



# DERECHOS HUMANOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS: CHILE TRAS LA RATIFICACIÓN DEL CONVENIO 169 DE LA OIT

ANA MARÍA OLIVERA FUENTES\*

Recibido: 03/06/2009 • Aceptado: 16/10/2009

## Resumen

En el mes de septiembre del año 2008, Chile ratificó el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Esta ratificación pone nuevamente sobre el tapete la discusión respecto la jerarquía de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en el sistema jurídico chileno, discusión que no ha podido ser zanjada desde la reforma del año 1989, que modificó el artículo 5º de la Carta Fundamental.

**Palabras clave:** Pueblos indígenas, derechos humanos, incorporación y jerarquía de los tratados internacionales, Convenio 169 de la OIT.

## Abstract

In September 2008, the State of Chile proceeded with the ratification of the International Labour Organization 169 Treaty Concerning Indigenous and Tribal People in Independent Countries. This ratification brings once again for discussion the hierarchical place that International Human Rights Treaties have within the jurisdictional system in Chile, discussion that has not been settled since the 1989 reform that modified article 5 of the Fundamental Letter.

**Keywords:** Chilean indigenous people, human rights, hierarchy of international treaties, International Labour Organization, 169 Indigenous and Tribal Peoples Convention.

\* Abogada. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. Diplomada en Derechos Humanos y Pueblos Indígenas. Universidad Católica de Temuco, Chile. Estudiante Maestría en Derechos Humanos y Educación para la Paz, IDELA. UNA. Asesora Jurídica del Konsejatu Chafún Williche Chilwe (Consejo General de Caciques Williche de Chiloé- Chile). Nacionalidad chilena.

## **El valor de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos a la luz de la Constitución Política de Chile (1980)**

Según el artículo 54°, número 1 de la Constitución Política de Chile (CPE), los tratados internacionales son negociados, firmados y ratificados por el Presidente de la República, al Poder Legislativo le corresponde aceptar o rechazar los tratados antes de su ratificación y ese trámite se somete a los establecidos en la Constitución para la aprobación de las leyes.<sup>1</sup> Si el tratado es aprobado, se procede a la promulgación del decreto del Presidente de la República el que posteriormente se publica en el Diario Oficial junto con texto del tratado.

Ahora bien, como el que indicamos es el procedimiento de incorporación de tratados internacionales establecido en la Constitución chilena, surge la pregunta – después de producida la incorporación del tratado al orden normativo nacional– ¿qué jerarquía tiene un tratado dentro de la pirámide normativa chilena?

La respuesta no está contenida en el texto constitucional. Por ello le ha cabido a la jurisprudencia un rol primordial en la solución del asunto. Según el académico

<sup>1</sup> Artículo 54° CPE Chile señala: Son atribuciones del Congreso 1) Aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación. La aprobación de un tratado requerirá, en cada Cámara, de los quórum que corresponda, en conformidad con el artículo 66°, y se someterá, en lo pertinente, a los trámites de una ley.

chileno Claudio Nash, la tendencia de los tribunales sería situar los tratados internacionales por sobre las leyes, anteriores o posteriores, lo que significaría que están optado por la tesis de la supralegalidad.

### **Recepción y jerarquía de Tratados de Derechos Humanos en Chile**

Ahora bien, aceptando que en Chile la tesis de la jerarquía supralegal de los tratados sería aparentemente la que se está imponiendo, al menos desde el criterio de algunos tribunales de la República, surge la pregunta ¿qué jerarquía tienen los tratados sobre Derechos Humanos? ¿Tienen el mismo rango supralegal u otro diferente?

Para intentar acercarnos a una respuesta debemos remitirnos al actual artículo 5° de la Constitución Política del Estado que establece lo siguiente:

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.

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 (art. 5°).

Inicialmente el segundo inciso del artículo 5º llegaba solo hasta el primer punto hasta “naturaleza humana.” Lo que sigue a continuación fue incorporado por una reforma constitucional, que se tramitó en el año 1989, poco antes del término de la dictadura del General Pinochet.

A nuestro parecer, y siguiendo en esto al profesor Claudio Nash Rojas<sup>2</sup>, la reforma a la que aludimos debe interpretarse teniendo presente el contexto político en la que fue aprobada. Era el año 1989, Chile estaba próximo a cerrar el capítulo de la dictadura pinochetista. La reforma fue negociada entre los partidos políticos opositores al régimen militar y este mismo régimen y con ella se buscaba “asegurar de la mejor manera posible un sitio principal para los derechos humanos, dada la enorme importancia que su respeto tendría para una futura democracia estable” (Nash, s/f: 160).

