

DEBATE SOBRE EL VALOR INTEGRAL DEL CONVENIO 169

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE APELACIONES DE TEMUCO, CHILE
(21 DE ENERO 2010)*

(...) tanto recurrente como recurrido están contestes en la cita de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional, en los roles 309-2000 y 1050-2008, en cuanto que el Convenio 169 citado tiene normas autoejecutables o de aplicación directa, es decir aquellas que su contenido y precisión pueden aplicarse de forma inmediata en el órgano interno; como son los antes citados artículos del Convenio [arts. 6 y 7]. Asimismo, existen normas de carácter programático, las que requieren a diferencia de las anteriores que se complementen mediante leyes, reglamentos y decretos. (...) En todo caso en virtud de lo dispuesto en artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados una parte no puede invocar disposiciones de derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. (...).

BARTOLOMÉ CLAVERO:

“Una parte no puede invocar disposiciones de derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”, recuerda justamente la Tercera Sala de la Corte de Apelaciones de Temuco. No cabe tal alegación ni para el incumplimiento ni, desde luego, para la desvirtuación. Con toda consecuencia, la Corte entiende que lo que debe aplicarse en Chile es el Convenio 169 con anterioridad y por encima de las disposiciones internas que presuntamente lo desarrollan. Y procede a la anulación de medidas adoptadas sin la debida consulta *“en los términos que señala el Convenio”* y no en otros por mucho que el propio derecho chileno lo pretenda. He aquí un precedente que habrá de extenderse contra viento y marea a todos los derechos reconocidos por el Convenio 169.

CHRISTIAN COURTIS:

Los puntos importantes de la sentencia, según mi parecer, son los siguientes:

- 1) la Corte considera el Convenio 169 como parte del derecho interno chileno y lo hace prevalecer sobre normas legislativas y administrativas de alcance mas estrecho
- 2) la sentencia considera que el derecho de consulta es auto-ejecutable
- 3) en consecuencia, la Corte considera que la falta de consulta previa supone el incumplimiento de un requisito procedimental obligatorio que debe llevarse a cabo antes del dictado del acto. Tal incumplimiento supone la nulidad del acto administrativo.
- 4) la Corte afirma que los actos de “sociabilización” no constituyen consulta en el sentido del Convenio 169

* <http://clavero.derechosindigenas.org/wp-content/uploads/2010/01/chile-sentencia-palguin.pdf>

El tribunal se orienta en la dirección ya adoptada por otros tribunales de la región - Corte Constitucional colombiana, sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, Tribunal constitucional del Ecuador - a la que habrá que sacarle mucho jugo.

En cuanto a las posibles derivaciones del fallo: la cuestión clave es la consideración del derecho de consulta como auto-ejecutable, por ser un derecho procedimental de aplicación a todas las decisiones que afecten derechos sustantivos establecidos en el Convenio 169 -por ejemplo, territorios, recursos naturales, educación, administración de justicia.

Pero hay que prestar atención a la distinción hecha en la sentencia entre cláusulas auto-ejecutables y cláusulas dependientes de ulterior desarrollo legislativo del Convenio. El derecho de consulta es considerado auto-ejecutable. Habrá que argumentar con cuidado cuando se litigue sobre la base de derechos sustantivos establecidos en el Convenio, señalando que son auto-ejecutables, o que ya han sido desarrollados adecuadamente - cuando esto sea cierto - por otras normas de derecho interno. De otro modo, se corre el riesgo de que el planteo fracase.

El otro aspecto pendiente es la articulación entre el Convenio 169 y la Declaración. Este tipo de sentencia puede funcionar bien cuando la omisión consista en no efectuar la consulta. Pero hay que pensar en una estrategia complementaria cuando la consulta se realice, y sin embargo el Estado no preste atención al resultado de la consulta - es decir, actúe sin que medie el consentimiento previo e informado de la comunidad o pueblo involucrado. En estos casos el juego conjunto del Convenio 169 y la Declaración es de central importancia.

JUAN JORGE FAUNDES:

Hace algunos días hice una breve síntesis comentando el fallo que puedes revisar en <http://www.institutoindigena.cl> si lo estimas. En ese documento digo todo lo positivo de él directamente*.

Sin embargo, emulando con mucho respeto al profesor Clavero que ha destacado las no menores debilidades de un fallo previo, respecto del cual éste sin lugar a dudas avanza, me parece que acierta en las grandes debilidades de esta sentencia, falencias de las que uno no ha opinado más bien superado por la euforia de lo previo y positivo. En primer lugar se trata de la diferencia entre normas auto ejecutables y las que no tienen dicho carácter. Efectivamente, esta sentencia al ubicar a la consulta dentro de las normas de aplicación directa evita la disputa jurídica al respecto y deja expuesto el flanco respecto de las normas que puedan no tener esa característica. Al respecto en el caso Chusmiza Usmagama de noviembre de 2009, la Corte Suprema Chilena, sin hacer el análisis dogmático antes referido, liza y llanamente aplicó el artículo 15 del Convenio N° 169 que el Tribunal Constitucional Chileno había indicado como no auto ejecutable. Veremos qué dice en este caso la Corte Suprema cuando se pronuncie sobre la apelación pendiente.

