, *op. cit.*, p. 20.

incumplimiento. Este es el problema de la autoejecutabilidad, que establece cuándo las normas contenidas en un tratado internacional que ha sido válidamente recepcionado por el derecho interno requieren o no de una implementación interna que posibilite su aplicación, distinción cuyo origen se remonta a la jurisprudencia estadounidense²⁹⁹. Se trata por tanto de una cuestión distinta a la de su obligatoriedad, la cual en ningún caso se pone en duda, pues su incumplimiento siempre genera responsabilidad internacional para el Estado³⁰⁰.

La estipulación de un tratado se considera ejecutable por sí misma (self executing) cuando es susceptible de una aplicación inmediata y directa, sin que sea necesaria una acción jurídica complementaria para su implementación o exigibilidad. Se habla de autoejecutividad cuando la disposición ha sido redactada en tal forma, que de ella surge una regla que los tribunales judiciales internos pueden aplicar en un caso dado. Se requieren dos condiciones para que una norma sea autoejecutiva: primero, debe ser una norma de la cual se pueda derivar directamente un derecho o una pretensión en favor de un individuo que tenga interés legítimo en la aplicación de la regla en su caso y que comparece ante el juez o el administrador solicitando esa aplicación; en segundo lugar, la regla debe ser lo suficientemente específica como para poder ser aplicada judicialmente, sin que su ejecución esté subordinada a un acto legislativo a medidas administrativas subsiguientes³⁰¹.

²⁹⁹ En el caso Foster vs. Nielson de 1829, la Corte Suprema de EE.UU señaló que “...*Our Constitution declares a treaty to be the law of the land. It is consequently to be regarded in courts of justice as equivalent to an act of the Legislature whenever it operates of itself, without the aid of any legislative provision. But when the terms of the stipulation import a contract, when either of the parties engages to perform a particular act, the treaty addresses itself to the political, not the Judicial, Department, and the Legislature must execute the contract before it can become a rule for the Court*”, consultado en línea, <http://supreme.justia.com/us/27/253/case.html>, 27 U.S. (2 Pet.) 253, 314 (1829). Lo traducimos del siguiente modo: “*Nuestra Constitución declara que los tratados [internacionales] son parte del derecho interno. Consecuentemente deben ser considerados en las cortes de justicia como equivalentes a un acto del Poder Legislativo siempre que operen por sí mismos, sin la ayuda de ninguna provisión legislativa. Pero cuando los términos de la estipulación implican un contrato, cuando alguna de las partes se compromete a hacer un determinado acto, el tratado se dirige al poder político y no al Judicial. El poder Legislativo debe ejecutar el contrato antes de que éste se convierta en una regla para la Corte.*”

³⁰⁰ INFANTE, *op. cit.*, pp. 282S; BENADAVA, Santiago, *Las relaciones entre derecho internacional...* pp. 42-43.

³⁰¹ JIMÉNEZ DE ARÉCHEGA, Eduardo, *La Convención Americana como Derecho Interno*, en IRIGOIN, Jeannette, *La Convención Americana de Derechos Humanos como derecho interno chileno*, mayo-agosto 1996, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol 23 N° 2 y 3, Tomo I, pág. 300. Un ejemplo de norma no autoejecutable es el artículo 13.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos que establece que “***Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional***”. Como se ve, la remisión a la ley es explícita. El artículo 26 del mismo instrumento internacional es otro ejemplo de norma programática en cuanto señala que “***Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los***

En otras palabras, es necesario determinar si la norma tiene precisión suficiente para ser aplicada directamente por los tribunales o no³⁰²⁻³⁰³. Otros autores, señalan que lo determinante es la intención de las partes al momento de celebrar el tratado, lo cual resulta consecuente con la idea de que la legitimidad de la norma viene dada por el derecho internacional y la Constitución solo le da aplicabilidad, por lo que ésta debe ser interpretada conforme a los criterios del derecho internacional³⁰⁴. Así lo ha señalado el ex-presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Eduardo JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, al afirmar que “*el carácter ejecutable por si mismo de una norma de derecho internacional constituye en definitiva una cuestión regida por el Derecho Internacional, ya que se trata nada menos que del cumplimiento o la violación de una norma de Derecho Internacional*”³⁰⁵. De esta manera, estamos ante normas autoejecutables cuando “*la intención de las partes ha sido garantizar un derecho exigible a las personas que soliciten a los organismos del Estado la aplicación de esa norma a su favor*”³⁰⁶, lo cual debe ser determinado por el derecho internacional y sus órganos de aplicación³⁰⁷.

Tenemos entonces tres criterios para determinar el carácter *autoejecutable* de una norma. El primero de ellos, es que de ésta se derive un derecho concreto para un individuo determinado. Vinculado con aquello está el segundo requisito, que se refiere a la precisión suficiente de la norma para que sea técnicamente aplicable por el órgano jurisdiccional. Por último, está el criterio de la intención de los contratantes.

Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.”

³⁰² CORNEJO, Felipe, *Las normas autoejecutables en los tratados internacionales*, tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas de la Universidad de Chile, 53h, pág. 7.

³⁰³ Justamente, el Tribunal Constitucional discutió en esta materia, a propósito del Control de Constitucionalidad del Convenio N° 169 de la OIT, señalando que “*son las que tienen el contenido y precisión necesarias que las habilita para ser aplicadas sin otro trámite como fuente del derecho interno. En otros términos, son auto suficientes, y entran a la legislación nacional cuando el tratado que las contiene se incorpora al derecho vigente*” (Tribunal Constitucional, Sentencia N° 309, considerando 48°).

³⁰⁴ NOGUEIRA, Humberto, *Los tratados internacionales...*

³⁰⁵ Citado en CUMPLIDO, Francisco y NOGUEIRA, Héctor, *Teoría de la Constitución...*, pág. 164.

³⁰⁶ NOGUEIRA, Humberto, *Las constituciones y los tratados...*, pág. 245.

³⁰⁷ NOGUEIRA, Humberto, *Las constituciones y los tratados...*, pág. 267.

A este respecto, sostenemos que la autoejecutabilidad es una necesidad de los instrumentos internacionales que buscan la protección de los derechos esenciales de la persona humana a través de la formación de un orden público internacional al que se someten los Estados³⁰⁸. Chile reconoce este orden público internacional al otorgar constitucionalmente a sus normas de derechos humanos la categoría de límites al ejercicio de la soberanía. De ahí que los tratados internacionales de derechos humanos sean siempre autoejecutables³⁰⁹, y no simplemente protegidos por una *presunción de autoejecutabilidad*, como sostuvimos anteriormente. De hecho, los tribunales chilenos en los últimos veinte años han aplicado en forma directa la Convención Americana de Derechos Humanos³¹⁰.

De esta manera, las normas del Convenio son autoejecutables en el sentido que resultan obligatorias para el Estado de Chile, tanto en el ámbito internacional como en el nacional. La falta de cumplimiento de aquellas normas dirigidas al *colegislador*, o sea, aquellas que imploren un ajuste legislativo no sólo acarrearán la responsabilidad internacional del Estado de Chile, sino también exige que la autoridad *inaplique* aquellas normas mientras no las modifique. Esto es particularmente importante en relación al papel protector de derechos del Poder Judicial.

4. El Convenio N° 169 de la OIT y el Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional chileno se ha pronunciado en dos oportunidades sobre la constitucionalidad del Convenio N° 169 de la OIT. La primera el año 2000 a requerimiento de un grupo de diputados y la segunda el año 2008 -estando ya reformada la Constitución- por el control obligatorio que ésta dispuso a los tratados internacionales que contengan normas orgánicas constitucionales. En ambas oportunidades hizo pronunciamientos respecto de la aplicabilidad y contenido de las normas del

³⁰⁸ IRIGOIN, Jeannette, *op. cit.* p. 300.

³⁰⁹ MONTT, Santiago y MATTA, Manuel., *op. cit.* p. 23

³¹⁰ En los casos en que la Corte Suprema declaró aplicable dicha institución, no lo hizo señalando que la Convención no tuviera aplicación, sino que señaló que “ *tal norma* [las del artículo 7.7 de la Convención que prohíbe la prisión por deudas] *no resulta contrariada por el artículo 44 de la Ley de Cheques*”. IRIGOIN, Jeannette, *op. Cit.* pág. 306.