En nuestra opinión, la reforma buscaba tres propósitos: i) enfatizar en el deber del Estado (de respeto de los derechos humanos) ii) enfatizar en el contenido de ese mismo deber el que estaría dado tanto por el imperativo de respeto como el de promoción y iii) sentar claridad respecto a que, por derechos humanos, no debían entenderse solo aquellos mencionados en la propia Carta Fundamental (artículo 19º de Derechos y Deberes Constitucionales) sino todos los reconocidos en el sistema internacional de derechos humanos.

<sup>2</sup> Abogado, Doctor en Derecho, Profesor del Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho Universidad de Chile.

Los principales problemas interpretativos generados por la reforma se originan a nuestro entender en dos expresiones aparentemente restrictivas de su función protectora y promotora de derechos humanos:

- La primera es la mención expresa en el texto de los tratados internacionales como fuente de derechos humanos, lo que daría pie para afirmar que la intención del Constituyente fue excluir las restantes (y no menos importantes) fuentes de derechos humanos como la costumbre internacional, las recomendaciones de los organismos internacionales, las declaraciones de derechos humanos como la propia Declaración Universal de Derechos Humanos.
- La segunda, es la limitación del texto a los tratados vigentes al momento de la reforma, de modo que, igualmente con un criterio formalista, debiese entenderse que en Chile la soberanía encuentra un límite en el respeto no de todos los derechos humanos, sino solo de aquellos que consten en el texto constitucional y los que puedan estar resguardados por tratados internacionales vigentes en Chile al año 1989.

El país de Neruda salía de una cruenta dictadura que había violado sistemáticamente los derechos humanos. Por su estado de cuestionamiento internacional, es posible creer que el escenario político viraba hacia una mayor protección de la persona humana y sus derechos fundamentales. Sería del todo contradictorio suponer que la incorporación de esta reforma tenía por finalidad restringir o limitar el deber

estatal de respeto y promoción de los derechos humanos solo a algunos, con exclusión de otros.

Estimamos que la intención de la reforma fue enviar, principalmente a la comunidad internacional, un “signo político de cambio”, orientado este cambio a un mayor y más amplio compromiso estatal con los derechos humanos. Surge la pregunta ahora es ¿generó este signo una consecuencia jurídica concreta? Es decir, ¿la reforma constitucional del año 1989 consagró a los derechos humanos cómo límite constitucional al ejercicio de la soberanía estatal?

En nuestra opinión, la reforma solo reforzó un asunto que ya estaba zanjado previamente. Los derechos humanos, ya establecidos como límite constitucional de la soberanía, lo estaban en el mismo artículo 5°, en la frase “el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”. Insistimos, la reforma constitucional solo vino a reforzar el precepto, los derechos esenciales de la persona humana, los derechos fundamentales de la persona humana o como quiera que sean nombrados eran límite al ejercicio de la soberanía y lo han seguido siendo después de la reforma constitucional. Además, la propia dictadura hizo la Constitución, a su medida, haya desconocido o haya hecho caso omiso de la disposición, no la haya aplicado o la haya interpretado a su antojo. Pero el límite al abuso del poder en Chile ya existía en el texto constitucional.

¿Cuál fue entonces el sentido de la reforma constitucional promovida en el año 1989? Como la interpretación concede a la reforma constitucional un efecto jurídico concreto, este otorgó rango constitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos y, que desde 1989, dichos tratados fijan –junto con la CPE– el marco normativo al que se debe ajustar la normativa interna (leyes).

Ahora bien, a nuestro parecer, la expresión “tratado internacional” que utiliza el constituyente, no debe ser entendida restrictivamente. Por el contrario, un tratado de derechos humanos no puede aplicarse al margen de la jurisprudencia que sobre él se va construyendo, ni separadamente de lo que la doctrina dinámicamente plantea. En otros términos, la referencia del texto constitucional a los tratados internacionales no puede entenderse estáticamente, como una referencia a un derecho rígido, inmutable e impermeable de los cambios socio-jurídicos. Ello constituiría a establecer en la CPE un límite completamente artificial a la evolución del derecho.

Quienes niegan que la reforma de la CPE chilena otorgó rango constitucional a los tratados de derechos humanos lo hacen sustentados en argumentos formales extraídos del propio texto constitucional. La razón formal se ubica en la falta de modificación a la norma sobre aprobación de los tratados, artículo 54° de la CEP que señala:

Son atribuciones del Congreso:

- 1) Aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación. La aprobación de un tratado requerirá, en cada Cámara, de los quórum que corresponda, en conformidad con el artículo 66°, y se someterá, en lo pertinente, a los trámites de una ley (Art. 54°).