Respecto de la Declaración, comparto sus precisiones, especialmente porque los tribunales chilenos tienen una gran tendencia a validar los resguardos formales, de tal manera que si bien no es menor el, si esta jurisprudencia se confirma, de aquí en más deberán incorporarse la consulta en forma previa a los procesos de evaluación de impacto ambiental (que afecta a todas las inversiones de mayor envergadura), también

* <http://www.institutoindigena.cl/?p=694>

es muy cierto que hoy por hoy no existen garantías efectivas de que dicha consulta obligatoria se ajustará a los estándares internacionales. Con todo, sólo rescatar el que el fallo se aventuró a descartar los meros procesos de socialización o participación ciudadana (como los conocemos ordinariamente), sentando ya un elemento sustantivo de carácter prescriptivo para los futuros proyectos de inversión que sean consultados.

BARTOLOMÉ CLAVERO:

Estoy de acuerdo sustancialmente con tu comentario [de Christian Courtis], pero guardo mis dudas sobre la significación de lo que arguyes en el contexto y sobre todo me preocupa la distinción respecto al Convenio, que das por buena, entre parte inmediatamente normativa, lo que se dice “auto-ejecutable”, y parte que sólo alcanzaría valor normativo mediante su acogida y desarrollo por el derecho interno.

Entiendo que todo el Convenio 169 tiene el mismo valor inmediatamente normativo. La diferencia es entre un derecho procedimental, el de la consulta, y unos derechos sustantivos, como el derecho a las tierras. Solemos decir que el primero, cuyo carácter inmediatamente ejecutivo no está en discusión, es la garantía del resto, pero esto no resulta cierto en todos los casos. Puede serlo si el derecho sustantivo, por ejemplo a las tierras, se tiene por las comunidades indígenas. La consulta funciona como garantía cuanto se trata de una situación existente, pero no cuando es asunto de un derecho debido, como el derecho a las tierras ancestrales del pueblo mapuche.

Ahí creo que está la clave del asunto. Los derechos sustantivos se declaran no auto-ejecutables con el fin de que la parte indígena no pueda exigirlos ante la justicia, para que puedan ser moldeados, lo que puede ser desvirtuados o también ignorados, por la mediación del Gobierno y del Congreso. ¿En qué parte del Convenio o por qué norma del derecho internacional se admite esto? Un tratado puede necesitar puesta en práctica mediante el recurso de las partes interesadas a la justicia, pero antes y más suele necesitar la acción política y normativa de gobiernos y de congresos bajo las mismas reglas de sometimiento a cuanto el tratado dispone. La distinción no prevista por el propio tratado entre partes de diverso valor que la sentencia de Temuco en efecto recalca es una operación jurisprudencial de política del derecho contra los derechos registrados por el instrumento internacional, el Convenio 169 en el caso.

Estas sentencias que tanto celebramos como si constituyeran el mejor reconocimiento de la validez del Convenio 169 deberían ser innecesarias. El valor normativo del Convenio no depende de ningún reconocimiento interno, ni siquiera en rigor del constitucional. Constituyen estas sentencias además un síntoma de que lo principal no funciona. Me refiero al sistemático incumplimiento del derecho internacional de los pueblos indígenas, inclusive el de tratados, por parte de congresos y de gobiernos. Por esto miramos hacia la justicia, cuyas posibilidades en casos como el del pueblo mapuche resultan realmente limitadas. Estamos generando expectativas cuya defraudación está cantada. La recuperación efectiva de los derechos mapuche necesita por parte del Estado antes acción política que activación o activismo judicial.

VÍCTOR TOLEDO:

En relación a la sentencia del caso Palguín, me sumo a la valoración del fallo y, esperamos sea confirmado por la Corte Suprema porque le hace justicia a los pueblos

indígenas y le hace bien a la salud del estado de derecho democrático y al establecimiento de un marco de entendimiento: el marco de los derechos.

Leyendo el intercambio de opiniones, les invito a leer la sentencia de la Corte en su contexto y - tal como ha planteado Christian en otro momento- leer la sentencia dentro de la peculiar cultura jurídica y política chilena.

A mi juicio la sentencia de la Corte de Temuco tiene varios méritos, y lo que se le critica (la distinción entre normas autoejecutables y programáticas) no es obra de la Corte.

Me permitiré un texto largo.

Veamos sucintamente 4 méritos de la sentencia:

a) Reafirma que el Convenio 169 es un tratado de derechos humanos, y por tanto el razonamiento jurídico debe ceñirse al artículo 5 inciso 2° de la Constitución chilena. Esa es la piedra angular de la sentencia.

b) Establece la carencia de validez de la invocación del Decreto 124 de “Reglamento de la consulta indígena” - dictado por el Ministro de la Presidencia, José Viera Gallo- para eludir el deber estatal de consultar medidas administrativas susceptibles de afectar a indígenas.

