

ALCANCES JURÍDICOS DEL CONVENIO 169*

José Miguel Valdivia

En este trabajo se advierte que la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT en el derecho chileno suscita expectativas de evolución en el estatus jurídico y político de los indígenas; no obstante, los desafíos que despierta no son fáciles de enfrentar. A juicio del autor, el discurso jurídico centrado en los derechos humanos, que suele adoptarse en la promoción de los intereses indígenas, parece mostrarse inapropiado para describir la naturaleza de los instrumentos que contempla el Convenio. El riesgo principal que envuelve la falta de un análisis riguroso de estos instrumentos reside en una vulgarización del derecho que introduzca inseguridad en las relaciones y altere las instituciones republicanas. En circunstancias que la fuerza normativa de los instrumentos internacionales depende, en el derecho interno, de su puesta en práctica mediante reglas precisas, se sugiere entonces mirar el Convenio 169 como una ocasión para deliberar conscientemente la forma en que los

JOSÉ MIGUEL VALDIVIA. Doctor en Derecho, Universidad París II, Panthéon-Assas; Abogado, Universidad de Chile. Profesor de derecho administrativo, Universidad Adolfo Ibáñez.

* El autor agradece la colaboración generosa de Carlos Carmona, Rodrigo Correa, Ximena Fuentes, Pablo Fuenzalida, Pablo Grez, Catalina Medel, Lucas Sierra y Lucas Solimano. Un reconocimiento especial merece Tomás Blake, cuyas observaciones y sugerencias contribuyeron en gran medida a dar forma al argumento del texto.

chilenos quieren reconocer jurídicamente la especificidad de sus pueblos indígenas.

Palabras clave: Convenio 169; derecho indígena; pueblos indígenas; derechos humanos; consulta a los pueblos indígenas.

Recibido: diciembre 2010. *Aceptado:* enero 2011.

1. **L**a entrada en vigencia en Chile del Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (“Convenio 169” o “Convenio”) despierta numerosas cuestiones para la política y el derecho. A las aspiraciones de grupos indígenas por ejercer influencia en las decisiones que les conciernen —la contingencia política reciente ha mostrado al país cuán vivas están— parecen responder precisamente ciertas herramientas reconocidas en el Convenio. ¿En qué forma la puesta en práctica del Convenio 169 modificará el régimen institucional chileno? Las reflexiones que siguen se centran en consideraciones legales que permiten medir su impacto.

I. La preocupación del derecho internacional por los indígenas

2. El protagonismo que parecen tener los indígenas en el plano internacional es un fenómeno relativamente reciente. Sin duda la cuestión indígena no es nueva para el derecho; buena parte del derecho internacional se construyó, de hecho, sobre la base de problemas derivados precisamente del estatus político de los indígenas¹. No obstante, el derecho internacional moderno se articula sobre la base de la soberanía nacional, en cuyo centro está la figura del Estado nacional; ese modelo —perdurable hasta hoy— ofrece poca cabida a los grupos indígenas. Salvo en cuanto adquieran fuerza suficiente para controlar políticamente su territorio (y adopten así, en parte, el modelo del Estado), los grupos indígenas tienden a diluirse en el universo de la población del Estado al

¹ El derecho internacional moderno se construye en buena medida sobre la base de la cuestión sobre el estatus de los indígenas. En el marco de un intento de legitimación de la conquista europea, especialmente sobre tierras americanas, los juristas desarrollaron una serie de conceptos que posteriormente darían forma a instituciones del derecho internacional. Así, p. ej., en F. De Vitoria, *De Indiis et de Jure Belli* (1532), prefigura un derecho de gentes común a todos los hombres, incluidos los indígenas.

que pertenezca el territorio en que habitan. Ha sido necesario el surgimiento de una nueva conciencia internacional para resituar el discurso relativo a los indígenas.

3. La definición del estatus jurídico de los indígenas en este contexto tuvo inicialmente un propósito modesto, consistente en asegurarles en cuanto individuos iguales derechos que a los demás hombres. Es significativo a este respecto que sea en la Organización Internacional del Trabajo, en la primera mitad del siglo XX, que florece este propósito de revalorización del indígena: se trata de proteger su dignidad en cuanto trabajador, por las rudas condiciones a que suelen quedar sometidos los individuos pertenecientes a grupos culturalmente minoritarios². El Convenio 169, prolongando esta orientación en el seno de la OIT, viene precisamente a reemplazar un instrumento anterior, de inequívoco sentido individualista³.

Desde luego, alguna dimensión colectiva posee el reconocimiento individual del estatus de los indígenas, como también había una dimensión colectiva relevante en varios de los derechos que integran el elenco clásico de derechos humanos, como las libertades de reunión, de asociación o de expresión. Concretamente, como la vulnerabilidad de los indígenas proviene precisamente de su identidad étnica y cultural, las herramientas que se ha intentado forjar para mejorar su condición individual toman en cuenta su pertenencia comunitaria. Así, por ejemplo, el Convenio 107 preveía que en la definición de los derechos y obligaciones de las poblaciones indígenas “se deberá tomar en conside-

² Según da cuenta J. Anaya (2005), p. 88 y ss., bajo el alero de la OIT se efectúan estudios relativos a la condición laboral de los indígenas a partir de 1921 y ya en 1926 se establece un Comité de Expertos en Trabajo Indígena, que opera como motor de una incipiente actividad normativa sobre la materia.

³ Se trata del Convenio N° 107, relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semitribales en los países independientes, adoptado el 26 de junio de 1957 (“Convenio 107”). El objeto primordial de este instrumento es el mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo de esas poblaciones, con el objeto de superar los factores que les han impedido participar plenamente en el progreso de las colectividades nacionales, y obtener así su integración progresiva en ellas. El arquetipo de las reglas del Convenio 107 sugiere que la conservación de las instituciones nativas “no deberá impedir que los miembros de dichas poblaciones ejerzan, con arreglo a su capacidad individual, los derechos reconocidos a todos los ciudadanos de la nación, ni que asuman las obligaciones correspondientes” (art. 7.3). Cf., además, la regla que impone a los Estados partes el deber de “estimular por todos los medios posibles entre dichas poblaciones el desarrollo de las libertades cívicas y el establecimiento de instituciones electivas, o la participación en tales instituciones” (art. 5, letra c).

ración su derecho consuetudinario”, manteniendo “sus propias costumbres e instituciones” en cuanto no fuesen incompatibles con el derecho nacional (arts. 7.1 y 7.2), y alentaba políticas tendientes a “preservar el idioma materno o la lengua vernácula” de las poblaciones indígenas (art. 23.3)⁴.

El paso siguiente en el derecho internacional consistió en fortalecer esa dimensión colectiva de la protección de los indígenas, principalmente con el objeto de conservar su identidad y patrimonio cultural. Es este el objeto evidente del Convenio 169. Los aspectos más salientes de este instrumento ya han sido subrayados en diversos comentarios: instituye un mecanismo de consulta a los pueblos indígenas en asuntos que les afecten directamente (art. 6); propende a un mayor control sobre los territorios a que está asociada su cultura y modos de vida (art. 14), incluyendo los recursos naturales que se sitúen en ellos (art. 15); e incluso facilita la influencia de las costumbres autóctonas en la modelación del castigo penal (art. 9).

En algunos casos, este régimen podría perfilar auténticos “derechos” (especialmente en cuanto concierne a la propiedad de la tierra). En general, sin embargo, esta terminología resulta inadecuada para reflejar la naturaleza de las instituciones: el “derecho a la consulta”, por ejemplo, que supone la expresión de un punto de vista acordado por un grupo dotado de cierta representatividad, está más cerca de la elaboración de un dictamen que del ejercicio de una libertad de opinión. Como fuera sugerido por Lucas Sierra en otro número de *Estudios Públicos*, las posibilidades de acción reconocidas a un colectivo se identifican más con las potestades (es decir, con la autoridad) que con los auténticos derechos⁵, pues generan relaciones de sujeción más que de coordinación⁶.

4. En el esquema inicial, la protección de los indígenas tomó la forma de derechos individuales, cuyo contenido replicaba el de las libertades públicas. *Grosso modo*, puede decirse que esta práctica tomó la forma de los derechos humanos de tipo clásico. Cosa distinta ocurre con los mecanismos colectivos de protección, pues suponen posibilidades de

⁴ En este punto, el Convenio 169 representa un progreso relativo con respecto al texto anterior, al estimular ahora “el desarrollo y la práctica” de las lenguas indígenas (art. 28.3).

⁵ L. Sierra (2003), p. 19 y ss.

⁶ W. Hohfeld (1991), p. 45 y ss.

acción reconocidas a grupos más o menos organizados (con prescindencia del reconocimiento previo de su capacidad jurídica). ¿Cuál es la naturaleza de estos medios de acción? ¿Son también “derechos humanos”?

La pregunta, que tiene un interés cierto para el derecho positivo chileno (*infra*, § 11 y ss.), depende de ciertas consideraciones teóricas. En principio los llamados derechos humanos se predicen sólo de las personas naturales, esto es, del hombre, pues surgen de una tradición liberal que perseguía romper con todo vestigio de un antiguo régimen en que el hombre ocupaba en la sociedad un lugar por medio de su pertenencia a grupos (estamentos, familias, gremios). Las corrientes racionalistas que confluyen en la elaboración de la idea de derechos humanos arrancan de un postulado que asume como posible reconocer en cada individuo una identidad irreductible, con prescindencia de la circunstancia espacio-temporal en que se sitúe.

El espíritu revolucionario que anima las declaraciones de derechos humanos, especialmente en Francia, tiene un afán igualitario innegable: se trata de suprimir las diferencias existentes entre hombres de distintos orígenes (sobre todo, sociales). El mismo propósito igualitario, orientado esta vez a derribar las fronteras raciales, nacionales o culturales entre los hombres, se hace explícito en el reconocimiento internacional de la universalidad de los derechos humanos, en el contexto elocuente de la posguerra de los años 1940. Los derechos humanos no reconocen límites culturales, religiosos ni étnicos. La pertenencia de un individuo a un pueblo indígena no le atribuye más derechos humanos que los que detenta la generalidad de los ciudadanos (incluso quienes pretendan esconder sus orígenes étnicos).