El Tribunal Constitucional de Chile ha emanado jurisprudencia que rechaza el rango constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos, jurisprudencia que revisaremos brevemente en la segunda parte de nuestro trabajo en lo referido al Convenio 169 de la OIT sobre derechos de pueblos indígenas.

Por lo pronto, en Chile, todo tratado internacional (sea o no de derechos humanos) se somete –para su incorporación en el sistema interno– a la aprobación del Congreso tal como si se tratase de una ley, por lo que algunos juristas concluyen que tiene su mismo rango jerárquico.<sup>3</sup> En nuestra opinión, ello representa una confusión entre la incorporación del tratado de derechos humanos y la jerarquía una vez incorporado al sistema normativo interno. La jerarquía de un tratado no puede derivarse del procedimiento de incorporación definido en la CPE (criterio formal), sino que, por el contenido del tratado (criterio de fondo), esto es la esencialidad y superioridad ética de su contenido.

<sup>3</sup> Argumento sostenido por el Tribunal Constitucional.

Como puede apreciarse, los argumentos de los detractores al rango constitucional de los tratados de derechos humanos en Chile son formales, no conciben que la Constitución pueda verse modificada de un modo que no sea el que está indicado expresamente, y, lamentablemente muchos han transformado este debate en un asunto de soberanía interna, en una pugna entre derecho nacional y derecho internacional, en una disputa sobre ámbitos de jurisdicción, debate absurdo que en nada permite el mayor resguardo de los derechos humanos.

### **El Convenio 169 de la OIT y las malas prácticas del Estado de Chile para impedir su plena vigencia**

El Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales fue adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo el 27 de junio de 1989. Reemplazó al Convenio 107 del año 1957 que le precedía. El Convenio 169 abandonó el paradigma integracionista de su predecesor y reconoció a los pueblos indígenas como sujetos colectivos de derechos humanos, titulares de derechos a la tierra y el territorio, a la plena participación política, a la autonomía y autodeterminación.

En las postrimerías de la dictadura militar, el entonces candidato único de la Concertación de Partidos por la Democracia, Patricio Aylwin Azócar, adoptó el compromiso de impulsar durante su gobierno dos grandes transformaciones en el sistema jurídico nacional: la reforma constitucional de reconocimiento de los pueblos

indígenas y la ratificación del recién adoptado Convenio 169 de la OIT.<sup>4-5</sup>

Debieron pasar veinte años desde la firma del Acuerdo de Nueva Imperial para que el Convenio 169 de la OIT fuera finalmente ratificado por el Estado de Chile y adoptado como norma vigente en el país. Sin embargo, el proceso de ratificación y de incorporación estuvo rodeado de oscuras prácticas estatales, que provocaron la airada reacción de los pueblos indígenas y de importantes actores del sistema internacional de derechos humanos, como la de Bartolomé Clavero, integrante del Foro Permanente en Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas y la actuación in situ del Relator Especial para Asuntos Indígenas, James Anaya, quien expresó públicamente su preocupación por los procedimientos empleados por el Estado de Chile en esta materia, en particular por el proceso de reforma constitucional sobre pueblos indígenas en tramitación con-

trario a los estándares internacionales de derechos humanos.

Queremos a continuación pasar revista a estas que llamamos “oscuras prácticas estatales” señalando que con esta denominación aludimos a acciones políticas consiguientes destinadas a evitar la plena vigencia del Convenio 169 de la OIT y a mermar su fuerza normativa dentro del sistema jurídico chileno.

### **Malas prácticas estatales en materia de derechos humanos de los pueblos indígenas: la minimización de la fuerza normativa del Convenio 169 de la OIT**

#### **1. Ratificación del Convenio 169 y los Controles de Constitucionalidad solicitados por el Poder Legislativo**

Exponíamos en la parte inicial del trabajo que las normas de la CPE disponen que los tratados internacionales (todos ellos) antes de ser ratificados por la jefatura del estado deben ser aprobados por el Congreso, conforme el mismo procedimiento asignado a la aprobación de las leyes.

Entre las atribuciones del Congreso se encuentra la de someter el texto del tratado (digamos el proyecto de ley) a un Control de Constitucionalidad, a cargo del Tribunal Constitucional (ente autónomo del poder judicial) en ejercicio de la atribuciones establecidas en los artículos 92, 93 y 94 de la CPE.