Considerando 7:

“citar este Decreto (124) como fundamento para rechazar el recurso no tiene asidero alguno. En todo caso en virtud de lo dispuesto en artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados una parte no puede invocar disposiciones de derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.”

Es de capital importancia este considerando puesto que [el arbitrario Decreto 124](#) pretende ilegalmente limitar los alcances del Convenio 169.

c) El tercer mérito, relacionado con lo anterior, es establecer una definición amplia de medidas administrativas sujetas a consulta previa

Razonando desde el Art 5 de la constitución, la corte concluye que *“el concepto de medidas administrativa debe ser interpretada siempre a favor de los pueblos indígenas “En este sentido si hubiera una ambigüedad en el concepto de medida administrativa en una interpretación constitucional lo primero a considerar es la dignidad del hombre, el respeto, aseguramiento y promoción de sus garantías constitucionales.”*

Precisamente, el citado Decreto 124, apunta en sentido contrario, limitando arbitrariamente los actos administrativos que deben ser sometidos a consulta previa.

d) Un cuarto mérito es reafirmar la especialidad de la institución de la consulta y sus requisitos esenciales de validez, apoyándose (sin citarlo) en el informe de recomendaciones del Relator Especial.

Meras actividades de socialización no constituyen una consulta válida, y el proceso de “participación ciudadana” contemplado en el sistema de evaluación de impacto ambiental no reemplaza a las consultas que establece el Convenio 169.

Ahora bien. Todo ello puede parecer de suyo evidente, e incluso un escándalo, que un tribunal y las comunidades tenga que recordarle a la Administración sus deberes en un estado de derecho (lo dice la sentencia: esto es el mundo al revés).

Como dice Bartolomé estas sentencias deberían ser innecesarias. Pero por esa vía también la Declaración de derechos de los pueblos indígenas debería ser innecesaria, y

así sucesivamente. (Hay una conferencia de Jim Anaya, de 2006, que se titulaba “*Por qué no es necesaria la Declaración*”, porque si se aplicara el derecho....)

Sin embargo, en Chile y varios otros países, si son necesarias y útiles esas sentencias. No para sembrar ilusiones y lanzar a las comunidades a entregarse en manos de abogados y tribunales y profundizar su dependencia.

Estas sentencias tienen - más allá de los efectos jurídicos- un impacto “performantivo” : crean o afirman realidades, reafirman convicciones y certezas de los movimientos sociales: el Convenio, los derechos de los indígenas, existen, tienen fuerza; el Decreto de Viera Gallo no tiene validez; el estado tiene deberes para con los pueblos indígenas. En fin, esas sentencias hacen más difícil los atropellos: ponen en evidencia su ilegitimidad, y al mismo tiempo reafirman la validez de los reclamos indígenas. La sentencia le plantea el desafío a la administración de que respete el estado de derecho.

Tal sentencia habría sido imposible sin el contexto del intenso debate y movilización social que rodeó a la ratificación del convenio 169 en Chile, sin el antecedente del informe Anaya sobre consulta, y sin la intensa polémica y cuestionamiento al Decreto 124.

Ya se quisiera esa sentencia en Perú, en donde aun después de Bagua se discute si la consulta es o no un deber.

“NORMAS AUTOEJECUTABLES Y PROGRAMÁTICAS”

Respecto a la crítica a la sentencia por la distinción entre normas autoejecutables y programáticas, no es la Corte de Temuco en enero de 2010 la que hace la distinción. Simplemente se atiene a la sentencia 309 del Tribunal Constitucional, de agosto de 2000.

Fue el Tribunal Constitucional quien suscribió a la tesis de distinguir entre normas autoejecutables y programáticas.

La distinción, además, no es nueva. Incluso la propia OIT la plantea para el Convenio 169 y otros. Y ello no es extraño considerando la peculiar factura del Convenio 169, tal como lo reconstruye brillantemente [Luis Rodríguez-Piñero](#).

¿Podría la Corte de Temuco haber innovado? Ello es difícil que ocurriera en el marco del caso Palguín, pues ambas partes, y en particular los recurrentes se apoyaron en la sentencia del TC, y así lo hace presente la Corte en su sentencia: “ambas partes están contestes”.

La pieza clave, entonces, es la sentencia del TC del 2000. Y respecto a esa sentencia existe una “*petite histoire*” que vale la pena tener presente.

En su sentencia 309 de agosto de 2000, el TC rechazó un recurso de inconstitucionalidad contra el C169, presentado por parlamentarios de derecha. Sin embargo, en esa misma sentencia recogió la tesis defendida por la derecha de que el Convenio contiene “normas autoejecutables” y “normas programáticas”. Y una de esas normas autoejecutables es la consulta.

La derecha reclamaba la inconstitucionalidad del Convenio en su totalidad, y en subsidio de no ser acogida, exigían la nulidad de aprobación del c169 por la Cámara porque se habría votado en el “error” de que se requería mayoría simple. A juicio de los abogados de la derecha, las consultas establecidas en el convenio (arts. 6 y 7) eran normas autoejecutables y como tales modificaban directamente Leyes Orgánicas Constitucionales (LOC): la del Congreso y de Gobierno Regionales, al introducir una

nuevas etapa -la consulta- en el proceso de formación de las leyes y de los planes regionales.