En cierto modo, el reconocimiento de un estatus específico de los pueblos indígenas como sujetos colectivos escapa a las categorías conocidas. Su tratamiento jurídico-dogmático plantea desafíos significativos, que pasan principalmente por el análisis de la operatividad práctica de las herramientas diseñadas para la promoción de sus intereses.

5. En suma, la suerte de los indígenas ha venido siendo objeto de preocupación creciente en instancias internacionales en el último siglo. El avance de la técnica legal ha sido significativo a este respecto. En su estadio inicial, la protección persiguió un propósito igualitario mínimo, que recuerda el fenómeno de la abolición de la esclavitud: tratar al indígena como persona, titular de derechos idénticos a los que caracterizan a los otros individuos. La tendencia actual, cuyo presupuesto necesario

es evidentemente el reconocimiento individual de los indígenas, se orienta a asignar a grupos colectivos posibilidades de definición política. El lugar preciso del Convenio 169 en el derecho interno permite medir la extensión del compromiso asumido por Chile.

II. La influencia de los instrumentos internacionales en el derecho interno

6. El impacto del derecho internacional en el derecho interno de los Estados es objeto de análisis recurrente en la doctrina actual. En general, el derecho interno es cada vez más permeable a orientaciones normativas provenientes del exterior. La experiencia singularmente intensa de un derecho europeo que infiltra con más y más fuerza los ordenamientos nacionales de los Estados que integran la Unión es, no obstante la especificidad de ese proceso de integración motivado por las necesidades de un mercado común, el ejemplo más significativo de este fenómeno.

En buena medida, este efecto de infiltración es un propósito querido por diferentes actores que intervienen en la escena internacional. En muchos terrenos, en la influencia internacional están puestas esperanzas de evolución y perfeccionamiento de las instituciones locales. La proliferación de acuerdos multilaterales adoptados en el seno de organizaciones internacionales, más o menos estables, es por sí sola reveladora de la confianza que suele depositarse en estos instrumentos; la fe persistente en las instancias internacionales desafía el conocido déficit de efectividad del derecho internacional. Paralela, pero coincidentemente, es también por la influencia de ciertas concepciones supranacionales que florecen en la actualidad instancias de uniformización del derecho, en particular en el ámbito del derecho europeo de los negocios⁷; aunque

⁷ Pueden citarse al respecto un *Anteproyecto de un Código Europeo de Contratos*, redactado en 2001 por la Academia de Iusprivatistas Europeos, bajo la dirección del profesor Giuseppe Gandolfi; los *Principios del Derecho Europeo de Contratos*, preparados en 2002 por la Comisión de Derecho Europeo de los Contratos, presidida por el jurista danés Ole Landö; los bien conocidos *Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, elaborados a iniciativa del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado y aprobados en 2004, y más recientemente aún, el *Borrador de Marco Común de Referencia de los Principios, Definiciones y Reglas Modelo del Derecho Europeo de Contratos*, preparado por el Grupo de Estudios sobre un Código Civil Europeo, dirigido por el profesor Christian von Bar.

este fenómeno opera en forma independiente de la eficacia del sistema normativo comunitario y en sí mismo está desprovisto de normatividad, refleja el peso que pueden llegar a tener en la configuración del derecho convicciones compartidas por la comunidad de juristas. Gracias a orientaciones del derecho internacional ha sido posible alcanzar en una parte significativa del planeta estándares comunes, que hacen posible el entendimiento recíproco y facilitan los intercambios.

Ahora bien, pocos de los avances que con razón se le atribuyen en el derecho interno de los Estados, el derecho internacional los ha provocado por su sola vigencia, si no normalmente, por el convencimiento que en cada país se alcanza sobre la necesidad de su recepción. El mejor ejemplo está dado tal vez por el derecho internacional de los derechos humanos. La Declaración Internacional de Derechos Humanos de 1948, al igual que varios otros instrumentos que abundan en este campo, no contiene reglas vinculantes; corresponde a la sugerente categoría de *soft law*, derecho que es blando precisamente porque carece de eficacia inmediata. Es casi paradójico que en una materia en que la influencia del derecho internacional ha sido tan determinante, las transformaciones experimentadas por el derecho interno no hayan sido una consecuencia mecánica de los compromisos internacionales.

La aproximación tradicional a las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno, que subsiste en muchos ordenamientos, incluido el chileno, concibe a las reglas internacionales como principios orientadores de la acción política, desprovistos de efecto normativo directo. En general, el ordenamiento interno de cada Estado adopta resguardos formales para evitar una transformación mecánica de su fisonomía. Por análogas razones, en Chile en particular, el derecho interno dificulta que los jueces funden sus sentencias en la norma internacional, prescindiendo de las regulaciones que sobre la materia ya existan.

7. Aunque en la materia no existen recetas uniformes, en general los ordenamientos internos determinan con precisión modalidades técnicas más o menos sofisticadas para la adopción de compromisos internacionales; como la soberanía de los Estados es el sustrato esencial en que se sustenta el derecho internacional, el consentimiento inequívoco de cada Estado es indispensable para su vinculación a reglas supranacionales, y a este respecto se articulan procedimientos a menudo complejos. En el derecho chileno, por ejemplo, la sola suscripción de una convención internacional por los representantes del Ejecutivo no es suficiente

para su incorporación como derecho interno, sin perjuicio de sus efectos internacionales; aunque las relaciones internacionales son conducidas por el Presidente de la República, la Constitución asocia al Congreso en la aprobación de los compromisos que contraiga el Estado. Sólo entonces el Ejecutivo puede ratificar la convención, promulgarla y publicarla.

Por sí sola, la ratificación de un instrumento internacional no garantiza la inmediata eficacia interna del derecho internacional, pues ésta depende de otras consideraciones que son específicas de cada Estado. La tradicional disputa entre regímenes monistas y dualistas refleja la necesidad de definir desde la comunidad nacional la intensidad de los compromisos asumidos internacionalmente. En Chile se asume, sin norma explícita de por medio, que desde su incorporación al derecho interno los tratados tienen al menos el valor de la ley⁸; pero aunque ese valor estuviese fuera de toda duda, su reconocimiento no impide, en función del principio democrático, que la soberanía nacional se pronuncie sobre la forma en que los compromisos han de ser cumplidos, normalmente mediante la adopción de textos legales específicos que los traspongan o hagan efectivos.

Así las cosas, en general las reglas contenidas en tratados internacionales suelen revestir el carácter de “normas programáticas”.

Subsistencia de las “normas programáticas”

8. Evocar esta expresión es susceptible de despertar controversia en la doctrina chilena. En el pasado, una parte significativa de la doctrina utilizó en sentido peyorativo ese concepto, para referirse a aquellas disposiciones constitucionales que, en los hechos, carecían de fuerza normativa al no ser objeto de aplicación alguna⁹. La idea de disposicio-

⁸ Conforme a una línea jurisprudencial que no ha sufrido grandes variaciones, el Tribunal Constitucional ha opinado recientemente que “reconocer que un tratado internacional no es lo mismo que una ley no impide que éstos puedan asimilarse y que ambos queden comprendidos en la categoría de ‘precepto legal’”. Sentencia de 25 de agosto de 2009, *Modificaciones a la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional - Rol 1288*, cons. 47.

⁹ En el catálogo de disposiciones programáticas elaborado en la memoria de E. Balmaceda (1954) se aludía en especial a algunos aspectos del régimen de propiedad, como la noción de “función social”, la subdivisión de la propiedad, la propiedad familiar e incluso la nacionalización, además de referirse a aspectos como la descentralización administrativa y la representación proporcional, la conocida postergación de los tribunales administrativos y la indemnización por error judicial.

nes programáticas devino prácticamente sinónima de reglas “incumplidas absolutamente”¹⁰. Es verdad que, no obstante la textura abierta de todo texto constitucional, el establecimiento de reglas meramente programáticas puede conspirar contra el carácter riguroso de la supremacía constitucional, sustentada en el principio de ordenación jerárquica de las normas¹¹.

Sin embargo, esta crítica pierde de vista la función política que están destinadas a cumplir reglas de esta clase: en la medida que una norma programática es una promesa consciente de la necesidad de orientar a futuro el derecho en cierta dirección, su función es la de servir de compromiso entre quienes desean reconocer ciertos criterios en el ordenamiento y quienes se proponen postergar (o aún no están dispuestos a aceptar) su eficacia inmediata¹². Aunque la normatividad de estas reglas sea mínima, su inclusión en un texto de una jerarquía reforzada sustrae la materia sobre que recaen de una contestación constante y la torna, desde cierto punto de vista, en una idea indiscutible.

9. El descrédito en que cayeron las disposiciones programáticas avivó por un tiempo en el derecho chileno la idea de que, por sí sola, la Constitución debía consultar mecanismos que la hiciesen completamente aplicable, es decir, justiciable en caso de contestación. La redefinición del régimen constitucional permitió corregir varios de los defectos observados en el texto anterior¹³ (como, por ejemplo, la regla sobre indemnización de errores judiciales, que había sido letra muerta hasta entonces), y aún más, consagrar una disposición que hasta hoy es percibida como fuente de un principio de “aplicación directa” de la Constitución¹⁴. Concebir “la Constitución como norma”, como escribía coetáneamente

¹⁰ Por ejemplo, S. Carrasco (1997), p. 321 y ss.

¹¹ Así, C. Starck (1994), p. 26.

¹² Así, B. Bravo (1978).

¹³ No obstante, los redactores de la Constitución también acudieron a la técnica programática, entre otros aspectos, para regular la justicia administrativa, materia que bajo la Constitución de 1925 había sido objeto de disposiciones meramente programáticas, como la doctrina se encargó de denunciar. Cf. los artículos 38 y 76 del texto inicial de la Constitución de 1980.