Existen dos sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en asuntos

<sup>4</sup> El acuerdo de Nueva Imperial fue firmado por representantes de pueblos indígenas y el candidato Patricio Aylwin Azocar el 1° de diciembre de 1989. Contenía el compromiso del entonces candidato concertacionista con la promulgación de una nueva ley indígena, el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas y de sus derechos económicos, sociales y culturales y la ratificación del Convenio 169 de la OIT.

<sup>5</sup> Los estados que han ratificado hasta la fecha el Convenio 169 en América Latina son los siguientes: México (1990) Bolivia (1991), Colombia (1991), Paraguay (1993), Costa Rica (1993), Perú (1994), Honduras (1995), Guatemala (1996), Ecuador (1998), Argentina (2000), Dominicana (2002), Venezuela (2002), Brasil (2002), Chile (2008). Pendientes de ratificación se encuentran Uruguay, Guayana Francesa, Surinam, Guyana, Panamá, Nicaragua, El Salvador y Bélice (Fuente: Centro Políticas Públicas-Chile).

relacionados con el Convenio 169 de la OIT. La primera del 4 de agosto del 2000 (rol 309)<sup>6</sup> y la segunda del 3 de abril del 2008 (rol 1050)<sup>7</sup>, ambas han rechazado las solicitudes de inconstitucionalidad presentadas por parlamentarios de la república. El primer control constitucional la constitucionalidad de nueve disposiciones del Convenio 169 de la OIT.

La cuestión que motivó a la Cámara de Diputados a solicitar el segundo control de constitucionalidad lo resumimos del modo siguiente: el artículo 6° del Convenio 169 consagra en su número 1 letra a que los gobiernos deberán:

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

El artículo 7 del mismo Convenio consagra:

El derecho de los pueblos a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo... de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultu-

ral... y de participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.

El problema de Constitucionalidad del Convenio 169 de la OIT lo generaba la consagración internacional de los derechos de consulta y la participación política de los pueblos indígenas.

Las disposiciones, según los parlamentarios, entraban en abierta pugna con normas de rango constitucional y normas contempladas en leyes orgánicas constitucionales relativas a la administración del Estado, a nivel nacional, regional y comunal, de suerte que la aprobación del Convenio comprometía el sistema de administración pública y, a juicio de los parlamentarios, afectaba el ejercicio mismo de la soberanía.

Como hemos adelantado, el Tribunal Constitucional resolvió en ambos casos que el Convenio no era inconstitucional<sup>8</sup> lo que permitió que el proceso de aprobación y ratificación siguiera adelante. El asunto aquí no está en el resultado final aprobatorio de las sentencias de dicho Tribunal, que podrían ser estimadas hasta beneficiosas para el propósito de ratificación del Tratado; el asunto está en los argumentos esgrimidos y el razonamiento jurídico del Tribunal. Remitiéndonos a los

<sup>6</sup> Presentación del 5 de marzo de 2008 se solicita control de constitucionalidad de los artículos 6 y 7 del Convenio.

<sup>7</sup> Presentación del 15 de julio del 2000 se solicita control de constitucionalidad de todo el Convenio, por no haber sido este aprobado con *quórum* de ley orgánica constitucional en atención a las materias reguladas y subsidiariamente declaración de inconstitucionalidad de los artículos 9°, 10°, 14°, 15°, 17° n° 2, 7 n° 2, 6 n° 1, y 22 n° 2 y 3 del Convenio 169.

<sup>8</sup> Sentencias Tribunal Constitucional sobre Constitucionalidad de los arts. #6° y 7° del Convenio 169 Rol 1050 y Rol 309, textos completos pueden accersarse en [www.politicaspUBLICAS.net](http://www.politicaspUBLICAS.net).

aspectos más sensibles de la sentencia del año 2008, leamos:

Considerando Décimo Tercero:

Que la Consulta a los pueblos interesados que dispone en N° 1 del artículo 6 del Acuerdo remitido no podrá, desde luego, entenderse que implique el ejercicio de soberanía, pues ella, conforme al claro tenor de lo dispuesto en el artículo 5° de la Carta Fundamental, reside esencialmente en la Nación, y se ejerce por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que la propia Constitución establece. La forma de participación consultiva que la norma en examen contempla tampoco podría adoptar la modalidad de un plebiscito o de una consulta vinculante, pues la Carta Fundamental regula estos modos de participación, de manera incompatible con tal posibilidad, en los artículos 118° y 128° de la Constitución.