En consecuencia, postulaba la derecha, la aprobación del Convenio requiere de un quorum de Ley Orgánica Constitucional, esto es, 4/7 de los votos de senadores y diputados. Ese era el quid. Ello a sabiendas de que un quorum de votación de 4/7 era inalcanzable en aquella época del 2000 en Chile, en un Congreso con senadores designados.

El Gobierno de la época (R. Lagos) “defendió” la constitucionalidad del Convenio 169, con el singular argumento de que el Convenio era en su totalidad meramente programático, un mero texto inocuo. Para el abogado del Gobierno el Convenio ya se cumplía en Chile, por ejemplo, el caso de la consulta establecida en el Art 6 del Convenio, que se satisfacía, a su juicio, con la “participación ciudadana” en el sistema de evaluación de impacto ambiental.

Al final el Tribunal Constitucional acogió la tesis de que el Convenio contiene normas autoejecutables, en particular las referidas a la consulta (arts. 6 y 7) y sus efectos de modificar leyes orgánicas constitucionales. Y descarta la tesis del Gobierno respecto a las consultas “ya cumplidas”. En un considerando notable, el tribunal establece que las consultas que establecen los arts. 6 y 7 del Convenio tienen una connotación jurídica distinta a otros procedimientos participativos, considerando los requisitos que establece el Convenio (buena fe, previas, apropiada, dialogo conducente a acuerdos, etc.)

En consecuencia, el TC exigió que para aprobar el Convenio 169 se requerían 4/7 de los votos de senadores y diputados. (Y el asunto fue más allá y alteró para siempre el modo como Chile aprueba y ratifica tratados)

Lo que hoy nos parece un ajustado razonamiento jurídico (sobre la consulta), en rigor, fue en el 2000 un modo elegante y sibilino de bloquear la aprobación del Convenio 169. Sólo tras la supresión de los senadores designados, a partir de marzo de 2006 se abrió la posibilidad cierta de aprobar el Convenio 169, (ver [“Chile a dos votos de ratificar”](#)) y puso al desnudo la escasa voluntad del gobierno (de Bachelet) por lograr la aprobación.

La paradoja es que si el TC hubiese acogido el planteamiento del Gobierno de Lagos, el Convenio se habría aprobado antes pero como letra muerta: un texto “meramente programático” en su totalidad, y estaríamos en una larga controversia discutiendo si contiene o no normas autoejecutables. Sin embargo, hoy día, ya ratificado el Convenio 169, el asunto de las normas autoejecutables, en particular la connotación distinta de la consulta, adquiere otro color.

Por cierto, el Tribunal Constitucional NO afirma que la consulta (arts. 6 y 7) sean las únicas normas autoejecutables del Convenio 169. Solo que esas dos normas modifican Leyes Orgánicas Constitucionales.

Si se aplican sus mismas reglas de exegesis se pueden identificar otras normas autoejecutables en el Convenio. Y eso es lo que hicieron los tribunales en el caso Chusmiza: aplicaron normas autoejecutables referidas a tierras y recursos que reinterpretan -modifican- a la ley 19.253.

Ahi está el desafío. Y sacar todas las consecuencias de la jerarquía del Convenio en tanto tratado de derechos humanos. E integrar con otros tratados de DDHH, comenzando por la Convención Americana.

Vueltas de la vida, y fin de la “*petit histoire*”. Quien asesoraba a la derecha y exigía la inconstitucionalidad del Convenio y denunciaba los efectos de esas normas autoejecutables era el abogado Marcelo Venegas, el mismo que encabezó entre 1979 a 1985 la aplicación a rajatabla del Decreto de Pinochet de liquidación de la propiedad comunitaria mapuche ... y es el actual Presidente del Tribunal Constitucional.

Y quien representaba al Gobierno en el 2000 en el caso ante el TC, y “defendía” la constitucionalidad del Convenio 169, postulando que en su totalidad el Convenio es meramente programático, un mero texto inocuo y ya cumplido con creces con la ley 19.253, fue el abogado de la Secretaria de la Presidencia, Carlos Carmona ...actual miembro del Tribunal Constitucional.

Los dioses nos amparen - y esos jueces se recusen- cuando lleguen las controversias al Tribunal Constitucional.

En todo caso, cabe hacer presente, que no pueden invocarse ni las propias sentencias del TC para incumplir el Convenio 169, pues como hace señala la Corte de Temuco “*en virtud de lo dispuesto en artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados una parte no puede invocar disposiciones de derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado*”.

CHRISTIAN COURTIS:

Estoy plenamente de acuerdo con los puntos que señala Víctor - en especial con la importancia de vincular la interpretación del Convenio 169 al artículo 5to párrafo 2 de la Constitución. Sobre el Tribunal Constitucional, uno de los temas a considerar es que el propio tribunal lee de forma muy estrecha su competencia, así que mientras los tribunales ordinarios hagan una aplicación integrada del Convenio 169 y no surjan puntos de interpretación constitucional propiamente dicha, el TC constitucional no tendría competencia para entender - en esto el TC chileno va a contravía del resto de América latina, para bien o para mal.