Convenio. A continuación revisaremos sus aspectos más importantes a la luz de los lineamientos esbozados a lo largo de este trabajo.

a) El alcance de la voz pueblos

Uno de los aspectos centrales del Convenio es que le asignó el carácter de pueblos a los indígenas, reconociéndoles a éstos la titularidad de los derechos que establece, modificando el tratamiento de minorías que hasta la fecha el derecho internacional les otorgaba³¹¹. Sobre esta cuestión discurrió latamente el Tribunal Constitucional, toda vez que los diputados requirentes sostuvieron que el Convenio violentaba el artículo 5° de la Constitución en cuanto establece que ningún sector del pueblo puede atribuirse el ejercicio de la soberanía desde que reconoce “*a los pueblos indígenas o tribales de nuestro país como sujetos jurídicos de derecho público*”³¹². Según los diputados, “[e]l Convenio interpone entre el Estado y los chilenos de origen indígena a los ‘pueblos indígenas’ a quienes se les transfieren atribuciones que implican un claro ejercicio de la soberanía, limitando las competencias de los órganos públicos y los derechos de los nacionales de origen indígena”³¹³.

Para resolver esta cuestión el Tribunal echó mano a dos principios hermenéuticos: el *de presunción de constitucionalidad* y el de *de interpretación conciliatoria*. El primero de ellos se funda en la buena fe y respeto que se deben los poderes públicos entre sí y conforme al él se presumen válidas las normas aprobadas por los Poderes del Estado, salvo cuando resulte imposible armonizarlas con la Constitución. El segundo obliga a hacer todos los esfuerzos necesarios para compatibilizar las normas de un tratado internacional con los preceptos constitucionales, fundado en la gravedad que importa la declaración de inconstitucionalidad de un tratado en el derecho internacional³¹⁴.

³¹¹ Sin perjuicio de esto, el propio Convenio señaló que la voz *pueblos* utilizada para designar al sujeto de los derechos enunciados no tenía el alcance que se le da en derecho internacional (art. 1.3). El sentido de esta expresión lo veremos más adelante.

³¹² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Fallo N° 309, pág. 4. Además denunciaban como vulnerados los artículos 1°, 62° a 72° y 102° de la CPR.

³¹³ *Ídem*.

³¹⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Fallo N° 309, considerando 1°, 2° y 3°. Llama la atención este razonamiento, toda vez que una eventual declaración inconstitucionalidad de un Tratado Internacional solo puede producirse *ex-ante* (durante su tramitación), por lo que no compromete la responsabilidad internacional del Estado en cuanto éste aun no ha

En función de estos criterios, el Tribunal consideró a los pueblos indígenas -titulares de los derechos reconocidos en el Convenio- como grupos de personas con características culturales propias y no como un sujeto autónomo de los derechos que el tratado reconoce, por cuanto en su criterio, si les reconocía el carácter de sujetos de derecho público “*se estaría creando un Estado dentro del Estado de Chile*”³¹⁵. De esta manera, el Tribunal en su intención de armonizar el Convenio con la Constitución, pretendió negar algo que aquel establece con toda claridad: que a quienes se confieren derechos y se transfieren potestades y atribuciones públicas es a los pueblos. Asimismo violó la Convención de Viena³¹⁶ que establece claramente las reglas de interpretación de tratados internacionales, que entre otras cosas, establece como parte del texto del mismo su Preámbulo, que en el Convenio N° 169 es inequívoco al respecto³¹⁷.

El razonamiento del Tribunal para llegar a esta conclusión se apoyó en dos cuestiones. Por un lado, el contenido del artículo 1.3 del Convenio que limita el alcance internacional de la voz “*pueblos*” utilizada en éste y por otro, la constante remisión que el instrumento hace al “*ordenamiento jurídico nacional*”³¹⁸. Sin embargo, el fallo obvia que el citado artículo fue incluido en el Convenio para deslegitimar eventuales procesos separatistas, pero en ningún para socavar la naturaleza jurídica colectiva del sujeto de los derechos que reconoce³¹⁹. De hecho, la propia OIT ha aclarado que es incompetente para establecer los alcances del término pueblos en el derecho internacional y más aun,

sido ratificado.

³¹⁵ *Ídem*, considerando 34°.

³¹⁶ Artículos 31° y 32° de la Convención de Viena de 1969.

³¹⁷ El Preámbulo del Convenio N° 169 invoca los Pactos de Derechos Humanos de Naciones Unidas que reconocen el derecho a la libre determinación de los pueblos y todos los tratados relativos a la no discriminación. Reconocer el derecho a la auto-determinación para luego negárselo a los pueblos indígenas constituiría una discriminación. De hecho, la Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas se hace cargo de esta cuestión y establece que “**[l]os pueblos y las personas indígenas son libres e iguales a todos los demás pueblos y personas y tienen derecho a no ser objeto de ninguna discriminación en el ejercicio de sus derechos que esté fundada, en particular, en su origen o identidad indígena**”. Además el preámbulo reconoce “**las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven.**” ¿Sería posible reconocer dichas aspiraciones cómo legítimas, negando el carácter de sujeto autónomo de su titular?

³¹⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Fallo N° 309, considerando 42° y 45°.

³¹⁹ ANAYA, James, *Los Derechos de los Pueblos Indígenas*, en BERRAONDO, Mikel (coord.), *Pueblos Indígenas y derechos humanos*, Bilbao, España, Universidad de Deusto, 2006, pag. 34.

ha señalado que **“no hay ninguna disposición en el Convenio núm. 169 que sea incompatible con cualquier instrumento legal internacional que puede definir o establecer el derecho de los pueblos indígenas y tribales a la autodeterminación”**³²⁰. Esta última cuestión reafirma el alcance del artículo 35° del Convenio que establece el principio de interconexión, universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos en cuanto afirma que **“[l]a aplicación de las disposiciones del presente Convenio no deberá menoscabar los derechos y las ventajas garantizados a los pueblos interesados en virtud de otros convenios y recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados, o leyes, laudos, costumbres o acuerdos nacionales”**³²¹. Cabe recordar que los *instrumentos legales internacionales* a los que alude la OIT son bastante contundentes en la materia. Tanto el Pacto de Derechos Civiles y Políticos como el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -ambos tratados internacionales vigentes ratificados por Chile- reconocen el derecho de libredeterminación de los pueblos en su artículo 1°, y la Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas, firmada por Chile, reconoce tal derecho a los Pueblos Indígenas en sus artículo 2°, 3° y 4°. Por su parte, el Gobierno de Chile en la declaración pública que hizo en forma conjunta con la OIT al momento de la entrada en vigencia del Convenio, señaló que éste recoge la aspiración indígena de asumir el control de sus propias instituciones, formas de vida y desarrollo económico y recordó que la no discriminación es uno de sus elementos esenciales. Ambas afirmaciones ratifican el reconocimiento de la autonomía de los pueblos indígenas, pues otra cosa supondría desconocer su derecho a controlar sus formas de vida, al tiempo que constituiría una discriminación al no permitirles ejercer los derechos que le corresponden en su calidad de pueblos.

Respecto de la norma general de aplicación flexible consagrada en el artículo 34° del Convenio que establece que **“[l]a naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al**

³²⁰ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Pueblos indígenas y tribales: Guía para la aplicación del Convenio núm. 169 de la OIT*, pág. 13.

³²¹ Este principio también está consagrado en la Convención Americana de Derechos Humanos que establece en su artículo 29.b que no se puede interpretar la Convención limitando **“el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”** (GÓMEZ, Magdalena, *El Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo*, en BERRAONDO, Mikel, *op. cit.*, pág. 145). Sus alcances permiten entender la pretensión del gobierno de Chile de agregar a la ratificación una declaración interpretativa que restringía el alcance del artículo 35° del Convenio (ver *supra* p. 89).

presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país”, cabe señalar que no puede entenderse de manera tal que autorice a la parte contratante a desconocer los aspectos fundamentales del mismo. Por el contrario, considerando que existen sujeciones específicas al orden jurídico nacional respecto de determinadas normas, esta cláusula debe entenderse referida principalmente a la adecuación a la realidad específica de los diversos pueblos indígenas que habitan en el país.

De lo expuesto se deduce que si el Tribunal Constitucional hubiese interpretado correctamente el alcance del Convenio se hubiese visto obligado a declarar la inconstitucionalidad del mismo, al tiempo que habría puesto en evidencia las falencias de las bases de la institucionalidad para permitir el ejercicio de derechos de los pueblos indígenas, particularmente los concepto de soberanía, pueblo y nación plasmado en su artículo 5° inciso primero³²². El loable esfuerzo por ajustar el tratado a la institucionalidad vigente terminó por desvirtuar su contenido y fin y, de paso, generó la contradicción de que internacionalmente el Estado tiene la obligación de aplicar el Convenio conforme a la interpretación emanada de los órganos internacionales, pero internamente su aplicación podría quedar determinada por la jurisprudencia del TC³²³. Afortunadamente el Tribunal declaró la constitucionalidad del mismo, ingresando de esta manera al sistema jurídico chileno. Con ello, el Convenio y su alcance y contenido, quedó determinado por la jurisprudencia internacional y por lo tanto, en su calidad de tratado internacional de derechos humanos limita al ejercicio de la soberanía.