Seguidamente el Considerando Décimo Cuarto dispone:

Que la finalidad de las consultas es llegar a un acuerdo sobre las medidas propuestas (por el Estado), no importa una negociación obligatoria, sino que constituye una forma de recabar opinión, que no resultará vinculante, ni afectará las atribuciones privativas de las autoridades que la Constitución Política de la República establece.

La idea de carencia de vinculatoriedad de la consulta se reitera en el considerando décimo quinto:

...la posibilidad de participación que las normas en análisis del Convenio entregan a los pueblos indígenas no pugnan con el principio de participación con igualdad de oportunidades en la vida nacional, para un grupo socioeconómicamente vulnerable, con la especificidad histórica cultural que le es propia, un mecanismo de participación que no tiene carácter vinculante.

Llama la atención que el Tribunal Constitucional no reparara en que el Convenio 169 de la OIT es un Tratado de Derechos Humanos y que, por ende, pueden emanar de él límites al ejercicio de la soberanía, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 5 inciso de la CPE, al que ya hemos hecho mención.

Tampoco estimó el alto Tribunal que las que debían ser modificadas eran las leyes orgánicas constitucionales aludidas en el oficio de la Cámara de Diputados, para adecuar dichas normas a las del Convenio 169, adecuación que sabemos forma parte del deber de garantía y respeto de los derechos humanos consagrado en la Convención Americana de Derechos Humanos, que por ser un Tratado de Derechos Humanos vigente en Chile a la época de la reforma constitucional sin ninguna duda forma parte del marco normativo con el que debe ser efectuado el examen de constitucionalidad del Tribunal Constitucional y que no aparece mencionado.

En cuanto al artículo 6° del Convenio, el Tribunal Constitucional establece que esta disposición no resulta inconstitucional dado que es una “mera forma de recabar opinión” por lo que resultan puramente

programáticas las disposiciones que regulan el ejercicio del derecho de participación.

Resultan, en este sentido, destacables aspectos del voto razonado del juez señor Enrique Navarro Beltrán respecto al carácter puramente programático de las normas del Convenio 169 de la OIT, en tanto el magistrado fundamenta esta apreciación en antecedentes que fueron presentados ante el Tribunal por el propio poder ejecutivo en el Informe de la Comisión de Relaciones Exteriores del Senado del 9 de enero del año 2008. En este informe el ejecutivo aseveró que las disposiciones del Convenio 169 responden al tipo de preceptos no autoejecutables con el sólo mérito del Tratado; el ministro secretario general de la presidencia, señor José Antonio Vera-Gallo menciona en el citado informe que "... las disposiciones del convenio revisten carácter programático, es decir, que son compromisos del Estado y sus Poderes que se comprometen a realizar". El director jurídico de la Cancillería agrega que "el Convenio contempla disposiciones programáticas, redactadas como meras aspiraciones, cuya realización debería darse en la medida de lo posible". Es la opinión del gobierno chileno.

Ha de entenderse que al ser puramente programáticas las disposiciones del Convenio, en todo aquello que choque con la normativa constitucional este simplemente no será aplicado, sin que ello aparentemente genere responsabilidad estatal alguna ante el sistema internacional de derechos humanos.

Curiosamente, no se considera para llegar a esta tan liviana conclusión, que el Estatuto de Viena (artículo 27) dispone que un estado no puede invocar su normativa interna para incumplir un Tratado. ¿Pretende el Tribunal Constitucional que el Estado se albergue en su jurisprudencia o en las leyes orgánicas constitucionales para negar a los pueblos indígenas el ejercicio de su derecho a la consulta o para privarlos del ejercicio a la participación del modo que es regulado en el artículo 7 del Convenio 169?

Es difícil entender que los pueblos en Chile hayan sostenido durante dos décadas la demanda de ratificación de un tratado, que no genera deberes al Estado, que parece no ser sino un listado de aspiraciones, realizables "en la medida de lo posible".

### **La declaración interpretativa: intento del Estado por evitar la interpretación progresiva del Convenio 169 de la OIT**

La segunda mala práctica en materia de derechos humanos del Estado de Chile se manifestó en el intento del poder ejecutivo liderado por la presidenta Michelle Bachelet de promulgar el Convenio 169<sup>9</sup> con una "declaración interpretativa" en cuya virtud el Estado de Chile se arrogaba la facultad de interpretar de modo restrictivo el siguiente artículo 35 del Convenio que dispone:

<sup>9</sup> El Convenio 169 fue promulgado por decreto 236 el 2 de octubre del 2008. El instrumento de ratificación fue depositado el 15 de septiembre del mismo año y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 38 párrafo 3 del mismo Convenio, su entrada en vigencia en Chile será el 15 de septiembre del 2009.