Dos puntos respecto de lo que dice Bartolomé. El primero, estoy en desacuerdo con que estas sentencias sean innecesarias. Esto es tanto como decir que, si la constitución protege el derecho a la vida y el código penal tipifica el homicidio, las sentencias que condenan por homicidio son innecesarias. Las garantías jurisdiccionales son garantías secundarias, previstas para operar cuando existe un incumplimiento de obligaciones establecidas en garantías primarias - es decir, aquellas normas que definen las obligaciones en cabeza de sujetos obligados. La efectividad de un derecho depende tanto de unas y otras garantías. Y esto desde un punto de vista teórico. Desde un punto de vista práctico, estas sentencias también son acciones estatales que refuerzan la vigencia del derecho - en este caso, del derecho a ser consultado - anulando actos contrarios a ese derecho. Nadie ha dicho que la plena efectividad de los derechos de los pueblos indígenas se lograra solo por vía judicial, pero entre sentencias como esta y la completa ignorancia del Convenio 169 por los tribunales, este es un claro paso adelante.

Sobre la distinción entre cláusulas auto-ejecutables y cláusulas dependientes de desarrollo ulterior, varias aclaraciones. Una, no la “doy por buena” sin beneficio de inventario - estoy comentando simplemente su uso en la sentencia. Este uso constituye un progreso en relación con la sentencia del TC sobre la constitucionalidad del Convenio 169, que sugiere que todo el Convenio es programático.

La distinción, como bien dice Víctor, no es un invento de la Corte de Apelaciones ni del TC - es una categoría utilizada extensamente en derecho internacional general y en derecho internacional de los derechos humanos, y también en derecho constitucional, que hace referencia al grado de concreción que tienen ciertas obligaciones en un texto normativo.

Negar que la plena efectividad de ciertas disposiciones requiere de ulterior desarrollo normativo en un instrumento complejo con el Convenio 169 es ingenuo y - nuevamente - contraproducente, además de contradictorio con la idea de que “la recuperación efectiva de los derechos (...) necesita por parte del Estado antes acción política que activismo judicial”. Es evidente que, por ejemplo, una cláusula como el artículo 4.1 del Convenio, que dice que “Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados” no define con detalle el contenido de esas medidas, y puede ser cumplida de muchas maneras distintas. La obligación inmediata es la de adoptar medidas, pero el contenido concreto de esas medidas queda abierto a ulterior detalle a través de otras normas.

Acción política significa, en el contexto del derecho al territorio, la adopción de medidas legislativas y administrativas de demarcación, titulación e inscripción y la resolución de conflictos de propiedad cuando los haya - para eso, repetir una y otra vez que el Convenio o la Declaración son obligatorios o vinculantes no es suficiente para cambiar el status quo.

En lo que estoy de acuerdo es en la necesidad de trabajar conceptualmente con la distinción entre cláusulas operativas/autoejecutables y cláusulas dependientes de desarrollo/programáticas. He sostenido con mi colega Víctor Abramovich que toda cláusula de instrumento de derechos humanos permite derivar al menos algunas obligaciones inmediatas - es decir, tiene aspectos autoejecutables. De modo que la distinción no es una distinción absoluta, ontológica, sino más bien contextual.

En fin, me gustaría seguir la discusión pero me falta tiempo. En todo caso, mas allá de que a uno le guste o no la distinción, la cuestión es que los tribunales la emplean, y el desafío es como utilizarla adecuadamente sin privar de sentido a un instrumento internacional - o a una cláusula constitucional, en otros casos. Para el derecho de consulta, esta sentencia sigue el buen camino: considera que la exigencia de consulta previa a la adopción de decisiones que afecten los derechos de los pueblos indígenas es directamente operativa. Eso hay que destacarlo y usarlo en otros casos

BARTOLOMÉ CLAVERO:

No abusemos de las comparaciones. La sentencia es innecesaria en otro sentido que ha captado mejor Víctor al recordar la provocadora conferencia de Anaya sobre la innecesidad de la Declaración. Imaginémos que hubiéramos de recurrir a la justicia para que el Estado cumpliera con sus obligaciones de legislar en materia penal, de mantener cuerpos de policía en defensa de los derechos y de no cometer delitos él mismo, el Estado. Imaginemos que celebrásemos la sentencia favorable a nuestra reclamación olvidándonos del escandaloso contexto de un Estado tan incompetente y hasta delincuente. Esa es la comparación, no la de una sentencia que condenase a un asesino. ¿Quién en sus cabales va a decir que es innecesaria? Que la sentencia sobre el Convenio 169 es por supuesto necesaria en dicho contexto y precisamente por él, y no porque esa de la justicia sea la vía para sentar cosas tan elementales que el Estado ya

debiera estar atendiendo, lo ha explicado bien y con detalle Víctor. Y por supuesto que el cumplimiento de un tratado suele requerir en mayor o menor medida legislación, pero no es esto lo que estamos discutiendo. Lo que estamos discutiendo es que la inhibición legislativa y política del Estado o el uso torticero de la ley y del gobierno no deben conducir a la consideración de que un tratado no sea aplicable en todo o en parte. La cuestión es normativa, no descriptiva. A este nivel, admitir la distinción entre cláusulas inmediatamente ejecutables y cláusulas meramente programáticas es dar facilidades a los Estados incumplidores. En la era post-Declaración los agentes internacionales debiéramos ser más exigentes con la obligatoriedad del Convenio 169 para los Estados signatarios y olvidarnos de doctrinas forjadas en épocas más laxas.