El Convenio N° 169 debe ser aplicado conforme al principio de interconexión de los derechos humanos al que hicimos referencia, teniendo a la vista la Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que como vimos, el

³²² El artículo señala que *"La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio."* Los alcances de esta norma en relación al ejercicio de derechos de pueblos indígenas serán analizados en un documento en preparación titulado *Reconocimiento Constitucional y Derechos de los Pueblos Indígenas*.

³²³ RIBERA NEUMAN, Teodoro, *El derecho internacional...*, pp 41-43.

derecho internacional de los derechos humanos tiene su propio régimen de validez, recibiendo de la Constitución solo su aplicabilidad. Por lo mismo, el Convenio contiene un mandato al constituyente en orden a modificar la Constitución, particularmente su artículo 5° inciso primero, de manera que permita la incorporación de los indígenas como pueblos miembro de la comunidad nacional. Esta cuestión no debe sorprender, ya que el Estado de Chile ya ha sido condenado previamente por tribunales internacionales a modificar su Constitución para permitir el ejercicio de derechos fundamentales consagrados en el derecho internacional de los derechos humanos, sentencias que de hecho, ha acatado³²⁴.

b) La obligación de consulta y el consentimiento libre, previo e informado

Como se vio anteriormente en este trabajo, el Convenio consagra la obligación estatal de consultar a los pueblos indígenas cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente, las cuales deben llevarse a cabo de buena fe y orientadas a alcanzar su consentimiento³²⁵.

A este respecto, el Tribunal Constitucional estableció que las normas del Convenio que consagran esta obligación, modifican, entre otras, la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, al menos en cuanto hace obligatoria la convocatoria a las organizaciones indígenas representativas durante la tramitación de una ley para que expongan sus puntos de vista. Asimismo afirmó que dicha consulta es distinta a la establecida por la normativa actual en tanto “*tiene una connotación jurídica especial*” precisada por el N° 2 del mismo artículo, en orden a que debe ser adecuada, de buena fe y orientada a alcanzar el consentimiento de los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados por la medidas propuestas³²⁶. Sin embargo, el contenido y alcance de la obligación de

³²⁴ CORTE INTERAMERICANA, Caso “*La Última Tentación de Cristo*” (*Olmedo Bustos y otros*) vs. *Chile* (2001). En este caso, el Estado fue condenado a modificar su Constitución de manera de eliminar la censura previa.

³²⁵ Hablamos de “*obligación estatal*” en vez de “*derecho de los pueblos indígenas*” no solo porque se ajusta más al texto del Convenio, sino que porque ello subraya a quién va dirigida la norma y evita en alguna medida la excesiva judicialización que acompaña normalmente el reconocimiento de derechos.

³²⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Fallo 309, año 2000, considerando 7°.

consulta emanada de la norma en estudio debe interpretarse conforme a las reglas hermenéuticas del derecho internacional. De acuerdo a la Convención de Viena sobre tratados -ratificada por Chile y actualmente vigente- los Tratados internacionales deben interpretarse teniendo en cuenta sus términos, objetivos y contexto, para lo cual se debe recurrir, entre otras fuentes, a su preámbulo. Por ello es que dicha obligación no puede ser entendida como satisfecha por el simple llamado a organizaciones indígenas a exponer ante las comisiones legislativas respectivas, como sugiere el Tribunal Constitucional³²⁷.

Diversas instancias del derecho internacional han establecido las condiciones mínimas de este deber de consulta. Entre ellas destacan por su precisión las recomendaciones que el Relator Especial James ANAYA hizo al Estado de Chile en relación a la consulta respecto de la reforma constitucional que se pretende llevar a cabo y que más tarde él mismo hizo aplicable a la obligación de consulta en general³²⁸. Solo para mencionarlo, pues el tema ya ha sido abordado en este trabajo, ésta debe ser previa; no se agota con la mera información; debe ser de buena fe, dentro de un procedimiento que genere confianza entre las partes; debe ser adecuada y a través de las instituciones representativas indígenas; debe ser sistemática y transparente; y orientarse a alcanzar un acuerdo³²⁹. Esta **obligación de consulta del Convenio difiere sustancialmente de “aquellas otras que se establecen en el actual ordenamiento positivo”, según las propias palabras del Tribunal Constitucional**³³⁰.

³²⁷ MONTT y MATTA destacan que la obligación de consulta previa es del Congreso y no de las Comisiones, pudiendo aquel dar lugar a la participación de una manera distinta a la prevista en la Ley Orgánica del Congreso (siempre conforme al estándar del Convenio N° 169) (*op. cit.*, n 205)

³²⁸ RELATOR ESPECIAL DE NACIONES UNIDAS SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES DE LOS INDÍGENAS (James ANAYA), *La situación de los Pueblos Indígenas en Chile: seguimiento de las recomendaciones hechas por el Relator anterior*, A/HRC/12/34/Add.6, 14 de septiembre 2009, párr. 13.

³²⁹ RELATOR ESPECIAL DE NACIONES UNIDAS SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES DE LOS INDÍGENAS (James ANAYA), *Principios Internacionales aplicables a la consulta en relación a con la Reforma Constitucional en materia de Derechos de los Pueblos Indígenas en Chile, 24 de abril de 2009*, en línea, formato pdf, disponible en: http://www.politicaspUBLICAS.net/docs/Relator_especial_InformeConsultaChile24Abril2009.pdf, consultado el 26 de mayo de 2009, párr. 18-41.

³³⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Fallo N° 309, año 2000, considerando 7°. Sin embargo, el propio Tribunal incurre en una contradicción al señalar en el considerando 70°, en relación a la constitucionalidad del artículo 15 en cuanto ordena consultar a las comunidades susceptibles de ser afectadas por la explotación minera, que “*los procedimientos de consulta del Convenio ya se encuentran incorporados a la legislación interna, como ocurre, por ejemplo, con los artículos 26° al 31° de la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, al igual que los artículos 10°, 11° y 34° de la*

Para terminar, cabe recordar que el Tribunal Constitucional declaró como *autoejecutable* la norma del artículo 6.1. Como hemos señalado previamente, todas las normas de derechos humanos del Convenio son *autoejecutables* en su calidad de límites al ejercicio de la soberanía. Por ello, es que entendemos que calificación hecha por el TC se refiere a que se trata de derechos *justiciables*, esto es, exigibles directamente ante los tribunales de justicia, sin perjuicio de la conveniencia de dictar reglamentación o legislación complementaria para facilitar su ejercicio³³¹.

c) El derecho a participar en la formulación, aplicación y evaluación de programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarle directamente y el derecho al consentimiento previo, libre e informado

El artículo 7° del Convenio N° 169 está dividido en dos oraciones que se orientan a definir el rol de los pueblos indígenas en dos ámbitos. El primero de ellos es su propio desarrollo y el segundo es el desarrollo regional y nacional. La distinción es consistente con el sentido de este instrumento internacional en orden a reconocer “*las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico*”³³², y da origen a los derechos que pasamos a analizar.

La primera oración del mismo precepto legal, relativa al control sobre el propio desarrollo, establece que,

los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida que afecte sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la

Ley Indígena.”

³³¹ El primer borrador de reglamento de esta obligación de consulta fue presentado el mismo día de la entrada de vigencia del Convenio. Su contenido se aparta sustantivamente de la obligación internacional que pretende implementar. Un análisis de éste en MEZA-LOPEHANDÍA G. Matías, *El reglamento sobre consulta a pueblos indígenas propuesto por el Gobierno de Chile, la buena fe y el derecho internacional de los derechos humanos*, Observatorio Ciudadano, formato *html*, disponible en: <<http://www.observatorio.cl/wp-content/uploads/2009/09/Reglamento-sobre-consulta-inconsulto-+NYF-2a-ed.pdf>>, 2009.

³³² Preámbulo Convenio N° 169 de la OIT.

medida de lo posible su propio desarrollo económico, social y cultural.