¹⁴ V. por todos, E. Soto (1996), t. II, p. 12: la supremacía constitucional supone “la sujeción de todo órgano del Estado a la Constitución y a las normas dictadas en conformidad a ella: art. 6° inc. 1°; la obligatoriedad de toda disposición constitucional respecto de todo órgano del Estado...; la aplicación directa de toda disposición constitucional respecto de cualquier órgano del Estado (cualquiera sea su función o la jerarquía de sus titulares o empleados): art. 6° inc. 2°”.

García de Enterría desde el derecho español, habría conllevado la improcedencia de la distinción entre preceptos constitucionales de aplicación directa y preceptos programáticos, sin valor normativo, pues todos debían entenderse vinculantes¹⁵.

Literalmente, el artículo 6º indica que los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución, y afirma que los preceptos de la Constitución son obligatorios. En sí misma, la regla hace explícito un presupuesto inherente a cualquier régimen jurídico, que consiste en el carácter obligatorio de sus prescripciones. Aunque amenaza con responsabilidades y sanciones en caso de inobservancia, la regla no prevé ninguna específica¹⁶, como tampoco prevé los medios que hayan de servir para poner en práctica las distintas reglas constitucionales. Así las cosas, el artículo 6º no hace nada para que la Constitución se aplique directamente, sin necesidad de otras reglas, normalmente contenidas en leyes u otros actos subordinados.

En realidad, el principio de aplicación directa de la Constitución es un espejismo que oculta fenómenos sociológicos e históricos más complejos, como un cambio de mentalidad en la comunidad de juristas que rompe con una cierta indiferencia del pasado frente a la indecisión normativa, y que coincide con el establecimiento de medios de acción jurisdiccional que permiten poner en práctica reglas constitucionales¹⁷ y con una reducción notable (pero no absoluta) de las promesas constitucionales incumplidas.

Dificultades que enfrenta la aplicabilidad directa del derecho internacional

10. Una reacción similar a la suscitada por la norma constitucional se advierte a propósito de las reglas provenientes del derecho internacional. También aquí se ha pretendido descubrir mecanismos que les aseguren un cierto efecto automático, en particular en el ámbito de los derechos humanos.

¹⁵ García de Enterría, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional* (1981).

¹⁶ Así lo advirtió tempranamente el Tribunal Constitucional: 27.10.1983, *Requerimiento contra el Ministro del Interior - Rol 19*, cons. 10.

¹⁷ Esta práctica no está exenta de críticas. Tal vez su principal desventaja, que ha sido puesta en evidencia entre otros por R. Correa (2005), p. 161 y ss., está en acelerar un proceso de vulgarización del derecho.

La idea de que la protección de ciertos valores, como los derechos humanos, no puede quedar entregada sólo a la regulación interna de cada Estado cobra fuerza, en tiempos modernos, a partir de la traumática experiencia de la Segunda Guerra Mundial y los horrores del nazismo. La fragilidad de la democracia y las instituciones domésticas había quedado a la vista, y pareció útil recurrir a un orden supranacional que resguardara los derechos de las personas aun en contra de sus propios Estados. El movimiento de los derechos humanos, que solo adquiere recepción universal desde la segunda mitad del siglo XX, es el testimonio más palpable de esta esperanza en el derecho internacional. En muchos casos, como se ha sugerido, la institucionalidad del derecho internacional de los derechos humanos ha contribuido a acelerar transformaciones jurídicas y sociales en el ámbito interno de varios países.

11. Un reflejo tardío de esa esperanza en el derecho internacional de los derechos humanos llevó en el derecho chileno a asumir desde la Constitución la importancia del debate internacional. En las postrimerías de la dictadura, al negociarse ciertas garantías institucionales para el tránsito de la democracia¹⁸, se forjó una reforma constitucional en cuya virtud los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales vigentes en Chile debían entenderse como límites a la soberanía (artículo 5° inciso segundo).

A pesar de esas buenas intenciones, en un aspecto técnico esta reforma no fue rigurosa y permitió el surgimiento de discrepancias acerca del valor legal preciso, esto es, la jerarquía de estos tratados. Este vacío ha tendido a ser suplido por la doctrina, pero es evidente que, por ingeniosas o razonables que sean las interpretaciones, no lograrán sustituir a una deliberación auténticamente democrática que defina el valor legal interno de los instrumentos internacionales.

Mientras la doctrina concuerda en forma relativamente pacífica en que la jerarquía de los tratados internacionales equivale, en general, a aquella que detenta la ley¹⁹, respecto de los tratados internacionales de derechos humanos no hay tal uniformidad. Dos posturas se disputan la interpretación correcta en torno al rango que corresponde asignarles a los tratados de derechos humanos: mientras algunos postulan que esta

¹⁸ C. Andrade (1991).

¹⁹ S. Mohor y G. Fiamma (1994), p. 115 y ss.

jerarquía es suprallegal e infraconstitucional²⁰, otros llegan al extremo de asignarles valor constitucional²¹, asumiendo que estos tratados serían un mecanismo indirecto de reforma constitucional (!)²².

Escapa al alcance del presente análisis una revisión exhaustiva de esta disputa doctrinal, que probablemente perdure abierta por un tiempo importante en nuestro medio²³. En cualquier caso, independientemente de la tesis que prevalezca, debe advertirse que el alcance de esta regla no puede ser tal de despojar al legislador de su competencia normativa sobre la materia. Es cierto que para la teoría política los derechos humanos, en cuanto anteriores y superiores al Estado, son límites que el legislativo no puede suprimir. No obstante, por su carácter universal, por su contenido moral o muchas veces ideal (como ocurre típicamente con los derechos sociales) y también por la textura abierta que suelen tener los textos que los describen, estos derechos necesitan de una concreción normativa más o menos fuerte para alcanzar eficacia. Entonces es el legislador democrático quien debe definir las modalidades de ejercicio de los derechos humanos. Así suelen reconocerlo por lo demás, frecuentemente, los tratados internacionales de derechos humanos²⁴, como ocurre también con el Convenio²⁵ (sin perjuicio de lo que se dirá en los párrafos que siguen).

²⁰ R. Bertelsen (1996), p. 211 y ss., argumentando que el control de constitucionalidad a que pueden estar sujetos los tratados sería demostrativo del carácter subordinado de los tratados respecto de la Constitución.

²¹ F. Cumplido (1996), p. 255 y ss.; H. Nogueira (2003), p. 403 y ss. En concepto de este último, aun antes de la reforma, el límite de la soberanía se encontraba en los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Luego de ésta, sólo se ha reconocido que estos límites pueden provenir también de los tratados internacionales que reconozcan o protejan derechos humanos.

²² H. Nogueira (1997), p. 9 y ss. Tal tesis, al parecer, está en germen ya en el trabajo de S. Mohor (1990), p. 153 y ss.

²³ Una erudita revisión de la discusión, en A. Guzmán (2001), p. 102 y ss.

²⁴ Basta con recordar la siguiente regla del Pacto de Derechos Civiles y Políticos que compromete a sus signatarios a informar acerca de “las disposiciones que hayan adoptado y que den efecto a los derechos reconocidos en el Pacto y sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de esos derechos” (art. 40), o en forma más elocuente, el compromiso fundamental asumido en virtud del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en orden a “adoptar medidas [...] especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos” (art. 2.1).

²⁵ “La naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país”, dice el art. 34 del Convenio 169.

12. La discusión abierta en torno a cierta categoría de tratados concierne, según los términos constitucionales, a aquellos que garanticen “derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”. En general, se asume que esa expresión recubre a los llamados “derechos humanos”, aquellos que la tradición iusnaturalista de la Ilustración identificó con la naturaleza del hombre. No obstante, una interpretación constitucional respetuosa de las competencias normativas diseñadas por el constituyente no debería conformarse con generalidades sino con una determinación más rigurosa del contenido mismo de estas expresiones. La disposición en análisis no se refiere al derecho internacional de los derechos humanos, no alude a instrumentos no vinculantes elaborados en sedes internacionales sobre esa materia, ni autoriza tampoco la ejecución inmediata en Chile de las resoluciones de instancias jurisdiccionales internacionales que se hayan pronunciado en materia de derechos humanos²⁶. Como ha dicho un connotado constitucionalista, la referencia al carácter “esencial” de estos derechos impide proyectar el concepto “hacia consecuencias más o menos lejanas de aquello que es ineludible, por corresponder más bien a las diversas alternativas de aplicación” derivadas de circunstancias accidentales; a fin de cuentas, por la repercusión de estos derechos en el ejercicio de la soberanía, no conviene exagerar su alcance, generando “una excesiva drasticidad normativa” que perturbe “la evolución del ordenamiento jurídico”²⁷.

13. Por la impronta cosmopolita de los derechos que la Ilustración imaginó como inherentes a todo hombre²⁸, resulta difícil considerar que las herramientas contempladas en el Convenio 169 integren la categoría clásica de derechos humanos, según se analizara (*supra* § 4). Desde que los individuos beneficiarios de estas herramientas gozan de sus ventajas en tanto pertenezcan a grupos étnicos determinados y, en algunos casos, las empleen por intermedio de organizaciones integradas por otros individuos del mismo origen, no puede adscribirselas sin más a un género formado por derechos que se asumen como emanación directa de la naturaleza humana.

14. Con el objeto de obviar la conclusión que acaba de indicarse, algunos han propuesto el argumento de que los derechos reconocidos a los pueblos indígenas serían derechos humanos “de tercera

²⁶ Véase, p. ej., J. M. Quinzio (2002), p. 9 y ss.

²⁷ A. Silva (1997), p. 106 y ss.

²⁸ En el mismo sentido, R. Correa (2002).

generación”²⁹. Esta expresión no es suficientemente precisa; y aunque es probable que en esa misma imprecisión resida su fuerza atractiva, no debiese ignorarse que, en sí misma, la idea de una tercera generación de derechos humanos es objeto de amplio debate en la filosofía del derecho.