JUAN JORGE FAUNDES:

Respecto del debate en curso, relativo a las normas internacionales de aplicación directa y las que no serían auto ejecutables, me permito recomendar el trabajo del profesor Humberto Nogueira que aborda el caso constitucional chileno después de la reforma de 2005, a la luz del derecho internacional, quien plantea con mucha precisión y claridad las diversas aristas jurídicas de esta cuestión en el caso de Chile: “Reforma Constitucional de 2005 y Control de Constitucionalidad de Tratados Internacionales”^{*}. El redactor, sin evadir posición en torno a la incorporación del Derecho Internacional en el derecho interno y al carácter preponderante de los DDHH internacionalmente reconocidos, entrega un buen material jurisprudencial que permite por sobre todo formarse una opinión propia.

En lo que al presente análisis respecta, señala que “el Estado Parte no puede oponer su derecho interno, incluida la Constitución al cumplimiento de sus obligaciones internacionales (artículos 27 y 31 de la Convención). Dichas normas imperativas de derecho internacional son de aplicación directa e inmediata, las que junto con ser parte del derecho internacional son también parte de nuestro derecho chileno. Sabido es que las normas de *ius cogens* se imponen a todos los estados aun cuando estos no consintieren en ellas”. En esta parte estimo estamos todos de acuerdo, pero es interesante de destacar la referencia a las normas de *ius cogens*.

Pero, más bien, atendida la aparente importancia que podría tener la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en nuestros Tribunales Superiores de Justicia a la luz de la recurrente cita en los fallos judiciales de materia indígena, me interesa destacar el desarrollo que hace el autor citado sobre los efectos de las Sentencias del Tribunal Constitucional, para ver hasta donde es tal el “amarre” de los “juristas” del fallo 309-2000, recaído en el Convenio 169 y contextualizar el “poder” que puedan ostentar los actuales miembros del T.C. cuyo “currículum” bien refirió Víctor.

Citando el “Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado, sobre el artículo 47 b) del proyecto de Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional”, expresa que “No se pretendió dar a la reforma un efecto retroactivo ni general, porque los efectos de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en las cuestiones de inaplicabilidad e inconstitucionalidad podrían dejar sin aplicación las disposiciones de un tratado para uno o más casos determinados, en una primera etapa, y las derogarían, en la siguiente... Una sentencia del Tribunal Constitucional chileno que deje sin efecto un tratado internacional entraría en franca colisión con el artículo 27 de la Convención de Viena recién citada, según el cual una

^{*} http://www.cecoch.cl/htm/revista/docs/estudiosconst/revistaano_5_1_htm/reformas1_5_1-2007.pdf

parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.” Agregando que “el texto reformado de la Constitución equilibra adecuadamente el respeto al principio de supremacía constitucional, el cual queda asegurado por el control preventivo de constitucionalidad de los tratados establecido en los numerales 1° y 3° del artículo 93 de la Carta Fundamental y la intangibilidad de los tratados ya ratificados, los cuales sólo pueden alterarse en sus efectos jurídicos de acuerdo al derecho internacional...”. “De una interpretación sistemática y finalista del conjunto... de la Constitución se desprende claramente, y no podría ser de otra manera, la voluntad del constituyente de respetar integralmente los principios y reglas del derecho internacional, evitando toda especie de esquizofrenia jurídica, enfermedad grave del Estado que genera responsabilidad internacional”.

Asimismo, citando el mismo informe, sostiene que “se ha desechado otorgar al Tribunal Constitucional el carácter de máximo intérprete de la Constitución, como asimismo dar carácter vinculante para los demás órganos del Estado a sus sentencias, salvo en los casos específicos resueltos, señalándose que “todos los jueces interpretan y aplican la Constitución, no sólo el Tribunal Constitucional. Apartarse de este criterio implicaría otorgar a las sentencias de este último un poder vinculante que no tienen... ya que la regla general es que los fallos judiciales sólo surtan efectos entre las partes en contienda...”.

De esta forma, siguiendo el planteamiento, los fallos del T.C., en particular bajo el control preventivo, como ha ocurrido con el Convenio N° 169 los años 2000 y 2008, no tienen efecto vinculante respecto de los Tribunales de Justicia, esto es, declarado constitucional un tratado vía control preventivo, sus consideraciones no tienen efecto alguno respecto de los Tribunales de Justicia u otros organismos (por lo menos en el sentido jurídico estricto y no en la ascendencia de los jueces). Ahora bien, queda el caso excepcional del N° 7° del artículo 93 de la Constitución, relativo a la declaración de inconstitucionalidad a posteriori de orden general, pero que con lo reflexionado al inicio no sería aplicable a los Tratados Internacionales, porque implicaría la derogación del Tratado, materia que se regula exclusivamente por el Derecho Internacional.