Encontramos en esta disposición dos derechos. El primero de ellos es el derecho a decidir sus propias prioridades de desarrollo, en la medida que afecte sus vidas y sus territorios. Esta norma es particularmente significativa por cuanto, las definiciones estratégicas de desarrollo están entregadas a instancias estatales -que si bien tienen el deber de escuchar las opiniones de los pueblos indígenas en la materias que les afecten³³³- hasta ahora han decidido la aprobación o rechazo de proyectos de inversión sin quedar vinculados por éstas y en la práctica se ha demostrado que han sido solo excepcionalmente consideradas. Cabe tener presente que cuando se trata de proyectos de alto impacto *socioambiental* (vg. forestal, energético y minería), la vocación productiva de los territorios se ve monopolizada por éstos y por lo tanto, las prioridades de desarrollo de las comunidades indígenas que los habitan se ven significativamente coartadas, afectando directa y sustancialmente sus formas de vida y territorios.

Si bien el Tribunal Constitucional no se pronunció sobre el carácter de esta norma, proyectando los fundamentos de su argumentación, podemos establecer que se trata de una norma redactada en términos categóricos, como reconocimiento de un derecho (*"deberán tener el derecho a decidir..."*)³³⁴. El tiempo verbal futuro del modo imperativo usado en esta disposición indica que dicho derecho surgirá al momento de la entrada en vigencia del instrumento.

El derecho a definir sus propias prioridades de desarrollo puede tener diversas aplicaciones. Por una parte, éste se manifiesta en las decisiones que las comunidades indígenas tomen conforme a su derecho propio respecto de la utilización de determinado recurso. Ahora bien, ¿qué pasa en los casos en que mediante una decisión administrativa, particularmente aquellas relativas a proyectos de envergadura tal que ponen en juego las posibilidades de definición de las prioridades de desarrollo indígenas y sus formas de vida? Sin duda es un caso donde surge la obligación estatal de consulta

³³³ Artículo 34° de la Ley de Desarrollo Indígena. También el artículo 13° de la Ley del Medio Ambiente, pero en forma genérica como participación ciudadana sin pertinencia indígena.

³³⁴ Más adelante en la misma sentencia, el Tribunal señala una serie de frases que considera como indiciarias del carácter programático de las disposiciones en que aparecen. Estas son *"deberán reconocerse"*, *"deberán tomarse medidas"*, *"deberá prestarse particular atención"*, *"los gobiernos deberán"* y *"deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional"* (considerando 65°). Como se ve, *"deberán tener el derecho"* no está entre aquellas.

previa que, al combinarse con este derecho a la definición de las propias prioridades de desarrollo, deviene en derecho al consentimiento previo, libre e informado de los pueblos afectados por tales medidas, al menos en cuanto éstas sean de tal magnitud que puedan afectar su subsistencia. Este alcance del derecho coincide plenamente con lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos en tanto ésta ha dicho recientemente que:

*cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, **no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones***³³⁵.

Asimismo, es la única forma en que se podría cumplir el mandato constitucional contenido en el artículo 1º inciso segundo de la Carta fundamental, que prohíbe que se fuerce a una persona a vivir en una cultura distinta que la que libremente elija, en cuanto señala que:

*El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que **permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.***

En otras palabras, la Constitución obliga al Estado a promover y proteger las diversas culturas que existen en el país porque se trata de “*condiciones sociales*” que permiten la realización material y espiritual de las personas que a ellas pertenecen³³⁶.

El segundo derecho establecido en la norma señala que tendrán derecho a controlar “*en la **medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural***”. El Tribunal Constitucional -analizando la norma relativa a los derechos sobre recursos del subsuelo- ha entendido que la frase “*siempre que sea posible*” -análoga a “*la medida de lo posible*”-, alude a que “*su aplicación ha de ajustarse al régimen constitucional y legal*”, estableciendo con ello que se trata de normas

³³⁵ CORTE INTERAMERICANA, caso Saramaka vs. Surinam (2008), párr. 133.

³³⁶ RUIZ-TAGLE señala que la noción de dignidad personal “*podría ampliarse hasta comprender la obligación del Estado de promover la dignidad de las personas... que no desean renunciar a su identidad como miembros de un pueblo originario indígena*” RUIZ-TAGLE, Pablo, *La Constitución de la Igualdad*, Borrador, Santiago (2002), pp. p. 220.

programáticas, o sea, no *autoejecutables*³³⁷. Esta cuestión no niega de ninguna manera lo sostenido arriba en torno a la necesidad de contar con el consentimiento previo de las comunidades afectadas en los casos señalados, pues la negativa del Estado a autorizar un proyecto de inversión que afecte sustantivamente las posibilidades de autodeterminar las prioridades de desarrollo indígenas y consiguientemente sus formas de vida se ajusta plenamente “*al régimen constitucional y legal*”, sobre todo considerando que los derechos fundamentales constituyen límite a la soberanía del Estado.

Por otra parte, el Convenio agrega un derecho directo respecto de la participación de los pueblos indígenas “*en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente*”. El Tribunal Constitucional declaró que ésta constituye una norma *autoejecutable* que modifica parcialmente el artículo 16 a) de la Ley Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional N° 19.175, en cuanto establece la obligación de participación de dichos pueblos en una función que hasta ahora era de competencia exclusiva del gobierno regional y que es diferente a eventuales derechos consagrados previamente en nuestro ordenamiento³³⁸.

En consecuencia, el artículo 7 N° 1 del Convenio establece dos derechos directamente invocables por los pueblos indígenas. El primero, es el derecho a definir sus propias prioridades de desarrollo, lo cual en los casos de proyectos de inversión de alto impacto, implica que la autoridad administrativa -o sea, el Estado, no los particulares- debe obtener el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas que puedan ver afectada la posibilidad de definir sus propias prioridades de desarrollo en la medida que afecte sus formas de vida y territorios. El segundo derecho es el de participación en el gobierno regional y nacional respecto de planes y programas de desarrollo que puedan afectarles directamente. Esto supone que a partir del 15 de septiembre, tanto a nivel de regional como nacional, las organizaciones representativas de pueblos indígenas establecidos por ellos mismos deberán ser convocados a concurrir a la toma de decisiones relativas a

³³⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Fallo 309, año 2000, considerando 73°

³³⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Fallo 309, año 2000, considerando 6°.

planes de desarrollo que les puedan afectar directamente, particularmente a la elaboración y aprobación de “las políticas, planes y programas de desarrollo de la región”, función hasta ahora, exclusiva del gobierno regional, conforme al artículo 16 a) de la citada LOC. Por último establece un mandato obligatorio para el conjunto del Estado de Chile, en orden a ajustar la legislación de manera que los pueblos indígenas puedan controlar autónomamente su desarrollo económico, social y cultural, en todo aquello en que las normas autoejecutables analizadas, no fueren suficientes.

d) Derechos territoriales indígenas

El artículo 13 del Convenio N° 169 de la OIT consagra dos normas importantísimas para los derechos territoriales de los pueblos indígenas, que modifican y enriquecen los conceptos legales preexistentes en la materia.

La primera de ellas ordena a los gobiernos respetar la especial importancia que para los pueblos indígenas tienen las tierras y territorios que ocupan o usan de alguna manera en función de la relación cultural y colectiva que los une con ellos al aplicar las disposición del Convenio. Este artículo modifica el artículo 1° de la Ley de Desarrollo Indígena (LDI) que hasta la entrada en vigencia de este instrumento internacional, solo reconocía la tierra como el fundamento principal de su existencia y cultura. La modificación aclara que no se trata de cualquier tierra, sino las *tierras o territorios* que ocupen o utilicen de alguna manera, lo que obliga a los órganos públicos a modificar su política de tierras, que hasta la fecha incluye la práctica de las *relocalizaciones* de comunidades³³⁹.

El numeral segundo del artículo define el concepto de tierras que utiliza el Convenio, el cual *resignifica* su alcance en la legislación nacional. Este nuevo entendimiento del concepto, modifica los

³³⁹ Sobre las *relocalizaciones* puede consultarse GONZÁLEZ P., Karina, MEZA-LOPEHANDÍA G., Matías, SÁNCHEZ CURIHUENTRU, Rubén, *Relocalizaciones y Derechos Territoriales: el caso de las Comunidades “Carimán Sánchez y Gonzalo Marín” y “Comunidad Manuel Contreras”*. *Paradigmas de la negación estatal de la territorialidad mapuche*, Documento de Trabajo N° 6, Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas, [en línea], formato pdf, Temuco, 2006, disponible en: <<http://www.observatorio.cl/contenidos/naveg/navContenido.php?c=20080425111514>>.

artículo 12° y 13° de la LDI que definen la tierra indígena y sus protecciones. Por ello, el concepto de tierra indígena de nuestro ordenamiento jurídico incluye ahora “*el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera*”.