¿Existe un catálogo de derechos de la tercera generación? Sin duda, ningún instrumento autoritativo emanado de instancias oficiales del derecho internacional ha pretendido consolidar un debate aún abierto en torno a esta idea mediante un catálogo preciso. Son descripciones doctrinarias las que mayor información entregan sobre la cuestión, arrojando más sombra que luz sobre los contornos de esta materia. “La paz, la calidad de vida y la libertad informática no son los únicos derechos que conforman la tercera generación, aunque quizás sean los más representativos y consolidados”, escribe un profesor español, agregando a los anteriores otros derechos de muy heterogénea significación, tales como “las garantías frente a la manipulación genética, el derecho a morir con dignidad, el derecho al disfrute del patrimonio histórico y cultural de la humanidad, el derecho de los pueblos al desarrollo, el derecho al cambio de sexo, o a la reivindicación de los colectivos feministas de un derecho al aborto libre y gratuito...”³⁰. Como puede apreciarse, la diversidad parece ser un rasgo común a las concreciones de esta tercera generación de derechos humanos.

En realidad, la clasificación de los derechos humanos por “generaciones” (esto es, atendiendo a la época de su aparición) es un método más político que jurídico, en cuanto busca identificar categorías de derechos con la sensibilidad de ciertas épocas. Al aludirse a una tercera generación se expresa la pretensión de ver emerger una categoría nueva de derechos que supere la dicotomía entre derechos individuales y derechos sociales. La tercera generación de derechos humanos tendría por fundamento común una cierta idea de solidaridad, en la medida que traducen aspiraciones de un modo de vida que sólo puede ejercerse en común con otros, y dependen entonces de un cierto grado de reciprocidad de los demás. Se trataría de derechos que se ejercen en un contexto determinado y conjuntamente con los otros miembros de la comunidad. Entonces, estos derechos rompen con la tradición clásica de los dere-

²⁹ Es, en particular, el caso de los profesores S. Montt y M. Matta, “Una Visión Panorámica al Convenio OIT 169 y su Implementación en Chile”, en esta misma revista.

³⁰ Antonio-Enrique Pérez Luño (1991), p. 203 y ss.

chos humanos (que había pretendido erigirlos en exigencias universales, suprimiendo las diferencias existentes entre los hombres); los nuevos derechos humanos ya no se referirían al individuo sino al “hombre situado”, esto es, se construirían tomando en consideración el contexto social e histórico en que se inserta. De aquí que la adscripción del individuo a ciertos grupos conformados en torno a una identificación cultural, religiosa, lingüística o étnica contribuya a definir estos derechos.

15. Como puede verse, hay algo insalvable en la pretensión de asignar rango de derechos humanos, si no a la llamada tercera generación en su conjunto, al menos a los derechos consultados en el Convenio 169. Al circunscribir estos derechos al ámbito restringido de los pueblos indígenas, el Convenio opta por consagrar derechos indígenas, no derechos humanos. Sus destinatarios no son los chilenos ni mucho menos el ciudadano del mundo, sino algunos de ellos. Por lo tanto, no puede afirmarse que la naturaleza del hombre incida en el reconocimiento de estos derechos. Esta conclusión, a decir verdad, vale sólo a medias, pues en varios aspectos las disposiciones del Convenio pueden reconducirse a prerrogativas que ya cuentan con reconocimiento individual (en general, aquellas que conciernen a la discriminación contra el indígena en sus relaciones de trabajo o frente al medio educativo). Pero en los aspectos más críticos del Convenio, como ocurre con el caso singular del “derecho a la consulta” previsto en especial por el artículo 6, el reparo no puede ser obviado.

El Estado tiene el deber de consultar a los pueblos indígenas y éstos el “derecho” correlativo de ser consultados cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente, consulta que ha de efectuarse de buena fe atendidas las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas. Así, se reconoce a los pueblos indígenas un cierto derecho a pronunciarse preventivamente acerca de cualquier ley o procedimiento administrativo que pueda llegar a incidir en su esfera de intereses, lo cual supone una especialísima facultad de injerencia en la gestión de los asuntos públicos. Ciertamente el régimen constitucional presupone un derecho de todas las personas “a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”, lo cual es una concepción bastante generosa de la ciudadanía³¹; ahora los in-

³¹ Recientemente la Corte Suprema ha sugerido que ese derecho tendría el carácter de fundamental. Fallo de 14 de octubre de 2010, Rol N° 4078-2010, considerando 1° (caso del Ducto de Celulosa Arauco en la localidad de Mehuín).

tegrantes de pueblos indígenas pasarían a gozar de una ciudadanía fortalecida, en cuanto ha de tomarse en consideración su opinión en cada procedimiento que les resulte directamente aplicable: ¿son los indígenas más ciudadanos que el resto de los chilenos?, ¿más humanos que los demás chilenos? El régimen singularísimo que el Convenio 169 pretende instituir respecto de la consulta no puede justificarse en una naturaleza común a los hombres.

Ciertamente no puede descartarse *a priori* que algunas de las manifestaciones de los derechos de tercera generación ejerzan influencia sobre el derecho positivo; la preocupación creciente por el medio ambiente es un buen ejemplo de la adaptación de los instrumentos tradicionales de tutela del individuo a los nuevos derechos³². Es más, la tutela de intereses colectivos o difusos puede resultar indispensable desde una perspectiva individual, a fin de evitar que la libertad de tipo clásico quede reducida a un plano puramente formal. Por ejemplo, según las circunstancias puede parecer necesario “proteger los cultos, las lenguas y los modos de vida a nivel de comunidades, y no sólo garantizar la libertad de conciencia u otra a nivel estrictamente individual”³³. Si la tutela de intereses colectivos prolonga la protección de intereses individuales, entonces puede imaginarse que algunas de las aspiraciones que pasan por derechos de la tercera generación se incorporen al derecho positivo en tanto derivaciones o concreciones de los derechos humanos de tipo clásico. Pero en sí misma, la categoría de derechos humanos de tercera generación continúa ofreciendo demasiados flancos a la crítica como para aceptarla sin discusión, según se ha visto.

Otros argumentos intentados para dar aplicación al derecho internacional

16. Un segundo argumento empleado para asignar eficacia inmediata al derecho internacional recurre a una distinción extraída del diseño de las reglas contenidas en tratados internacionales, entendiendo que algunas de sus cláusulas son autoejecutables y otras no. El Tribunal Constitucional, precisamente a propósito del Convenio 169, se ha

³² Para el caso chileno, en que parte importante de la protección judicial del medio ambiente se ha canalizado mediante el recurso de protección de las garantías constitucionales, véase A. Bordalí (2004).

³³ G. Haarscher (2003), p. 190 ss.

referido a las primeras como aquellas que por su contenido y precisión son susceptibles de ser aplicadas en el derecho interno sin más trámite que la aprobación del tratado; las segundas, en cambio, serían aquellas que para su entrada en vigencia requerirían de alguna manifestación normativa adicional por parte del Estado suscribiente³⁴. Concretamente en el caso del Convenio, el Tribunal ha asignado carácter autoejecutable a algunas de sus disposiciones, entre las cuales se cuenta la relativa al “derecho a la consulta”.

Diversos ordenamientos estatales adhieren a este criterio, que en el chileno carece de fundamento normativo. Su reconocimiento puntual en ciertas decisiones judiciales debe ser mirado como una doctrina aceptada *de lege ferenda*. Más aún, la concreción con que parezcan revestidos ciertos preceptos de un instrumento internacional no garantiza por sí sola su aplicación de una manera unívoca³⁵, sino que eventualmente admiten, como ocurre en el caso del “derecho a la consulta” del Convenio 169, una regulación suplementaria que defina sus modalidades de ejecución³⁶.

17. La aplicación inmediata de los tratados internacionales en el derecho interno ha pretendido derivarse, por último, de ciertas reglas contenidas en el derecho internacional de los tratados. En la experiencia chilena ha sido especialmente relevante al efecto la regla, consecuencia del principio de buena fe, que impide a un estado parte “invocar las

³⁴ Tribunal Constitucional, 4 de agosto de 2000, *Constitucionalidad del Convenio N° 169, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes - Rol 309*, cons. 48.

³⁵ Un ejemplo especialmente elocuente de la debilidad del criterio de autoejecutabilidad de los tratados está en el Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional. La concreción del tratado no ofrece dudas (describe con detalle conductas que debiesen estar sancionadas penalmente), pero la estructura del derecho chileno —fiel al clásico principio *nullum crimen nulla pœna sine lege*— impide la aplicación de esas reglas en tanto no sean recogidas formalmente por la ley. Así, tras la ratificación del tratado, fue preciso una ley especial que tipificase los crímenes de lesa humanidad y genocidio y crímenes y delitos de guerra de competencia de esa Corte (Ley N° 20.357, de 18 de julio de 2009).

³⁶ Así, el “Reglamento del artículo 34 de la ley N° 19.253, a fin de regular la consulta y la participación de los pueblos indígenas”, aprobado por Decreto Supremo N° 124, del Ministerio de Planificación, publicado el 25 de septiembre de 2009. Formalmente el reglamento se sustenta en la legislación doméstica (Ley 19.253, sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas); no obstante, entre las consideraciones que justifican la regulación se alude al deber general de consultar a los pueblos indígenas interesados cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente contemplado en el art. 6 del Convenio 169.

disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado” (Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, art. 27). Algunas sentencias, recaídas en casos penales sobre violaciones a los derechos humanos bajo la dictadura, han recurrido a esta regla para justificar la aplicabilidad directa de ciertos instrumentos internacionales y hacerlos prevalecer sobre normas internas de jerarquía legal³⁷ (en particular, la llamada “Ley de Amnistía”, Decreto Ley N° 2191 de 1978).