La aplicación de las disposiciones del presente Convenio no deberán menoscabar los derechos y ventajas garantizados a los pueblos interesados en virtud de otros Convenios y recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados, o leyes, laudos, costumbres o acuerdos nacionales (art. 35 Convenio 169).

Sin precedentes en la historia de ratificaciones de Convenios de la Organización Internacional del Trabajo, la Comisión de Relaciones Exteriores del Senado chileno acordó aprobar el Convenio 169 de la OIT con la inclusión de:

...una declaración interpretativa al artículo 35 del mencionado Convenio que apunte a señalar que este instrumento sólo es aplicable a los tratados vigentes ratificados por Chile y no es vinculante con otras declaraciones internacionales como la que hizo las Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas.<sup>10</sup>

El senador socialista Juan Pablo Letelier, miembro de dicha Comisión declaró: esto significa que no queremos que declaraciones o recomendaciones, que pudiesen surgir de otros organismos de la comunidad internacional, puedan ser unilateralmente obligatorias para Chile.<sup>11</sup>

Queda plenamente claro que la declaración interpretativa tenía un propósito es-

pecífico, que era evitar la interpretación del Convenio 169 a la luz de la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas, Declaración que ha elevado los estándares internacionales en lo referido a derechos de los pueblos indígenas.<sup>12</sup> Por ejemplo, el derecho a la consulta que ya provocaba debates en el parlamento chileno tal como es concebido en el Convenio 169, está regulado en la Declaración ya no como consulta sino como consentimiento previo, libre e informado, de modo que no queda duda alguna que no se trata de un simple sondeo de opinión, sino un acto formal destinado a obtener consentimiento y que la negativa de un pueblo indígena tiene la capacidad de paralizar o suspender las acciones estatales.

Se trataba entonces de evitar la interpretación progresiva de las disposiciones del Convenio, al reducir el derecho solo a lo existente y paralizar su desarrollo y enriquecimiento con nuevos estándares en derechos humanos.

La Organización Internacional del Trabajo no acepta reservas o declaraciones

<sup>10</sup> Senado 05 de diciembre 2007.

<sup>11</sup> Senado 05 de diciembre 2007.

<sup>12</sup> La derecha política manifestó especialmente su preocupación por las consecuencias que la ratificación del Convenio 169 podía provocar en el ámbito de la unidad interna territorial en el derecho de propiedad tal como está regulado actualmente por la CPE, en el libre ejercicio de acciones económicas relacionadas con la explotación de recursos naturales; en la unidad política y en la aplicación del sistema penal nacional. Según la derecha chilena, el Convenio 169 debe cumplirse "dentro del marco de nuestra actual institucionalidad y sus correspondientes leyes" (documento diciembre del 2007 "Minuta Declaración Interpretativa del Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales de la OIT" bancada de oposición).

interpretativas al Convenio, cualquier limitación a la plena aplicación del Convenio (reserva) impide el registro de la ratificación<sup>13</sup> y por lo demás a una comisión del Senado no le cabe imponer límites interpretativos a un texto internacional, menos aún en materia de derechos humanos. El Convenio debe ratificarse íntegramente o no ratificarse. En el mismo sentido, el estatuto de Viena establece que las reservas no proceden si el propio tratado las prohíbe. Como la OIT no permitía reservas ni declaraciones interpretativas, el Ejecutivo intentó plasmar las mismas limitantes, pero en el decreto promulgatorio; es decir, establecer el límite en la normativa interna nacional, maniobra que resultó impracticable atendido el repudio internacional generalizado que se hizo sentir.<sup>14</sup>

Este intento de ratificación primero y de promulgación después con reserva o con declaración interpretativa no solo es una mala práctica, es una acción cargada de mala fe, piénsese que formalmente el Convenio se está aprobando, se está incorporando al marco normativo interno, aparentemente el gobierno está cumpliendo

un compromiso político que sustentó el apoyo de los pueblos indígenas a su programa de acción posdictadura pero, al mismo tiempo, se está recurriendo a las más oscuras y torcidas maniobras para evitar que el texto tenga vigencia plena. Insistiéndose, además, en su contenido programático y en la superioridad de las normas constitucionales.

Tras un largo padecimiento, el Convenio 169 fue promulgado íntegro y está actualmente en espera de su entrada en vigencia el quince de septiembre del dos mil nueve.