Por último cabe analizar el alcance de los derechos territoriales consagrados en el artículo 15 del Convenio. En el numeral 1 señala que deben protegerse especialmente los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras. La norma continúa especificando el contenido de estos derechos: participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos. Esta regla es de carácter mixto, pues contiene un mandato al *colegislador*, en tanto la protección de los recursos naturales de los pueblos indígenas requiere hoy en Chile de una adecuación legislativa, toda vez que la normativa actual segmenta los derechos sobre los recursos naturales y entrega su titularidad a distintas personas. En todo caso, mientras no se hagan efectivas las reformas legales de adecuación, las normas que no cumplan con el estándar, deben ser inaplicadas de oficio por los poderes públicos en función de la eficacia directa de la Constitución, o a petición de parte. Sin perjuicio de ello, la norma también va dirigida a los jueces en su labor conservadora (protectora de derechos). Ellos son los llamados a defender *de emergencia* la Constitución y los derechos fundamentales en ella consagrados directamente o por aplicación de su artículo 5° inciso segundo. Así lo han entendido los tribunales superiores aún antes de la entrada en plena vigencia del Convenio N° 169 de la OIT³⁴⁰.

En cuanto a los recursos del subsuelo y los demás recursos respecto de los cuales el Estado tenga derechos especiales, el artículo 15.2 del Convenio establece la obligación del Estado de generar mecanismos de consulta “*a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en*

³⁴⁰ Conociendo de un Recurso de Protección interpuesto por una *machi* (autoridad espiritual mapuche) en contra de un empresario forestal que estaba talando bosque nativo al interior de su predio afectando el acceso al agua, medicina y lugares sagrados de la comunidad vecina, la Corte de Apelaciones de Temuco señaló que “*Si no se protegen ni promueven como en este caso [los derechos fundamentales], dentro de lo que nos señala imperativamente nuestra Constitución el medio ambiente adecuado y las manifestaciones culturales de la etnia mapuche no divisa esta Corte de Justicia de qué manera estos ciudadanos chilenos puedan alcanzar la libertad*” (CORTE SUPREMA, Rol N° 7287-2009, ratificando decisión de la CORTE APELACIONES DE TEMUCO, Rol 1773-2008, considerando 15°).

qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos [del subsuelo] existentes en sus tierras”. Agrega la norma que es necesario reparar los daños que la explotación genera y garantizar la participación de los pueblos afectados en los beneficios de la actividad. De esta manera, se reconoce el derecho *de dominio eminente* del Estado sobre los recursos no renovables. Como contrapartida, refuerza el deber de consulta previa y el derecho a la indemnización en caso de daños -ambos ya contemplados en nuestro ordenamiento jurídico y por tanto directamente exigibles- y establece el derecho a la participación en los beneficios de la explotación de estos recursos, compatibilizando así el interés social en su explotación y los derechos de los pueblos indígenas sobre los recursos necesarios para asegurar su subsistencia y autodeterminación económica, social y cultural³⁴¹.

A este respecto, el Tribunal Constitucional estableció que las limitaciones a la propiedad minera son legítimas, pues la Constitución no las prohíbe y existen normas, como las Ley de Bases Generales del Medio Ambiente que así lo hacen³⁴². Asimismo, el Tribunal señaló que el artículo 19 N° 24 que garantiza la propiedad en sus diversas especies admite que la ley establezca limitaciones a esta en atención a su función social, además considera amparada como una de sus “*diversas especies*” a la propiedad indígena³⁴³, en la cual no solo queda comprendida la tierra, sino todo el hábitat que ocupan o utilizan de alguna manera.

³⁴¹ MONTT y MATTA ponen en duda el carácter de derecho humano de este derecho a la participación en los beneficios. Esto porque no constituye un factor esencial de su identidad y forma de vida y porque está sujeto a la fórmula “*siempre que sea posible*” lo que impediría calificarlo como un derecho subjetivo y menos aún humano (*op.cit.*, pp. 26ss). Sin embargo, la norma sigue siendo parte de un tratado internacional, y por lo tanto su incumplimiento compromete la responsabilidad del Estado.

³⁴² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Fallo 309, año 2000, considerando 73°.

³⁴³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Fallo 309, año 2000, considerando 77°. CARMONA, Carlos, *Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas*, en *Los Tratados Internacionales en la jurisprudencia constitucional*, Serie Seminarios y Congresos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2001, pág. 121.

4. El Convenio N° 169 de la OIT y los Tribunales Superiores de Justicia

a) *La obligatoriedad del Convenio N° 169 de la OIT ante los tribunales*

Como hemos visto a lo largo de este trabajo, el Convenio N° 169 de la OIT contiene normas de derechos humanos que limitan el ejercicio de la soberanía y respecto de las cuales el Estado tiene una obligación de promoción. Los tribunales de justicia deben respetarlas, aplicarlas y proteger los derechos que consagran.

Así lo ha entendido la Corte Suprema en un caso relativo a derechos de pueblos indígenas, donde señaló que el artículo 5° inciso 2° de la Constitución al establecer el deber de “*promover*” los derechos establecidos en ella misma y en los tratados internacionales ratificados por Chile, genera “*un nuevo límite para el Estado y la sociedad civil de respeto y resguardo de los derechos humanos*”³⁴⁴. En este sentido, la Corte de Apelaciones de Temuco sostuvo, aún antes de la entrada en plena vigencia del Convenio:

17.- Que dentro de esta lógica las disposiciones antes señaladas, contenidas en diversas convenciones internacionales suscritas por Chile [...], integran el litado de derechos y libertades amparados por nuestro texto constitucional, teniendo por mandato del artículo sexto del mismo cuerpo legal vinculación directa respecto de todas las autoridades públicas y de todos los ciudadanos, siendo por ende, obligatorios, tanto para los gobernantes como para los gobernados (sic).

*18.- Que dado lo anterior la actuación de un particular o incluso de un organismo del Estado que violente los referidos derechos **conlleva una infracción al ordenamiento jurídico, debiéndose entenderse ilegal y carente de sustento jurídico***³⁴⁵. (sic)

³⁴⁴ CORTE SUPREMA, fallo caso (*Machi*) *Francisca Linconao con Sociedad Palermo Ltda.*, Rol N° 7287-2009, confirmando sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO, Rol 1773-2008, considerando 3°.

³⁴⁵ CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO, *José Remulcao y otros con Pesquera Los Fiordos* (caso Lof Peuco), Rol N° 2026-2008, considerandos 17° y 18°.

b) La propiedad indígena y el hábitat

En la sentencia recién citada, la Corte de Apelaciones de Temuco señaló que tanto el Convenio como otros tratados vigentes y ratificados por Chile “*consagran el deber del Estado de resguardar el patrimonio cultural e histórico de los pueblos originarios existentes en su territorio*”, incluyendo “*sus ecosistemas y el respeto a sus más diversas manifestaciones culturales*”³⁴⁶. Asimismo, estableció que la contaminación del hábitat indígena conlleva una vulneración de los derechos a la integridad física y síquica, a vivir un medio ambiente libre y a la propiedad. Esto último, en cuanto “*afecta el pleno uso y goce de sus terrenos afectados por la alteración de los ecosistemas generados por el actuar de la empresa*”³⁴⁷. Esta afirmación encierra un razonamiento valiosísimo para el reconocimiento de los derechos territoriales de los pueblos indígenas, pues reafirma la idea que la garantía constitucional de la propiedad incluye la propiedad indígena en todas sus dimensiones³⁴⁸. Al entender que la “*alteración de los ecosistemas*” vulnera el derecho a la propiedad, **la Corte consagró la totalidad del hábitat indígena como elemento protegido en la garantía de la propiedad**, sintonizando plenamente con lo establecido por el Convenio N° 169 y la más reciente jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos³⁴⁹.

En este mismo sentido, la Corte Suprema ha señalado que la expresión *terrenos de la comunidad* usado en el artículo 64 de la Ley de Desarrollo Indígena se refiere a las “*tierras que, pese a ser de dominio ajeno, hayan sido utilizadas ancestralmente por los pueblos indígenas*”³⁵⁰. Asimismo,

³⁴⁶ *Ídem*, considerando 17°.

³⁴⁷ *Ídem*, considerando 20°.

³⁴⁸ La Corte Suprema -coincidiendo en esto con la interpretación evolutiva del derecho a la propiedad que ha desarrollado la Corte Interamericana de Derechos Humanos- señaló que la *protección de la propiedad en todas sus especies* consagrada en el N° 24 del artículo 19 de la Carta Fundamental, incluye el derecho ancestral sobre las aguas indígenas. Ver CORTE SUPREMA, *Comunidad Atacameña de Toconce con ESSAN S.A.*, Rol 986-2003, considerando 3°.