Como lo ha sugerido la doctrina, el derecho de los tratados no ha previsto mecanismos que tiendan a incorporar mecánicamente los tratados al derecho interno de cada Estado parte. Ni la Convención de Viena ni otro texto supranacional contienen reglas que confieran de modo genérico carácter autoejecutable a disposiciones contenidas en tratados. El compromiso que contraen los Estados al suscribir un tratado los obliga a cumplir de buena fe sus disposiciones, sin que puedan invocar al efecto como excusa legítima la existencia de normas internas contradictorias con el tratado³⁸. Es en el ámbito de la responsabilidad que se sitúa la utilidad de esta regla, no en el plano de la eficacia normativa del tratado.

18. Como puede apreciarse, no hay buenos argumentos para plantear en forma inequívoca que los tratados internacionales producen un efecto directo e inmediato en el derecho interno desde su ratificación. La discusión sobre la materia ha estado contaminada por un propósito seguramente loable de evitar que el fruto de las relaciones internacionales sea letra muerta, pero no se ha prestado atención a las condiciones institucionales en que el derecho está llamado a escribirse y aplicarse en el Estado moderno. La manera en que tradicionalmente se ha concebido la fuerza del derecho internacional, el menos en Chile, ha impedido que éste despliegue automáticamente sus efectos en el derecho interno. Frente a ese estado de cosas, la pregunta que es pertinente formular tiene por objeto indagar si han cambiado las reglas del juego; pretender responderla mediante las alusiones indirectas que efectúa la Constitución no resulta consistente con exigencias democráticas, más todavía cuando se asume que la incorporación de ciertos instrumentos despojaría al legislador de sus competencias normativas.

³⁷ Cf. J. P. Mañalich (2010).

³⁸ X. Fuentes (2007).

En síntesis, la entrada en vigencia del Convenio 169 inaugura un proceso importante de redefinición normativa del estatus jurídico de los indígenas en Chile. Es un error pensar que la sola ratificación del Convenio es suficiente forma de cumplir con él.

III. Riesgos de la aplicación directa de los instrumentos internacionales en el derecho interno

19. Es difícil predecir la actitud que tomarán los jueces frente a las reglas del Convenio 169. No obstante su origen internacional (es decir, la necesidad de adaptación normativa de sus reglas al derecho interno), la textura abierta de sus reglas y la prudente norma de clausura que llama a aplicarlo “con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país” (art. 34), es muy posible que —fundadamente o no³⁹— el Convenio sea invocado formalmente para zanjar litigios, con un impacto variable pero eventualmente perturbador del derecho interno.

Ocurre que la forma en que han sido concebidas estas reglas no admite una aplicación unívoca, sino varias alternativas, cuya elección normalmente no corresponde al juez. Por otra parte, el objetivo ideológico de las reglas puede mover a los jueces a decidir algún asunto sin prestar demasiada atención a las instituciones locales. Es previsible así una vulgarización importante del derecho que debiese ser evitada mediante la adopción consciente de reglas más precisas⁴⁰.

Impacto previsible del Convenio en materias patrimoniales

20. En el ámbito patrimonial, el Convenio no ha mostrado aún la forma en que desplegará sus efectos pero ya se ha visto que la sensibilidad a que apela es susceptible de desdibujar los contornos de ciertos conceptos jurídicos.

³⁹ Es preocupante constatar que algunas sentencias ni siquiera se preocupan de analizar bien este punto. Un ejemplo grave en la Corte de Apelaciones de Temuco, 16 de septiembre de 2009, *Liconao Huircapan c/ Soc. Palermo Ltda.*, Legal Publishing N° 42914, donde se insinúa la irrelevancia de la cuestión: “que un tratado o convenio esté o no vigente, como legislación nacional, no impide en materia de interpretación y argumentación considerarlo como un elemento más de convicción” (cons. 10).

⁴⁰ R. Correa (2001), p. 249 y ss.

Un ejemplo está dado por una sentencia recaída en materia de derechos de agua. Se trataba de un caso de regularización de derechos de aprovechamiento por parte de una comunidad aimara, en el norte del país.

Respecto de las etnias aimara y atacameña, la preservación del agua ha sido objeto de reglas legales específicas⁴¹, tendientes a reconocerles titularidad jurídica plena, atendida la utilización que han hecho de este recurso desde tiempos inmemoriales; la desprotección en que estos indígenas se hallan frente al uso intensivo de recursos hídricos por otros titulares estaba poniendo en riesgo la subsistencia de algunos poblados y la pervivencia de sus formas de vida⁴². Es probable que estas soluciones susciten reticencia, porque el reconocimiento de derechos ancestrales se superpone a la certidumbre asociada al régimen de registro de derechos de aprovechamiento otorgados por la autoridad; de pronto, el reconocimiento de derechos ancestrales revela que el caudal disponible es inferior a lo que se preveía, con un efecto aparentemente perturbador de los demás derechos reconocidos⁴³. Ahora bien, desde un punto de vista legal los indígenas que han estado permanentemente en posesión de sus aguas en forma ininterrumpida, pacífica y no clandestina deben tener reconocido un auténtico derecho de propiedad, al igual que ocurriría con cualesquiera otros bienes (y especialmente, los inmuebles, también sujetos a un régimen de posesión inscrita)⁴⁴. Al reconocer un derecho de propiedad ancestral en este caso, la ley ha venido a corregir injusticias históricas a que había conducido una aplicación meramente formalista de las reglas anteriores.

Con todo, en circunstancias que el dispositivo legal armoniza con el régimen general de adquisición de la propiedad, algunas decisiones han parecido buscar una justificación adicional en la noción de *há-*

⁴¹ La ley 19.253, sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, dispone categóricamente que “se deberá proteger especialmente las aguas de las comunidades Aymaras y Atacameñas”, estimando como “bienes de propiedad y uso de la comunidad indígena... las aguas que se encuentren en los terrenos de la comunidad, tales como los ríos, canales, acequias y vertientes” (art. 64). Esa declaración legislativa ha hecho posible la aplicación de los procedimientos de regularización de derechos de agua, previstos en el art. 2 transitorio del Código de Aguas.

⁴² M. Cuadra (2000), p. 85 y ss.

⁴³ Así, Corte Suprema, 22 de marzo de 2004, *Comunidad Atacameña Toconce c/ Essan S.A.*, Legal Publishing N° 29892.

⁴⁴ Puede advertirse una analogía fuerte entre el caso de las aguas ancestrales, ocultas para el régimen registral, y el de los inmuebles incluidos por una heredad inscrita en base a deslindes arcifinios, inscripción “de papel”, en los términos de L. Urrutia (1934), p. 5 y ss.

bitat reconocida por el Convenio⁴⁵. Sin duda se trata de un argumento suplementario que no sustenta por sí solo el mecanismo legal, pero cuya invocación por tribunales superiores es demostrativa de la tentación de algunos jueces de innovar en el sistema jurídico por consideraciones ideológicas, en detrimento de las categorías jurídicas.

21. En materia de expropiación, el caso *Queupumil* da cuenta de un fenómeno similar. El caso llegó a conocimiento de la justicia por demanda relativa al avalúo de un inmueble situado en tierras indígenas. Apoyado en un peritaje antropológico, el juez de primera instancia asumió que esa condición de la tierra es un factor relevante para su valorización, atendido que en la región de la Araucanía “dichas tierras en sí no deben ser sólo consideradas de acuerdo al valor del mercado de los chilenos no indígenas, sino que dentro del contexto de la población indígena, por constituir la tierra la base material que mantiene el continuo de persistencia de los individuos y la cultura mapuche”⁴⁶. En circunstancias que la indemnización por expropiación cubre el daño patrimonial efectivamente causado por la operación, el argumento acogido por el juez asumía que, por su importancia cultural para los mapuches, el justo precio de las tierras indígenas debería medirse con herramientas distintas al valor de mercado, con un efecto de encarecimiento artificial de las obras públicas. Sin duda el error no se sustentaba en el Convenio 169 y, en todo caso, fue rectificado por instancias superiores⁴⁷, pero otra

⁴⁵ Así ocurre con un fallo de la Corte Suprema que invoca el Convenio para analizar si un derecho de agua era de propiedad de la comunidad indígena demandante. El agua se captaba desde tierras de propiedad ajena (no indígena), pero este dato no es relevante según la Corte a la luz del Convenio 169, cuyo artículo 13 entiende el término “tierras” en el sentido de “territorios, lo que cubre totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera” (cons. 5). Esta referencia al Convenio era innecesaria, desde que a pesar del dominio ajeno de la tierra, el derecho de los indígenas sobre las aguas se traducía “en actos positivos de señor y dueño que, sin duda, descartan reconocer dominio ajeno, como lo son la construcción del socavón del cual emanan las aguas, de los estanques de acopio, del canal conductor, de las terrazas de cultivo, además del mismo asentamiento humano reflejado en las modestas casas que conforman los poblados de Chusmiza y Usmagama” (cons. 5). Fallo de 25 de noviembre de 2009, *Agua Mineral Chusmiza S.A.I.C c/ Comunidad Indígena Aymara de Chusmiza Usmagama*, Legal Publishing N° 43117.

⁴⁶ 3^{er} Juzg. Civ. Temuco, 9 de mayo de 2003, Rol N° 331-D, inédita, cons. 8.

⁴⁷ Según la Corte de Apelaciones de Temuco, “no existe en la legislación nacional... una discriminación positiva en materia de expropiación por la sola circunstancia que un terreno ubicado en un área rural tenga origen indígena”, debiendo aplicarse en consecuencia las normas generales que regulan esta materia (sentencia de 31 de enero de 2005, Rol N° 1155-2003, cons. 4, confirmada por Corte Suprema, 24 de mayo de 2005, Rol N° 1408-2005, inéditas).

vez es significativo de la voluntad de ciertos jueces de construir *ex nihilo* un derecho nuevo sobre la base de buenas intenciones.