Finalmente, en los últimos meses hemos podido reflexionar en torno al tema con el profesor Claudio Nash, quien nos planteó con mucha claridad que “es posible constatar una contradicción entre la jurisprudencia de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional en torno a la aplicación del Derecho Internacional en el derecho interno”. Este fenómeno lo describe claramente el profesor Nogueira diciendo que “la jurisprudencia de la Corte Suprema asume un paradigma más ajustado a la realidad de inicios del siglo XXI, que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que sostiene una concepción de la soberanía propia de la primera mitad del siglo XX”.

En base a estas argumentaciones y las profundas razones de derecho constitucional e internacional que las sustentan, es que hemos sostenido y seguiremos planteando en tribunales la aplicación plena y directa del Convenio N° 169 en el plano interno, hasta aquí hemos gozado de fallos favorables que de una u otra forma han sorteado el debate de fondo.

BARTOLOMÉ CLAVERO:

El artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados que justamente se invoca en la sentencia del caso Palguín dice lo siguiente: “*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”, el cual a su vez reza así: “1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado 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”. No hay vuelta de hoja. Un tratado aprobado conforme a los procedimientos constitucionales propios del Estado, como es el caso del Convenio 169 en Chile, obliga íntegramente al Estado todo.

En Chile, hace cerca de una década, el Tribunal Constitucional emite una sentencia sobre la constitucionalidad del Convenio 169 que podríamos llamar preventiva*. Al efecto distingue la sentencia constitucional entre artículos *autoejecutables* y artículos *programáticos*. *Autoejecutable* sería el artículo 6, el referente a la consulta. *Programático* sería el artículo 14, el referente al derecho a la tierra. Había ante todo algo que conjurar: “*Afirma [el Gobierno, nos dice el Tribunal] que el Convenio no entrega a los pueblos respectivos la decisión unilateral para que ellos determinen las tierras que tradicionalmente ocupan*”. A esto viene, exactamente a continuación, la lindeza de lo programático: “*El Convenio no ejecuta por sí mismo las medidas de que se trata, sino que invita al Estado parte a ponerlas en ejecución, debiendo adoptarse de acuerdo con el ordenamiento jurídico de cada Estado*”.

¿Cómo podrían los pueblos indígenas ejecutar directamente el Convenio? ¿Y cómo podría el Convenio ejecutarse a sí mismo? Obsérvese que estas ocurrencias sólo sirven para pegar acto seguido un salto ilógico. Si no cabe la *autoejecución*, el Convenio sólo *invita* al Estado a su *ejecución* y esto *de acuerdo con el ordenamiento jurídico* del propio Estado. El Tribunal Constitucional evita el vértigo de este salto sobre el vacío y lo hace en la forma de sentar que hay en el Convenio artículos *autoejecutables* y artículos *programáticos*. La *autoejecutabilidad* sería la posibilidad de alegación, aplicación y ejecución judiciales. La *programaticidad* sería la de dicha invitación a ejecutar conforme al ordenamiento chileno. En el primer caso estaría el derecho a la consulta; en el segundo, el derecho a la tierra, lo principal que quiere conjurarse.

En todo caso, *autoejecutabilidad* no sería lo que la palabra parece indicar y esto es la posibilidad de que los propios pueblos indígenas contasen con la capacidad de hacer valer sus derechos sin la mediación del Estado, mediación que así existe siempre, ya del Congreso, ya del Gobierno, ya de la Justicia. ¿No podrían unas formas de justicia indígena, con las debidas garantías, resolver, por ejemplo, el contencioso de las tierras en Wallmapu? ¿Que así los pueblos indígenas serían juez y parte? También es juez y parte en dicho contencioso el Estado chileno. La salida del atolladero la ofrece la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: “*Los Estados establecerán y aplicarán, conjuntamente con los pueblos indígenas interesados, un proceso equitativo, independiente, imparcial, abierto y transparente, en el que se reconozcan debidamente las leyes, tradiciones, costumbres y sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas, para reconocer y adjudicar los derechos de los pueblos indígenas en relación con sus tierras, territorios y recursos, comprendidos aquellos que*

* <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/tc/235-sentencia-tribunal-constitucional-rol-309-agosto-2000.html>

tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado de otra forma. Los pueblos indígenas tendrán derecho a participar en este proceso” (art. 27).

A lo que vamos, la distinción entre *autoejecutable* y *programático* es interesada y falaz. En el Convenio 169 nada es *autoejecutable* y todo debe ser ejecutado, ya por el Congreso, ya por el Gobierno, ya por la Justicia, según corresponda, pero siempre conforme al propio Convenio y no al ordenamiento chileno. Ya no hay que añadir que nada en el Convenio es *programático*.