³⁴⁹ Esta sentencia fue revocada por la Corte Suprema en base a cuestiones de forma, sin entrar a conocer el fondo del asunto (Rol N° 3482-2009). De hecho, el máximo tribunal señaló que estando pendiente la resolución respecto de una reposición en torno a una multa impuesta por COREMA, “*el asunto está sometido a la jurisdicción y, por lo tanto, bajo el imperio y regulación del derecho [...] en estas condiciones, la acción constitucional intentada no puede prosperar y debe ser desestimada*” (considerandos 3° y 4°). Por esto la sentencia de primera instancia sigue siendo ilustrativa para pronunciamientos judiciales venideros.

³⁵⁰ *Ídem*, considerando 7°.

citando el artículo 13.2 del Convenio N° 169 de la OIT, la Corte señaló que conforme al ordenamiento jurídico vigente, no es posible

*restringir la presunción sólo a las aguas que escurren en terrenos de propiedad de la comunidad, sino que, tal como lo hicieron los jueces del grado, los términos “terrenos de la comunidad” deben interpretarse en consideración al objetivo final buscado por la norma... lo que por cierto es coherente con entender que **la protección alcanza a todas las aguas que se emplazan en los territorios que, desde tiempos precolombinos, han sido ocupados o utilizados de alguna manera por las comunidades beneficiadas.***³⁵¹

Por otra parte, la Corte Suprema ha establecido que la Constitución ampara la propiedad ancestral indígena sobre sus aguas como derecho preexistente -habla de *derechos reconocidos-*, de la misma manera en que protege los derechos de aguas establecidos mediante el sistema registral³⁵². Es más, ha reconocido que el derecho comunitario es “*anterior a cualquier constitución originaria por acto de autoridad de derechos de aprovechamiento de aguas realizada a favor de terceros y como corolario de ello, resulta previo al origen de los derechos inscritos de la sociedad recurrente*”³⁵³. Asimismo, señaló que la adquisición de los derechos que corresponden ancestralmente a las comunidades indígenas, “*se produce a partir de ciertos usos y costumbres, y por lo tanto no requieren de la respectiva inscripción para la prueba de su existencia*”³⁵⁴.

c) La obligación estatal de consulta previa ante tribunales

La Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco fue el primer tribunal superior en hacer un

³⁵¹ *Ídem*, considerando 7°.

³⁵² CORTE SUPREMA, *Agua Mineral Chusmiza con Comunidad Aymara Chusmiza-Usmagama* (Caso Chismiza-Usmagama), Rol N° 2840-08, considerando 4°.

³⁵³ La sentencia continúa señalando que: “*En este contexto, se hace necesario precisar que **no se están concediendo administrativamente nuevos derechos sino que simplemente se regulariza un uso inmemorial del recurso hídrico reconocido por el legislador en el artículo 64 de la Ley N° 19.253 como un derecho de ciertas comunidades indígenas y que se ha reflejado, en la especie, en actos positivos de señor y dueño que, sin duda, descartan reconocer dominio ajeno...***” (*Ídem*, considerando 5°). El **destacado** es nuestro.

³⁵⁴ *Ídem*, considerando 6°. En el mismo sentido CORTE SUPREMA, *Comunidad Atacameña de Toconce con ESSAN S.A.*, Rol 986-2003.

pronunciamiento judicial respecto de la obligación de consulta previa del Convenio N° 169 de la OIT. Se trató de la denuncia de un *lof* mapuche³⁵⁵ respecto de falta de consulta previa a sus comunidades frente a la resolución administrativa que autorizó una piscicultura instalada río arriba de las mismas, estando plenamente vigente el Convenio N° 169 de la OIT³⁵⁶. En la sentencia, siguiendo la jurisprudencia sobre la *eficacia directa* de la Constitución y el límite al ejercicio de la soberanía, la Corte recordó que “*existe un **imperativo** para los Gobiernos de consultar a los interesados mediante procedimientos adecuados cada vez que se prevean -en este caso- medidas **administrativas** susceptibles de **afectarles directamente***”³⁵⁷. La Corte entendió que “*el concepto de medidas administrativa debe ser interpretada siempre a favor de los pueblos indígenas (medida administrativa que en sentido natural y entendible para todos es la que proviene de la administración del Gobierno)*”³⁵⁸, por lo que una resolución de calificación ambiental debía ser consultada³⁵⁹, pese a lo señalado en el Decreto Supremo N° 124 de MIDEPLAN, que pareciera excluirla de este procedimiento³⁶⁰. Al omitir este trámite, la autoridad ambiental incurrió en una vulneración del derecho a la igualdad ante la ley, desde que la consulta es concebida como una forma de discriminación positiva establecida en favor de los pueblos indígenas³⁶¹.

³⁵⁵ El *lof* es el territorio que comparten diversas familias *mapuche* vinculadas por un ancestro común y que reconocen la autoridad de un *longko*.

³⁵⁶ CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO, *Puelman con COREMA de la Araucanía* (Caso Lof Palguin), Rol N° 1705-2009.

³⁵⁷ *Ídem*, considerando 6°. El **destacado** es original.

³⁵⁸ [Sic]. *Ídem*, considerando 8°.

³⁵⁹ *Ídem*, considerando 10°.

³⁶⁰ *Ídem*, considerando 7°. El artículo 14° inciso tercero de dicho reglamento define la medida administrativa como “*las nuevas políticas, planes y programas, con excepción de aquellos contemplados en el artículo 21 de este reglamento, elaboradas por los órganos de la administración del Estado señalados en el artículo 4° del presente reglamento, que afecten directamente a los pueblos indígenas interesados*”. Por su parte, el artículo 5° del mismo excluye expresamente a los proyectos de inversión. Señala al respecto: “*Los proyectos de inversión en las tierras indígenas o áreas de desarrollo indígena establecidas en la ley No 19.253, cuando corresponda, serán sometidos a los procedimientos de consulta o participación que se contemplan en las respectivas normativas sectoriales, sin perjuicio de lo cual, el órgano de la administración del Estado competente podrá, además, aplicar el procedimiento de consulta establecido en el presente reglamento. En este último caso, el proceso de consulta se ajustará a los plazos establecidos en la normativa sectorial.*” Para un análisis crítico de dicho reglamento ver MEZA-LOPEHANDÍA, Matías, *El reglamento sobre consulta a pueblos indígenas propuesto por el Gobierno de Chile, la buena fe y el derecho internacional de los Derechos Humanos, pdf*, disponible en línea <<http://www.observatorio.cl/wp-content/uploads/2009/09/Reglamento-sobre-consulta-inconsulta-+NYF-2a-ed.pdf>>.

³⁶¹ *Ídem*, considerando 13°.

Lamentablemente la Corte Suprema revocó este fallo, fundándose en una aplicación incorrecta de las normas de la Ley de Bases Generales del Medioambiente (LBGMA)³⁶², contradiciendo su propia jurisprudencia³⁶³ y omitiendo pronunciarse sobre la autoejecutabilidad de las normas del Convenio N° 169³⁶⁴. Asimismo, la sentencia sugirió que los mecanismos de participación ciudadana contemplados en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) serían suficientes para dar por cumplida la obligación estatal de consulta previa del Convenio N° 169³⁶⁵. Sin embargo, aquella se limita a permitir el ingreso de observaciones al proyecto dentro de los 60 días siguientes a la publicación exigida, las cuales deben ser ponderadas por la autoridad en su resolución final y notificadas a quienes las hubieren presentado³⁶⁶. Obviamente dicho mecanismo no es comparable a la consulta establecida en el Convenio que debe ser previa, de buena fe y orientada a alcanzar el consentimiento de los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados por las medidas propuestas³⁶⁷. Cabe recordar que el propio Tribunal Constitucional ha hecho notar que dicha consulta tiene una *diferencia esencial* respecto de otros mecanismos de participación existentes en el ordenamiento jurídico chileno³⁶⁸.