### **La reforma constitucional de pueblos indígenas**

La tercera mala práctica del Estado de Chile, en materia de derechos humanos de pueblos indígenas, está relacionada con un segundo compromiso adoptado en el Acuerdo de Nueva Imperial, que en realidad es el primero en el texto del Acuerdo: la reforma a la constitución, el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas, de sus derechos sociales, económicos y culturales.

Según los antecedentes oficiales existentes, desde 1990 en adelante, los diversos gobiernos de la concertación habían intentado promover en el Senado de la República la idea de legislar sobre este punto. Sin embargo, por ser la cámara que concentra la presencia de la derecha política, esta iniciativa había sido permanentemente rechazada. El acuerdo de legislar adoptado por el Senado, le dio luz verde a un proyecto de reforma constitucional que

<sup>13</sup> Así expresamente señalado por Cleopatra Doumbia-Henry, Directora del Departamento de Normas Internacionales de la OIT en nota de respuesta a consulta presentada por la Identidad Lafkenche del 06 de febrero del 2008.

<sup>14</sup> Entre otras manifestaciones de repudio a la iniciativa se cuentan: Declaraciones públicas del Consejo Nacional Aymara de Mallkus y T'illas; Consejo de Todas las Tierras, Identidad Territorial Lafkenche; Coordinadora por la Defensa del territorio mapuche; Consejeros Indígenas ante CONADI; Comunidades Mapuche de Ercilla; Malpapuwen- Partido Mapuche en Formación; Consejo General de Caciques de Chiloé; Observatorio de Derechos Indígenas; Centro de Políticas Públicas y Derechos Indígenas;

fundó la iniciativa del Ejecutivo presentada por la presidenta Michelle Bachelet y la correspondiente presentada por la bancada opositora.<sup>15</sup> Este acuerdo político, dejar fuera del proyecto otra iniciativa que había sido presentada por la Cámara de Diputados.

El proyecto de reforma constitucional aprobado por el Senado de la República, producto de toda clase de componendas políticas, ha sido fuertemente cuestionado por las organizaciones indígenas del país por cuanto no contiene un reconocimiento real de sus existencias colectivas ni los reconoce titulares de derechos sociales, económicos y culturales. Sirva para comprender el tenor de la iniciativa de reforma que fue aprobada por el Senado la siguiente declaración del parlamentario demócratacristiano señor Hosaín Sabag Castillo:

Hoy estamos votando una reforma constitucional que reconoce al pueblo mapuche y a los pueblos indígenas, pero esto no significa darles autonomía. El estado chileno es unitario, y por lo tanto, le reconocemos todos sus derechos, pero deben atenerse a la normativa general de la Nación (Sabag, página oficial Senado Chile).

Conforme a este espíritu elocuentemente etnocentrista, el Senado de la República de Chile acordó mayoritariamente someter a tramitación el siguiente texto de reforma constitucional:

<sup>15</sup> Senadores Andrés Allmand, Carlos Cantero, Alberto Espina, José García y Sergio Romero.

Artículo único: Introdúcense las siguientes enmiendas en la Constitución Política de la República.

1) Reemplácese el artículo 4º por el siguiente:

Artículo 4º.- La Nación chilena es una, indivisible y multicultural.

El Estado reconoce la existencia de los pueblos indígenas que habitan su territorio y el derecho de sus comunidades, organizaciones e integrantes 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.

Los pueblos indígenas podrán organizar su vida de acuerdo con sus costumbres, siempre que ello no contravenga la Constitución y las leyes.

A la primera lectura resulta al menos curiosa la fórmula “La Nación de Chile es una, indivisible y multicultural.” Ciertamente, la multiculturalidad así entendida se acerca al folclorismo, es la idea reaccionaria de que las culturas son “raíces” que forman la nación toda, esta consigna de que la nacionalidad chilena es una mezcla entre el coraje de los araucanos y la hidalgía de los españoles.

Si bien, el texto aprobado en el Senado aparentemente reconoce la existencia de los pueblos indígenas hace recaer en las comunidades, organizaciones e integrantes la titularidad de ciertos derechos, despoja a los pueblos de la representación y

la titularidad que les asigna tanto en Convenio 169 como la declaración de Derechos de Pueblos Indígenas de la ONU.

Finalmente, y no es quizás necesario mencionarlo, todo el aparente reconocimiento re-somete a los pueblos indígenas al marco normativo interno, en este caso sin ninguna referencia a los tratados de derechos humanos o a las normas internacionales de derechos de pueblos indígenas. Claramente, conlleva a una negación elocuente a los derechos territoriales de los pueblos indígenas, a sus derechos sobre recursos naturales ancestralmente utilizados, a su derecho de autonomía, autodeterminación y participación política plena.