Impacto del Convenio en procesos de decisiones públicas

22. Hasta aquí, los pronunciamientos judiciales relativos al impacto del Convenio en el derecho interno sólo se refieren a procesos decisionales a los que se aplica el procedimiento de consulta. Las sentencias no han logrado disipar la incertidumbre suscitada por la intervención simultánea de tan distintos textos que prevén grados excepcionales de participación de los indígenas en la cosa pública. Tal incertidumbre probablemente se debe a una falta de rigor sistemático en el análisis de la materia.

23. Es cierto que la indefinición normativa puede despertar dudas, como ocurre con la extensión del mecanismo de la consulta a los procesos legislativos. La regla del tratado es amplísima y hay mil maneras de cumplirla; de buena fe, en todo caso, debe intervenir en algún momento antes de la clausura del debate legislativo, a fin de que pueda tener un efecto práctico sobre la voluntad soberana representada en el Congreso. No se conoce el efecto que podría conllevar el cumplimiento imperfecto de este trámite. La jurisprudencia que ha admitido la inconstitucionalidad de leyes dictadas sin dar cumplimiento a trámites de consulta obligatorios⁴⁸ no es aplicable a este caso, porque aquí la exigencia no tiene rango constitucional⁴⁹. Más allá de los predecibles efectos políticos de tal omisión (y la responsabilidad que pudiese surgir en el plano internacional), no pueden preverse consecuencias sobre la eficacia de las leyes.

24. En relación con los procedimientos administrativos, el Estado del derecho es más claro, porque en principio la omisión de trámites

⁴⁸ Tribunal Constitucional, 24 de marzo de 2010, *Proyecto de ley que otorga un bono solidario a las familias de menores ingresos - Rol 1651*.

⁴⁹ El mismo Tribunal Constitucional ha dicho que el Convenio no tiene efecto modificatorio sobre la Constitución. Específicamente en cuanto al procedimiento de consulta, sostuvo que aunque alteraba la lógica de la ley orgánica constitucional del Congreso Nacional, “por cierto, no tiene la entidad o alcance de reformar los preceptos de los artículos 62 a 72 de la Carta Fundamental” (sentencia de 4 de agosto de 2000, *Rol 309*, cons. 6). Posteriormente afirmó que esta consulta no “afectará las atribuciones privativas de las autoridades que la Constitución Política de la República establece” (sentencia de 3 de abril de 2008, *Rol 1050*, cons. 14).

como el de la consulta, no vinculantes, no tiene tanta trascendencia como para provocar la ineficacia de las medidas que se tomen. Esta relativa irrelevancia de los defectos formales es susceptible de frustrar las esperanzas puestas en los generosos términos del Convenio, augurando así, en alguna medida, soluciones poco razonables.

25. Se recordará que el Convenio ordena a los gobiernos “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”. Mientras no se hayan consolidado las soluciones, se discutirán seguramente con criterio exegético los términos precisos de esta disposición. Si la consulta se aplica a las medidas que “se prevean”, posiblemente aquellas que se adopten en la inmediatez de circunstancias urgentes escaparán a esta exigencia⁵⁰. También exigirá algún grado de precisión la noción misma de “medidas”⁵¹. En fin, pero tal vez más importante aún, será relevante definir qué significa que el mandato contenido en el artículo 6 del Convenio se dirija a “los gobiernos”⁵². Estas indicaciones tendrán utilidad cierta para definir los alcances de la consulta, pero no agotarán la cuestión de su importancia jurídica.

26. En principio, el ámbito en que podría llegar a operar la consulta es amplísimo, pues cubre todo el espectro de los procedimientos

⁵⁰ Así parece desprenderse de lo resuelto en el caso cerro Colo-Colo en la comuna de Arauco, relativo a la tala de árboles inestables tras el terremoto de febrero de 2010, que al caer alteraron monumentos indígenas. Según la Corte, aunque tras el terremoto resultó necesario “adoptar diferentes medidas de emergencia”, en el caso concreto el contrato celebrado para llevar a cabo los trabajos fue aprobado “previa la realización de incontables diligencias destinadas a recabar los necesarios informes y autorizaciones, lo que hace incomprensible que no se haya desplegado conducta alguna tendiente a consultar a los pueblos indígenas interesados”. Corte de Apelaciones de Concepción, 10 de agosto de 2010, *Comunidad Indígena Chilcoco c/ Municipalidad de Arauco*, Rol N° 289-2010, inédita, cons. 9.

⁵¹ P. ej., Corte de Apelaciones de Temuco, 21 de enero de 2010, *Puelman Ñanco y otros c/ Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de la Araucanía*, Rol N° 1705-2009, Legal Publishing N° 43288, revocada por Corte Suprema, 17 de mayo de 2010, Rol N° 1525-2010, inédita.

⁵² Aunque el mismo Tribunal se anticipó a calificar como autoejecutable el art. 6° del Convenio, no pudo menos que reconocer que la utilización de expresiones tales como *deberán reconocerse, deberán tomarse medidas, deberá prestarse particular atención, los gobiernos deberán, o deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional*, “permite concluir que tales disposiciones responden al tipo de preceptos no ejecutables con el sólo mérito del tratado” (fallo de 4 de agosto de 2000, *Rol 309*, cons. 65).

administrativos, a condición de que la decisión que tengan por objeto adoptar incida en el círculo de intereses de un pueblo indígena⁵³. Desde el ámbito municipal hasta el propiamente gubernamental, pasando por todos los servicios sectoriales, los procedimientos que tiendan a la dictación de medidas que afecten colectividades indígenas deben contemplar el trámite de la consulta.

Este tipo de instancias de participación comunitaria es especialmente aplicable a los procedimientos de elaboración de reglas de alcance general. En la elaboración de reglamentos, instrumentos de planificación territorial y otros cuerpos de normas de aplicación general y abstracta (aunque sea restringida al ámbito de una industria en particular) suele contemplarse la participación de grupos de interés a quienes puedan concernir esas reglas, por lo general por medio del trámite de la “información pública” (Ley 19.880, art. 39). Ahora bien, los mecanismos de participación no deben necesariamente excluirse de los procedimientos cuyo objeto sea la adopción de actos o medidas de alcance singular; aunque en principio el círculo de intereses afectados por estos procedimientos es más reducido, la radicación de las decisiones en el ámbito de la administración pública supone siempre la intervención del interés general en ellas. Así lo muestra el caso particular de los permisos ambientales, que suponen balancear frente a las exigencias ambientales el interés privado del peticionario y el interés general, y que consideran bajo ciertas circunstancias la participación de la comunidad (Ley 19.300, arts. 26 y ss.).

Los mecanismos de participación comunitaria en las decisiones públicas han ido adquiriendo cada vez más importancia en nuestro medio. Un hito particularmente significativo al respecto ha sido la institucionalización de vías eficaces de acceso a la información pública (Ley 20.285), que encuentra en la labor desempeñada por el Consejo para la Transparencia su mejor exponente⁵⁴. Aunque no puede predecirse exactamente el impacto que tendrá en la ciudadanía el principio de transparencia, es bastante evidente que su consagración legislativa persiguió corregir asimetrías de información entre gobernantes y gober-

⁵³ Debe tenerse presente, sin embargo, que el Reglamento del procedimiento de consultas no se aplica *per se* a ciertos organismos públicos dotados de algún grado de autonomía, entre otras, las municipalidades.

⁵⁴ Pero no el único caso. V. la reciente Ley 20.420 (19 de febrero de 2010), que “crea” los derechos de los contribuyentes y ordena modificaciones al Código Tributario, para garantizar el cumplimiento de estos derechos.

gados, de modo de poner a éstos en relación directa con la gestión de la cosa pública⁵⁵. El parentesco entre esta regulación y los mecanismos de participación es visible: en cierto modo, también se trata de colocar directamente a la ciudadanía en presencia de los asuntos de interés público, haciendo valer sus puntos de vista, aportando elementos de juicio, controlando a la autoridad. Al atribuirse a titulares de intereses colectivos la calidad de interesados en los procedimientos administrativos (Ley 19.880, art. 21) se rompe la dicotomía tradicional entre administración y administrado, insertándose directamente a “la comunidad”, no sin intermediarios pero independientemente de ellos, en los procesos decisionales. Naturalmente, algo de esto hay en los mecanismos de participación de los indígenas.

27. Ahora bien, modelos de participación comunitaria hay varios, y es preciso reconocer que, con respecto a los pueblos indígenas, el propuesto por el Convenio no corresponde al nivel de mayor intensidad posible⁵⁶. Ciertamente la participación de la comunidad no se traduce en una instancia de codecisión, desde que toda transferencia de soberanía ha sido descartada del Convenio⁵⁷. Tampoco hay concertación, en el sentido de una negociación, a pesar de cierta ambigüedad del Convenio en cuanto la consulta debería llevarse a cabo con el fin de “llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento” de los indígenas (art. 6.2). Un procedimiento de consulta envuelve la expresión jurídica de opiniones emitidas individual o colectivamente frente a una autoridad normativa que permanece como única habilitada para tomar la decisión a que se refiere⁵⁸; por eso, la opinión del colectivo no es vinculante y la autoridad podría apartarse de ella.

Estos mecanismos de participación comunitaria tienen en general por objeto proveer a la autoridad de mayores elementos de juicio para adoptar sus decisiones. Un ideal racionalizador propio de la ética de

⁵⁵ Cf. J. M. Valdivia (2011).

⁵⁶ Cf. É. Debaets (2010), p. 155 y ss.

⁵⁷ Según el Tribunal Constitucional, que dedicó largos razonamientos a la cuestión, la expresión *pueblos indígenas* debe entenderse “como un conjunto de personas o grupos de personas de un país que poseen en común características culturales propias, que no se encuentran dotadas de potestades públicas y que tienen y tendrán derecho a participar y a ser consultadas, en materias que les conciernan... no constituyen un ente colectivo autónomo entre los individuos y el Estado”. Sentencia de 4 de agosto de 2000, Rol 309, cons. 44.