³⁶² “Por otra parte, si la Corte hubiese hecho un examen más acabado de la normativa interna, se hubiese percatado que la letra d) del artículo 11° de la LBMA, define como criterio de afectación la ‘[l]ocalización **próxima a población, recursos y áreas protegidas susceptibles de ser afectados**, así como el valor ambiental del territorio en que se pretende emplazar’. Así mismo, el Reglamento de la Ley 19.300 establece que para evaluar si el proyecto efectivamente se encuentra próximo a población protegida susceptibles de ser afectadas debe considerarse ‘la magnitud o duración de la intervención **o emplazamiento del proyecto o actividad en o alrededor de áreas donde habite población protegida por leyes especiales**’. Como puede apreciarse, la norma exige que se de alguna de las circunstancias disyuntivas que enumera: magnitud, duración o emplazamiento. En nuestro caso, el proyecto se emplaza a 720mts río arriba de las comunidades afectadas, población evidentemente protegida por leyes especiales”. (MEZA-LOPEHANDÍA, Matías, *El reglamento sobre...*, p. 5). El **destacado** es del original.

³⁶³ A este respecto, cabe recordar que la propia Corte Suprema dejó sin efecto una RCA que autorizaba la instalación de una Planta de Tratamiento de Aguas Servidas por haber sido ésta otorgada mediante DIA, en circunstancias que se emplazaba en las cercanías de una comunidad indígena (2000_{mts}), lo que la obligaba a ser evaluada conforme a un EIA. Es más, el máximo tribunal declaró que resultaba irrelevante que CONADI no hubiese solicitado dicho EIA ante la evidencia de la proximidad de las comunidades (CORTE SUPREMA, *Caso Comunidad Mapuche Pedro Ancalef (Putue) con Aguas Araucanía SA*, Rol 5808-2005, confirmando sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco, Rol 1029-2005).

³⁶⁴ CORTE SUPREMA, *Puelman con COREMA de la Araucanía* (Caso Lof Palguin), Rol N° 1525-2010.

³⁶⁵ “Que, como se aprecia, en el evento de existir la afectación que supone la consulta prevista en el Convenio N° 169, ello hubiese significado -de manera indefectible- que concurren los efectos ambientales negativos que detalla el artículo 11 de la Ley de Bases del Medio Ambiente y, por tanto, **se tornaba indispensable un Estudio de Impacto Ambiental, cuya regulación implica otorgar a la comunidad interesada instancias plenas de participación**” (*Ídem*, considerando 12°).

³⁶⁶ Artículo 53 Reglamento SEIA, DS 95/2001.

³⁶⁷ Artículo 6.2 del Convenio N° 169 de la OIT.

³⁶⁸ El Tribunal Constitucional señaló que la consulta “tiene una **connotación jurídica especial que se encarga de precisarla el N° 2° del mismo artículo 6° que dice: ‘Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio**

Actualmente el máximo tribunal conoce de la apelación del recurso de protección interpuesto por las comunidades *lafkenche* de Mehuin contra la resolución de calificación ambiental que aprobó, sin consulta previa, la construcción de un ducto para la evacuación de RILES de la planta de celulosa de Valdivia³⁶⁹. Es de esperar que el máximo tribunal de la República esté a la altura que requiere la implementación del Convenio N° 169 de la OIT en el país, y rectifique el criterio utilizado en la decisión del caso Palguin, estableciendo que la consulta previa debe verificarse respecto de los proyectos de inversión y debe hacerse conforme al estándar establecido por el derecho internacional³⁷⁰.

5. El Gobierno y el Convenio N° 169 de la OIT

Como hemos señalado, los tratados internacionales obligan al Estado en su conjunto, incluyendo tanto al poder ejecutivo, como al legislativo y al judicial. Cuando se trata de tratados de derechos humanos, la vinculación es doble, puesto que además de la obligación internacional, sus normas constituyen límites al ejercicio de la soberanía. Por ello, antes de terminar este análisis, es necesario hacer una referencia, aunque breve, acerca del comportamiento del Ejecutivo en la implementación del Convenio. En todo caso, cabe tener presente que la contraparte de las comunidades indígenas en los juicios revisados es invariablemente el Gobierno, lo cual da cuenta de su actitud en la materia. A ello hay que agregar las resoluciones administrativas relativas a concesiones geotérmicas en que se han rechazado sistemáticamente los planteamientos de las comunidades que han exigido consulta previa a la adjudicación de las mismas³⁷¹.

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.” (Fallo N° 309-2000, considerando 8°).

³⁶⁹ En primera instancia la Corte de Apelaciones de Valdivia rechazó el recurso aplicando el citado DS N° 124 (CORTE DE APELACIONES DE VALDIVIA, *Javier Nahuelpan con COREMA de los Ríos* (Caso Mehuin), Rol N° 148-2010, considerando 12°).

³⁷⁰ La apelación del caso Mehuin lleva el Rol N° 4078-2010. Actualmente, la Corte de Apelaciones de Santiago conoce de un recurso similar interpuesto por las comunidades de la organización mapuche *Ayün Mapu* de Quepe, en contra de la concesión para la construcción del Nuevo Aeropuerto de La Araucanía, la cual se adjudicó sin consulta previa. La 8ª sala de la Corte decretó orden de no innovar hasta que se resuelva el fondo del asunto (Rol N° 1794-2010).

³⁷¹ Vg. Caso Colpitas, Tacora, Geiser del Tatio, Pollequere, Licancura y Melipeuco.

Respecto del Poder Legislativo, existen antecedentes de proyectos de ley que afectan directamente a pueblos indígenas que no han sido consultados debidamente, pese a estar plenamente vigente el Convenio N° 169. Es el caso de la Ley 20433 que crea los servicios de radiodifusión comunitaria ciudadana³⁷².

a) El Decreto N° 124 de la MIDEPLAN

Lo primero que debe analizarse es el Decreto Supremo N° 124 de MIDEPLAN³⁷³, que fue presentado por el gobierno pasado como la implementación de la obligación estatal de consulta previa a los pueblos indígenas frente a medidas administrativas y legislativas susceptibles de afectarles, y que fue objeto de duras críticas de diversos sectores³⁷⁴.

Sintomáticamente, el reglamento fue aprobado sin consulta previa a los pueblos indígenas, pese a la recomendación explícita hecha al Estado por el Relator Especial de Naciones Unidas, James Anaya³⁷⁵, lo cual se agrava al constatar que éste dice fundarse justamente en sus recomendaciones³⁷⁶. Por otra parte, pretende asimilar la consulta al deber de “*escuchar y considerar*” las opiniones de las

³⁷² De hecho, en la última etapa de tramitación del proyecto, específicamente en la discusión sostenida en la Comisión de Telecomunicaciones del Senado antes de su votación en sala, se decidió reducir, arbitrariamente y sin consulta, el aumento de potencia de transmisión concedido a los servicios de radiodifusión postulados por pueblos indígenas (de 40 a 30 *watts*), sin que fueran consultadas sus autoridades indígenas representativas. Originalmente, se concibió un aumento excepcional de potencia para proyectos radiales en zonas fronterizas o de población dispersas y aquellos sostenidos por organizaciones indígenas. Sin embargo, la mencionada reducción sólo afectó a estos últimos, vulnerando de esta manera la obligación de consulta previa y la garantía constitucional de igualdad ante la ley.

³⁷³ En lo sucesivo, seguiremos nuestro artículo ya citado sobre la materia.

³⁷⁴ Ver CLAVERO Bartolomé, *Puesta en Práctica de Convenio o Puesta en Evidencia de Chile (Por los Informes del Relator Anaya)*, formato *html*, disponible en línea <<http://clavero.derechosindigenas.org/?p=3313>>; MEZA-LOPEHANDÍA, Matías, *El Reglamento...*, *op. cit.*; MONTT, Santiago y MATTA, Manuel, *op. cit.*; TOLEDO, Víctor, *Texto comentado del Decreto 124 de 'Reglamento de Consulta y Participación de los pueblos indígenas en Chile'*, formato *pdf*, disponible en línea <<http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/imp/392-decreto-124.html>>;

³⁷⁵ RELATOR ESPECIAL DE NACIONES UNIDAS SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES DE LOS INDÍGENAS (James Anaya), *La situación de los Pueblos Indígenas en Chile: seguimiento de las recomendaciones hechas por el Relator anterior*, A/HRC/12/34/Add.6, 14 de septiembre 2009, párr. 11.

³⁷⁶ Considerando 9° del Decreto N° 124 de MIDEPLAN que Reglamenta el artículo 34 de la Ley 19.253 a fin de regular la consulta y la participación de los Pueblos Indígenas.

organizaciones indígenas establecida en el artículo 34° de la LDI³⁷⁷, en circunstancias que la primera es un mecanismo esencialmente distinto a otros establecidos previamente en el ordenamiento, como lo ha señalado el propio Tribunal Constitucional³⁷⁸.