Y una última pregunta. Si estamos con un tratado de derechos de pueblos, ¿por qué la necesaria *ejecutabilidad* como la presunta *programaticidad* se entienden dirigidas sólo al Estado y no también a los pueblos mismos. Tras la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas esa exclusividad del Estado ya no debiera caber en caso alguno.

ESPE (nombre completo no facilitado):

Lo más interesante me parece lo último. Está claro que todavía aguantan doctrinas contrarias al derecho internacional de tratados y que conviene estar en guardia para ir las contrarrestando sobre todo por supuesto cuando se trata de tratados con contenido de derechos. No está tan claro o es más difícil hacer ver que el mismo derecho internacional de tratados se ha quedado anticuado cuando los derechos son de pueblos, de sujetos que habrían de tener alguna baza en la implementación de los tratados que les afectan. Aquí es donde también se revelan anticuados los procedimientos de la OIT en la gestión del Convenio 169 y los de tantas instituciones internacionales que no tratan a los pueblos como sujetos colectivos y activos de sus propios derechos. Lo que está cada vez más claro es que las doctrinas tradicionales de derecho tradicional, las que hemos aprendido en la universidad, apenas sirven en este terreno de pueblos con derechos ahora reconocidos internacionalmente. Y está clarísimo que son los pueblos mismos quienes habrán de conseguir que el Convenio 169 sea un instrumento eficaz y provechoso. Bueno, me siento como si estuviera sacando las conclusiones y yo soy la última a la que tendría que corresponderle.

BARTOLOMÉ CLAVERO:

No creo que pueda concluirse el debate. Va para largo. Y es mucho lo que en él se juega.

Las doctrinas internacionalistas todavía predominantes que no son siempre permeables a las novedades del derecho internacional mismo tienen profundas raíces, las suyas y las que se les atribuyen o se les inventan. Un ejemplo. Sobre todo antes de que la guerra civil y la abolición de la esclavitud permitiesen la *nacionalización* de las garantías de derechos bajo supervisión federal, en los Estados Unidos se produjo por la Corte Suprema una jurisprudencia internacionalista tendente a obligar a los estados internos al cumplimiento de tratados, una jurisprudencia en la que ya se comprendía la idea de la *autoejecutabilidad*. Ahí la doctrina internacionalista comienza a menudo la historia de la categoría a los efectos (una vez que se pasaba del federalismo interno al ámbito supraestatal) de comprometer al derecho internacional mismo con el complemento de que pueda haber tratados o parte de tratados de carácter, por no ejecutable sin más, sólo *programático*. El derecho internacional quedaba así íntimamente contaminado.

¿Otro ejemplo de contaminación de dicha misma procedencia de Estado? Frente al tenor literal de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, la

doctrina internacionalista dominante entiende que la intención genocida ha de ser *dolosa*, lo que no ha sido más que un añadido de Estados Unidos en el momento de ratificarla tardíamente y a regañadientes. Con la Convención en la mano, habría un caso contra Chile por genocidio del pueblo mapuche. Con la doctrina internacionalista todavía imperante, no lo hay. Y quien dice Chile dice Colombia o dice Perú. He ahí, en materia de derecho penal internacional nada menos, un tratado *ejecutable* convertido en tratado *programático*. Ningún crimen sin ley y ningún crimen incluso con ella cuando de genocidio se trata.

Antes de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, había bases jurídicas, por el juego de la soberanía, que podía sustentar el distingo entre tales categorías con la desactivación o la desvirtuación consiguientes de tratados o de partes suyas. Después, no. En el caso del Convenio 169, la propia Organización Internacional del Trabajo no me parece que haya extraído todavía las consecuencias pues sigue tendiendo a manejarse con la distinción de marras, la que discrimina entre lo *ejecutable* y lo *programático*. Como ya subrayé en mi primer comentario, lo mejor de la sentencia de Temuco es la forma categórica como en principio colaciona la Convención de Viena: “*Una parte no puede invocar disposiciones de derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado*”.

Volviendo así al caso, esto ha de significar que el derecho mapuche a la tierra es –debe ser– tan inmediatamente *justiciable* como el derecho a la consulta, sin necesidad de leyes que habiliten el acceso a la justicia y contra leyes u otras medidas que intenten deshabilitarlo. No lo que es, sino lo que debe ser, es lo propio del derecho. Hacer ver que hay partes de tratados y hasta tratados enteros difícilmente *justificables* sin complementos normativos internos, o incluso, por su materia, en caso alguno, tan sólo es una constatación de hecho que no predica regla normativa ninguna. En ese caso, la necesaria *ejecutabilidad* del tratado se dirige a otras instancias del Estado además o en vez de a la justicia, instancias igualmente obligadas a ponerlo en práctica según sus propios términos, los del tratado, y no los del ordenamiento previo o concurrente interno.

Y todo esto vale para cualquier tratado, no sólo para los tratados de derechos humanos. Si éstos presentan alguna peculiaridad al respecto, es la de que, por su materia, deben ser inmediata y enteramente *justificables*.

(originalmente publicado en <http://clavero.derechosindigenas.org>)