⁵⁸ Y. Weber, *L'Administration Consultative* (París: LGDJ, 1968, p. 1), citado por E. Debaets (2010), p. 168.

servicio público quiere que las autoridades actúen siempre movidas por razones y no por sus propias inclinaciones, necesidades o deseos. Esa es la justificación de trámites como el de la consulta, que podrían parecer superfluos en un modelo puramente autoritario de ejercicio del poder. Este objetivo permite entender también las consecuencias de las irregularidades procedimentales que lleguen a cometerse en la adopción de medidas que no se consulten, o se consulten imperfectamente.

En el régimen legal chileno, la omisión de un trámite administrativo es considerada como una irregularidad formal, y en general estas irregularidades carecen de trascendencia suficiente para anular las decisiones a que conduzcan. Para que impida producir sus frutos a un procedimiento administrativo, el defecto formal en que se incurra debe tener cierto carácter sustancial, según enseña el derecho comparado⁵⁹, o recaer en un requisito esencial del acto, causando perjuicio al interesado, en palabras de la ley chilena (Ley 19.880, art. 13). El estándar legal atiende a moderar el formalismo implícito en toda regulación procedimental. Así, la nulidad sólo se reserva para casos graves, en que la omisión de ciertas formalidades afecta aspectos esenciales y causa daño. Los términos legales dan pábulo a duda porque hay pocos requisitos que textualmente tengan reconocido carácter esencial; toca al juez en principio definir qué elementos son esenciales. Pero en relación con los mecanismos de participación, cabe tener en cuenta las reglas especiales dadas para varios casos que guardan alguna similitud con la consulta⁶⁰, y que tienden a descartar el efecto anulatorio de la omisión de estos trámites si no ha impedido la dictación de una decisión razonada, en tanto el objetivo de estos trámites es ilustrar a la autoridad⁶¹. Aun si se asignare a la consulta el carácter más fuerte de un “derecho a ser oído”, su omisión podría salvarse si el trámite se cumple en un momento distinto o los interesados allegan al procedimiento sus planteamientos por otra vía.

⁵⁹ A. De Laubadère, J.-C. Venezia e Y. Gaudemet (1999), p. 735.

⁶⁰ Respecto del trámite de “información pública”, la ley se limita a prever que “la Administración otorgará una respuesta razonada” a las observaciones que lleguen a plantearse, la “que podrá ser común para todas aquellas observaciones que planteen cuestiones sustancialmente iguales” (Ley 19.880, art. 39). Sobre los informes, la ley dispone que si no se evacúan dentro del plazo previsto al efecto, se podrán proseguir las actuaciones (art. 38), sugiriendo con ello que su omisión no impide la decisión del asunto, salvo en cuanto se trate de informes vinculantes para la autoridad.

⁶¹ En este sentido, en relación con las reglas españolas en materia de informes vinculantes, J. González Pérez y F. González Navarro (2007), p. 2168 y ss.

28. Nada de esto está hoy en las preocupaciones de los jueces en la materia. Casi todos los casos que se han llevado a disputa judicial tienen connotaciones ambientales y han tendido a ser resueltos desde la especificidad propia del derecho ambiental. Es cierto que en el sistema de evaluación de impacto ambiental, los proyectos en general de mayor complejidad o envergadura deben someterse a un trámite exigente, en que la comunidad debe tener ocasión de ser oída. La pregunta fundamental que se han hecho los jueces persigue evaluar si esa audiencia sustituye a la consulta. En la medida que esta audiencia ofrece también a los indígenas ocasión de ser oídos (y a condición de que se la ofrezca), no debiese haber inconveniente en conformarse con ese único trámite, sin necesidad de establecer un mecanismo específicamente destinado a recoger las observaciones de los pueblos indígenas⁶². En otras palabras, si una resolución de calificación ambiental es otorgada haciéndose cargo circunstanciadamente del impacto ambiental que puede generar el proyecto, el vicio de forma en que se haya podido incurrir carecerá de trascendencia anulatoria.

El mismo criterio debería extenderse *mutatis mutandis* a todo caso en que haya de operar la consulta prevista por la ley 19.253 sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas (art. 34), y su reglamento⁶³.

Sin embargo, aunque las soluciones han sido en general correctas, es sorprendente que, metodológicamente, los jueces pretendan resolver estos asuntos con criterios originalistas, sensibles ciertamente a los intereses en juego pero indiferentes a las categorías científicas que el derecho ha labrado para mayor seguridad de esos intereses.

Consecuencias políticas de la aplicación del Convenio

29. También desde una perspectiva política la aplicación inmediata del Convenio 169 por parte de los jueces es susceptible de introducir desorden en las instituciones. En general, el Convenio tiene por

⁶² Es la conclusión que deriva de los fallos ya referidos de la Corte Suprema de 17 de mayo de 2010, *Puelman Ñanco y otros c/ Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de la Araucanía*, Rol N° 1525-2010, y de 14 de octubre de 2010, *Nahuelpán y otros con Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de los Ríos*, Rol N° 4078-2010.

⁶³ Cf. nota 37.

objeto ampliar la esfera de “ciudadanía” de los pueblos indígenas; en qué medida hacerlo es una cuestión abierta necesariamente a la deliberación soberana en un régimen republicano, sin que los jueces puedan sustituirla.

A riesgo de insistir, conviene descartar que sea en consideración a los derechos humanos que el Convenio reconozca a los pueblos indígenas una participación reforzada en la cosa pública. Por lo menos rige en la materia un límite infranqueable: las demandas de los indígenas no pueden conducir al control de una parte del territorio. La ambigüedad terminológica del Convenio en torno a los “pueblos” indígenas⁶⁴ y la difusión de la idea de su derecho a la autodeterminación puede ciertamente suscitar dudas respecto del alcance del protagonismo político de los colectivos indígenas. No obstante, la hegemonía política sobre una parte del territorio es inconcebible como derecho universal, pues por sí misma hace imposible la coexistencia en el territorio de otros grupos con iguales expectativas⁶⁵.

30. ¿En qué medida las disposiciones del Convenio conducen a una sobrerrepresentación de los indígenas en la escena política? En tanto los indígenas, individualmente considerados, están llamados a integrar el cuerpo electoral, lo integran de hecho y en ocasiones algunos incluso postulan a cargos de elección popular, se plantea con fuerza la pregunta acerca de la especificidad de las medidas de participación colectiva previstas por el Convenio. No hay, más allá del caso de los indígenas, reglas que exijan con alcance general oír circunstanciadamente a grupos de interés en forma previa a la adopción de decisiones que puedan afectarles. Es más, una preocupación creciente del diseño de políticas públicas estigmatiza la eventual “captura” del regulador por parte de personas o grupos principalmente concernidos por las regulaciones; va en el mismo sentido la afirmación de exigen-

⁶⁴ Debe recordarse, con todo, que en la interpretación oficial del Convenio se ha descartado de modo formal que la expresión “pueblos” sea equivalente al concepto de “pueblo” propio de la filosofía política, como sujeto de la soberanía. Según el mismo Convenio, este término “no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que puedan conferirse a dicho término en el derecho internacional” (art. 1.3).

⁶⁵ “Lo que torna imposible la configuración como ‘derecho fundamental’ del derecho a constituir un Estado es su no universalizabilidad, esto es, la imposibilidad, en contradicción con nuestra noción teórica de este tipo de derechos, de que el mismo sea reconocido igualmente a todos los pueblos”, dice L. Ferrajoli (2007), p. 360.

cias cada vez más severas de probidad, motivada por la reticencia despertada por potenciales conflictos de interés en la actividad política⁶⁶. El caso de los pueblos indígenas es probablemente especial; tal vez con los mecanismos de participación que contempla el Convenio se busca corregir una postergación histórica de que han sido víctimas en el diseño de las políticas. El régimen que se ha configurado en su favor es especial no sólo por las condiciones subjetivas que lo determinan sino también por la ruptura que provoca frente a los principios de la democracia representativa; el reconocimiento de este estatus debe por tanto entenderse en términos restringidos.

Es saludable que la sociedad amplíe las esferas de participación política de sus ciudadanos. Sin embargo, el grado de participación que se reconozca no depende de consideraciones uniformes. En el derecho chileno la ciudadanía no es consustancial a la condición de ser humano, seguramente también por herencia de la Ilustración (que puso en dos planos analíticamente separados al hombre como individuo y al ciudadano con proyección social). Con todo, en este terreno la orientación del derecho tiende hacia una universalización igualitaria: se han superado discriminaciones odiosas respecto de ciertas categorías de personas (como en otro tiempo los pobres o las mujeres), aunque subsisten diferencias razonables en la definición de los atributos políticos del hombre en sociedad (por ejemplo, el justificado tratamiento diferenciado que reciben los menores de edad en la materia). Nuevamente, no hay una receta que determine todas las respuestas: así como la condición de ciudadano está reservada a los chilenos, ciertos ciudadanos chilenos (los que no residen en el territorio) todavía tienen disminuidas las posibilidades de decisión en los asuntos cívicos y, aún más, bajo ciertas condiciones el ordenamiento reconoce derechos de participación política incluso a algunos extranjeros. No es ilegítimo que el ordenamiento refuerce diferenciadamente la condición ciudadana de ciertos grupos, si existen buenas razones para hacerlo. Pero, por la particularidad de la materia, la definición de las reglas depende de una decisión que incumbe adoptar a la soberanía, sin venir determinada por puras consideraciones de derecho internacional.

⁶⁶ V. en este sentido, para acontecimientos del último tiempo, los dictámenes emitidos por la Contraloría General de la República con fecha 15 de julio de 2010, N^{os.} 39.453 y 39.500.

IV. Efectos del Convenio en el derecho interno

31. En el Convenio están puestas muchas ilusiones de cambio del régimen jurídico político en que viven los indígenas en Chile. El contexto singular del año 2010 es elocuente de lo acuciante que pueden llegar a ser estas expectativas⁶⁷. En una república seria, la vigencia del Convenio necesariamente debería conducir a una redefinición del régimen jurídico de los indígenas en el mediano plazo. No como consecuencia directa e inmediata de las disposiciones del Convenio, sino por la forma como esas reglas interpelan, en el plano político, a la institucionalidad chilena. En el diálogo político reside el éxito de la adaptación del derecho interno a las exigencias internacionales; en sí misma, la eficacia jurídica inmediata del Convenio no asegura respuestas satisfactorias para las expectativas indígenas.