A partir de esta homologación, el Reglamento establece que el objeto de la consulta es permitir a los pueblos indígenas “*expresar su opinión acerca de la forma, el momento y la razón de determinadas medidas legislativas o administrativas*”³⁷⁹, lo cual está lejos de alcanzar el estándar establecido por el Convenio, que exige establecer un diálogo de buena fe y no meros mecanismos de información. De hecho, el procedimiento que comprende una primera etapa de entrega de información, luego una de recepción de observaciones y un informe final donde se da cuenta de su ponderación, todo lo cual debe realizarse en un plazo rígido preestablecido.

Por otra parte, el DS N° 124 pretende excluir de la aplicación de la consulta a los Municipios, las empresas públicas y los proyectos de inversión, sujetando a estos últimos a sus respectivas normativas sectoriales. Asimismo, restringe la consulta en materia legislativa a las “*ideas matrices de los proyectos*”, en circunstancias que el Relator Especial ha sido claro al señalar que “*los pueblos indígenas deberán ser consultados previamente en todas las fases del proceso de producción normativa, y dichas consultas no deben ser restringidas a propuestas iniciales siempre que tengan relación con las ideas matrices de la medida en cuestión*”³⁸⁰.

Todos estos elementos constituyen por sí mismos una flagrante violación al derecho

³⁷⁷ El artículo 1° inciso segundo del DS N° 124 dice que “*Dicha obligación [la del artículo 34 de la LDI] se materializa en la consulta y la participación de los pueblos indígenas consagradas en el artículo 6 No 1 letra a) y No 2 y en el artículo 7 No 1 oración final del Convenio*”.

³⁷⁸ Ver *supra*, n. 330.

³⁷⁹ Artículo 2° del DS N° 124.

³⁸⁰ RELATOR ESPECIAL DE NACIONES UNIDAS SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES DE LOS INDÍGENAS (James Anaya), *Principios Internacionales aplicables a la consulta en relación a con la Reforma Constitucional en materia de Derechos de los Pueblos Indígenas en Chile*, 24 de abril de 2009, en línea, formato pdf, disponible en internet <http://www.politicaspublicas.net/docs/Relator_especial_InformeConsultaChile24Abril2009.pdf>, consultado el 26 de mayo de 2009, párr. 20.

internacional de tratados, lo que acarrea la responsabilidad internacional del Estado de Chile. Asimismo, dicho reglamento, en tanto pretende limitar el alcance de normas de derechos humanos ya ingresadas al ordenamiento jurídico chileno, es inconstitucional y nulo de derecho público, por transgredir el artículo 5° inciso segundo y los artículos 6° y 7° de la CPR. Con razón, este primer intento de implementación ha sido calificado por destacados académicos como “*un absurdo intento de última hora por burlar el derecho de participación de los pueblos indígenas*”³⁸¹.

b) La Contraloría y la bandera mapuche

Un ejemplo opuesto al recién revisado es el que entrega la Contraloría General de la República al responder a la Ilustre Municipalidad de Villarrica acerca de si podía o no autorizar el izamiento de la bandera mapuche junto al pabellón nacional³⁸². La Contraloría razonó invocando el deber social y estatal de “*respetar, proteger y promover el desarrollo de los indígenas, sus culturas, familias y comunidades adoptando las medidas adecuadas para tales fines*” y el derecho de los pueblos indígenas a mantener sus manifestaciones culturales establecidos en la Ley de Desarrollo Indígena (LDI)³⁸³. Asimismo, cita los artículos 2 y 5 del Convenio N° 169 de la OIT que establecen la obligación estatal de proteger los derechos de estos pueblos y sus valores y prácticas culturales. Así concluye el órgano contralor:

*Del análisis de la normativa precitada se concluye que las municipalidades pueden establecer las modalidades de participación de la etnia mapuche por la cual se consulta, dentro de su territorio jurisdiccional, de manera de **reconocer y fomentar la expresión de sus valores, cultura y tradiciones, de lo que se desprende que les está permitido disponer el uso de la bandera, emblema o escudo de ese pueblo en actos o ceremonias que realicen las reparticiones de esas corporaciones, si ello, a juicio del municipio respectivo, constituye un elemento significativo de manifestación cultural de dicha etnia***³⁸⁴.

Si bien, frente a las graves vulneraciones a sus derechos más básicos que sufren hoy los pueblos

³⁸¹ MONTT, Santiago, MATTA, Manuel, *op. cit.* p. 44.

³⁸² CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Dictamen N° 22.247, fecha: 28-IV-2010.

³⁸³ *Ídem.*

³⁸⁴ *Ídem.*

indígenas en Chile, este dictamen puede parecer de menor relevancia, tiene un profundo sentido simbólico. Esto porque cuando en 1992 la bandera fue adoptada por el Consejo de Todas las Tierras, el gobierno reaccionó interponiendo una serie de querellas contra su dirigencia. Por ello, esta resolución merece ser destacada como el tipo de decisiones que debe orientar la actitud del Poder Ejecutivo en el desafío de implementar los derechos de los pueblos indígenas en nuestro país.

En síntesis, podemos apreciar que la implementación del Convenio N° 169 de la OIT está marcada por claroscuros. Por una parte, el Tribunal Constitucional ha permitido su incorporación al sistema jurídico nacional declarando como *autoejecutables* algunas de sus normas. Como contrapartida le ha negado el estatuto de pueblos a los indígenas y la *autoejecutabilidad* de algunas de sus principales normas. Pese a ello, una interpretación de nuestras instituciones conforme al derecho internacional de los derechos humanos permite el ejercicio de los derechos consagrados en el Convenio. En este sentido cabe destacar la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia que reconoce el bloque constitucional de derechos e interpreta la normativa nacional a la luz de las obligaciones internacionales del Estado. Lamentablemente en este punto ha habido un incipiente retroceso, vinculado a la interpretación que la Corte Suprema ha hecho respecto del alcance de la obligación estatal de consulta previa. A este respecto cabe esperar que la orientación proveniente de las Cortes de Apelaciones, especialmente la de Temuco e Iquique, impregne las próximas decisiones del máximo tribunal.

Por su parte, el Ejecutivo es sin duda el poder estatal que más rezago evidencia en la implementación del Convenio N° 169. El reglamento de consulta y la aprobación invariable de proyectos de inversión y concesiones en territorio indígena sin la adecuada participación y consulta a las comunidades, resulta una actitud inaceptable en el marco de un Estado respetuoso de las garantías fundamentales de los pueblos y las personas. Quedamos a la expectativa de lo que pueda hacer el Congreso Nacional, tanto en la implementación del deber de consulta como respecto de las adecuaciones legislativas que se requieren.

Reflexiones finales

Si bien en los casi veinte años de aplicación que tienen el Convenio N° 169 de la OIT, el derecho internacional de los derechos humanos ha ido evolucionando, alcanzando un nuevo hito con la Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas de Naciones Unidas, no por ello el Convenio ha perdido importancia. El principio de universalidad, interconexión e indivisibilidad de los derechos humanos, consagrado en el artículo 35° del mismo Convenio, obliga a aplicar sus disposiciones sin menoscabo de los derechos reconocidos en otros instrumentos internacionales. Con la ratificación del Convenio, sus normas han ingresado al sistema jurídico chileno potenciado con la jurisprudencia internacional que lo ha aplicado y enriquecido con los contenidos de la Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas, oportunamente firmada por Chile.

El desafío que esta cuestión implica es tan grande como la oportunidad que ofrece para avanzar hacia una democracia de nuevo tipo, capaz de cobijar en su interior al *otro*, que vive entre nosotros desde siempre, aunque negado y discriminado. La experiencia de países hermanos en esta materia es muy rica y muestra tanto los caminos que es deseable transitar, como el forjado por la Corte Constitucional colombiana y, también, aquellos que es preferible evitar.

Los Pueblos Indígenas del país han sido los principales impulsores de la ratificación del Convenio. Esto es porque tienen conciencia de que lo que está en juego -desde hace décadas- es su propia subsistencia y las posibilidades de proyectarse hacia el futuro como pueblos responsables de su propio destino. No cabe duda que ellos están a la altura del reto que se han auto - impuesto. Esperamos que tanto las autoridades políticas como la sociedad civil chilena se tomen en serio el desafío y avancemos a paso decidido hacia la democratización y el respeto a la diversidad en nuestra sociedad.



Este trabajo está protegido por licencia [Creative Commons Atribución-Licenciar Igual v3.0](https://creativecommons.org/licenses/by-sa/3.0/). Puede ser reproducido, distribuido y adaptado libremente citando la fuente. Las obras que utilicen parte o todo este material deben regirse por la misma licencia.