La observación más relevante y reciente sobre la reforma constitucional le correspondió al actual Relator de Naciones Unidas para Pueblos Indígenas, don James Anaya, quien en visita realizada a Chile la primera semana de abril del 2009 realizó las siguientes recomendaciones públicas al Estado de Chile:

Enfatizó que es crucial asegurar que se lleve a cabo un proceso de consulta sobre la reforma constitucional que sea conforme a las normas internacionales aplicables, aquellas del Convenio 169 y la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y también es necesario que la resultante reforma sea conforme con estas normas ( J. Anaya, comunicado público, 2009).

## Conclusiones

1. La reciente ratificación en Chile del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la OIT no garantiza un cambio sustancial de las precarias condiciones en las que se encuentran los derechos de pueblos originarios en dicho país, tal modificación solo se podrá impulsar en tanto el Estado de Chile asuma la calidad de Tratado Internacional de Derechos Humanos que el texto posee y la superioridad normativa y ética de sus disposiciones.
3. En nuestra opinión que el artículo 5º de la CPE establece como límite al ejercicio de la soberanía el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Ello permite establecer como límite al abuso del poder estatal no solo derechos humanos consagrados en Tratados Internacionales, sino cualquier derecho humano así como todo el rico acervo que en la materia se ha venido desarrollando en la doctrina y la jurisprudencia de derechos humanos.
4. Estimamos que la referencia que hace el texto constitucional a los tratados de Derechos Humanos, ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, debe ser entendida de modo que amplíe la protección a estos y considerar, el contexto político en que la modificación fue incorporada, sin que resulte política ni jurídicamente válido asignar a esta segunda parte del artículo un efecto restrictivo en materia de derechos humanos.

5. Tanto la ratificación del Convenio 169 de la OIT como la reforma de la Constitución Política en materia de reconocimiento de pueblos indígenas han estado rodeadas de malas prácticas estatales, reñidas completamente con los estándares internacionales de derechos humanos, en un constante privilegio del Estado del formalismo jurídico, hipotecando los contenidos jurídicos en directo menoscabo de los derechos de los pueblos originarios.
6. Conforme al derecho internacional, le cabe al Estado de Chile ajustar su normativa interna a los nuevos parámetros jurídicos sobre derechos indígenas, especialmente al Convenio 169 de la OIT, que no es un tratado meramente programático, sino *corpus* normativo obligatorio, cuya inobservancia el Estado no puede justificar desde la normativa interna, ni obviar de modo alguno. Ello emana de instrumentos internacionales como la Convención Americana de Derechos Humanos, la Convención de Viena de Derechos de los Tratados, la Jurisprudencia reiterada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Costumbre Internacional.
7. El Tribunal Constitucional de Chile debe ajustar sus fallos al Derecho Internacional. Resulta anacrónico que el Tribunal de Control Constitucional sostenga que las normas de un tratado internacional sobre derechos humanos deban someterse a los preceptos internos o rebajar el valor jurídico de un tratado por estimar que sus disposiciones solo son *softlaw*.

## Bibliografía

- Brewer-Carías, A. (2005). *Mecanismos nacionales de protección de los derechos humanos. Garantías judiciales de los derechos humanos en el derecho constitucional comparado latinoamericano*. San José: IIDH.
- Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. (23 de mayo de 1969). En línea. Consultado en <http://www.derechos.org/nizkor/ley/viena.html>.
- Nash, C. (s/f). La incorporación de los instrumentos internacionales de derechos humanos en el ámbito nacional: la experiencia chilena. En: *La Aplicación Judicial de los Tratados Internacionales. Serie Democracia y judicatura* (pp. 149- 183).
- Organización Internacional del Trabajo. (1989). *Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y tribales en países independientes*. Consultado en <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?C169>.
- Organización de Estados Americanos. (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Consultado en: <http://www.oas.org/Juridico/spanish/tratados/b-32.html>.
- Organización de Naciones Unidas. *Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. (Aprobada por Asamblea General de Naciones Unidas el 13 de septiembre de 2007). Consultado en: <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/es/drip.html>.
- República de Chile. (1980). *Constitución Política de la República de Chile. Texto refundido, coordinado y sistematizado*. Consultado en: [http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/index\\_html](http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/index_html).
- República de Chile. (2008). *Tribunal Constitucional. Sentencia rol 1050 del 3 de abril de 2008 sobre control de constitucional del proyecto de acuerdo aprobatorio relativo al Convenio 169 de la OIT*. Consultado en: <http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/view/904>.