32. Así es ante todo por la estructura misma del derecho internacional que, edificado sobre la base de la soberanía individual de los Estados, no ha concebido herramientas jurídicas que aseguren la aplicabilidad automática de sus reglas, sino que se limita a cautelar indirectamente su eficacia, por la vía de la responsabilidad en caso de transgresión. Aunque las apariencias indican que el derecho internacional diseña límites intangibles para los Estados, en particular en el terreno de los derechos humanos, no configura en sentido técnico reglas de inalienabilidad sino más bien reglas de responsabilidad⁶⁸.

33. Históricamente, la efectividad de los instrumentos internacionales se ha verificado mediante el surgimiento de la responsabilidad internacional del Estado. La inobservancia del tratado, dato frente al cual los jueces internos son tradicionalmente impotentes, no está sin embargo exenta de reacción por parte del derecho internacional. Aunque en general con parsimonia, instancias internacionales cada vez más diversificadas (pero no uniformes) se encargan de hacer efectiva esta responsabilidad, mostrando así la importancia progresiva del derecho internacional y las mutaciones de la conciencia jurídica respecto de su fuerza vinculante.

⁶⁷ Para poner término a un conflicto social suscitado por la aplicación de la ley antiterrorista a ciertos mapuches, el gobierno ha anunciado diversas medidas pecuniarias e institucionales, dando a entender incluso que éstas abarcarían el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas.

⁶⁸ Cf. G. Calabresi y A. Douglas Melamed (1996), p. 347 y ss.

Como en el foro internacional no se reconoce legitimación activa plena a los individuos (vale decir, capacidad para arrastrar a un Estado a juicio), la reparación de los daños que experimenten por causa de violación al derecho internacional tradicionalmente ha exigido que la víctima sea patrocinada por el Estado al que pertenece para efectos de sostener un debate contencioso aceptable. Algo de eso está cambiando también, paulatinamente, como lo muestra el hecho de que incluso los propios nacionales del Estado transgresor del derecho internacional hayan accedido a instancias de reparación (p. ej., mediante el patrocinio de una organización internacional, como en el caso de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos). Naturalmente, las posibilidades de configurar una responsabilidad operativa son muy reducidas en aquellos casos en que no se ha confiado a una jurisdicción internacional el conocimiento de las disputas relativas a su transgresión, como ocurre con el Convenio 169.

Sin perjuicio de la apertura que en el largo plazo llegue a mostrar el derecho internacional en la materia, debe tenerse en cuenta que por lo general los daños que sufran los nacionales de un Estado por actos de ese Estado deben ser reparados conforme al derecho interno. Hoy por hoy Chile posee en la materia un régimen ampliamente desarrollado de responsabilidad pública⁶⁹, aunque probablemente tampoco convenga poner demasiadas expectativas en ella, con relación al Convenio.

34. La responsabilidad internacional del Estado presenta una ventaja indudable desde la perspectiva de la imputabilidad: al derecho internacional no le importa la estructura interna de instituciones del Estado transgresor, de modo que su responsabilidad surge sin consideración a la jerarquía funcional o normativa de sus actos. Legislador, gobierno o jueces, incluso si el daño deriva del ejercicio del poder constituyente en teoría, la responsabilidad se ve comprometida en idénticos términos. Frente al derecho internacional, el Estado tiene una unidad que priva de pertinencia las excusas vinculadas al origen institucional preciso del hecho ilícito que compromete su responsabilidad.

En contraste, lo que al derecho internacional resulta irrelevante no lo es para el derecho interno. La estructura institucional de poderes públicos puede tornar vanas las tentativas de hacer responsable al Estado por violación de instrumentos internacionales, en idénticos términos

⁶⁹ Véase. E. Barros (2006), p. 481 y ss.

que en el derecho internacional. La cuestión de la responsabilidad del Estado legislador, en particular, no parece demasiado auspiciosa, a pesar de las evoluciones que se advierten en la materia desde el derecho comparado⁷⁰. Por un reflejo de convicciones tradicionales de la teoría política, la idea de que el legislador incurra en culpa ha estado prácticamente excluida de cualquier análisis sobre esta materia, y correlativamente la única responsabilidad susceptible de concebirse intelectualmente se construía al margen de la culpa⁷¹. Algo de eso está cambiando al aceptarse la responsabilidad por consecuencias derivadas de la falta de adaptación normativa del derecho interno al derecho internacional. Aunque tampoco puede descartarse una evolución similar en Chile, no debe perderse de vista que en el régimen político institucional chileno los jueces ordinarios no son censores de la ley, de modo que habrá de encontrarse un mecanismo judicial específico que permita juzgar la obra legislativa conforme a su dignidad intrínseca.

En otros términos, sin perjuicio de los avances registrados por el principio de responsabilidad, tampoco hay que ilusionarse demasiado con ella. Mal que mal, la responsabilidad siempre busca definir las circunstancias bajo las cuales un daño debe mirarse como injusto, y tratándose de la frustración de expectativas de cambio del pacto republicano, esa injusticia es muy difícil de reconocer [...] al menos mientras el pacto republicano no cambie.

35. La efectividad del derecho internacional no se mide con indicadores análogos a los que rigen en el derecho interno.

Pretender que su vigencia habilita a los jueces a sacar conclusiones inmediatas sigue siendo una ilusión que no da cuenta de la com-

⁷⁰ Para el paradigma de derecho francés, v. el fallo del Consejo de Estado de 8 de febrero de 2007, *Gardedieu*, *Revue Française de Droit Administratif* 2007, p. 361 y ss. La sentencia hace responsable a la República francesa “en razón de las obligaciones que asume para asegurar el respeto de las convenciones internacionales por la autoridad pública”.

⁷¹ Históricamente, la responsabilidad del Estado por daños provocados por leyes se ha canalizado por medio de la idea de ruptura de la igualdad de las cargas públicas, que no supone efectuar juicios de valor sobre el contenido de la ley, sino sólo sobre sus efectos. La jurisprudencia deriva de un fallo del Consejo de Estado de 14 de enero de 1938, *Société anonyme des produits laitiers «La Fleurette»*, M. Long et alia, *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative* (París, Dalloz, 12ª ed., 1999), p. 325 y ss. En Chile, algún impacto de esta jurisprudencia se aprecia en la conocida sentencia recaída en el caso *Galletué*, Corte Suprema, 7 de agosto de 1984, *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (1984), vol. 81, sección 5ª, p. 181 y ss.

plejidad del régimen institucional. Por la textura abierta de sus reglas, los instrumentos internacionales son susceptibles de declinarse de muy diversas maneras en el plano interno. La discrecionalidad a que habilitan debe ejercerse fundamentalmente por los órganos dotados de competencias normativas. En casos extremos, el juez podrá eventualmente reconocer límites que el Estado simplemente no puede ignorar, como ocurriría incluso en caso de una abstención sistemática de la autoridad interna en orden a poner en aplicación las directivas provenientes del derecho internacional; pero indudablemente ese reconocimiento no habilita a los jueces a disponer ellos mismos la forma en que el derecho internacional ha de aclimatarse en el derecho interno⁷². La sujeción del derecho interno al derecho internacional suele regirse por parámetros de compatibilidad, no de mera conformidad⁷³, sin que el criterio de autoejecutabilidad de ciertos tratados (no obstante sus ventajas) sea una guía infalible para determinar la intensidad de las exigencias internacionales. Sin ir más lejos, el Tribunal Constitucional ha declarado que las reglas del Convenio 169 relativas a la consulta son autoejecutables, y aún así la forma en que la consulta ha de cobrar fuerza en los casos en que se la requiera sigue necesitando de una regulación más detallada que defina sus modalidades.

36. De lo anterior no se sigue que el derecho internacional carezca de consecuencias jurídicas en el derecho interno, pero éstas siguen situadas prioritariamente en el terreno político. Los compromisos internacionales que asume voluntariamente el Estado son obligatorios para éste, quien debe ajustar sus reglas y procedimientos a las orientaciones que plantean los instrumentos internacionales. Ahí reside precisamente la utilidad de estos instrumentos: al definir objetivos que deben alcanzarse, y que no pueden ser modificados o alterados por decisión unívoca del Estado, se erigen en exigencias irrenunciables que orientan significativamente las decisiones de los órganos políticos.

⁷² Así se explica el reconocimiento de un cierto efecto derogatorio a las disposiciones de tratados internacionales en materia de derechos humanos, como resulta del fallo del Tribunal Constitucional de 29 de septiembre de 2009, *inaplicabilidad Muñoz c/ Muñoz - Rol 1340*. En este caso se privó de eficacia al artículo 206 del Código Civil, que restringe la procedencia de acciones de reconocimiento de filiación, por estimar esas restricciones incompatibles con un “derecho a la identidad” previsto por varios instrumentos internacionales en el ámbito de los derechos del niño, infringiendo así el inc. 2º del art. 5º de la Constitución.

⁷³ Cf. C. Eisenmann (1957), p. 25 y ss.

La insuficiencia de las medidas que se han adoptado para enfrentar las cuestiones indígenas queda en evidencia por la forma recurrente en que siguen apareciendo conflictos sociales vinculados a esta materia. La entrada en vigencia del Convenio 169 es una ocasión valiosa para intentar poner remedio a esta situación, pero exige de la comunidad política una respuesta institucional que necesariamente debe provenir de la ley.

La idea de autoejecutabilidad de los tratados, por persuasiva que resulte para dar seriedad a los compromisos internacionales de los Estados, es susceptible de introducir perturbaciones en las concepciones institucionales del derecho. El ímpetu que han mostrado algunos autores en esta materia no se condice con los riesgos que encierra una propuesta como ésta.

El mejoramiento del estatus jurídico de los indígenas debe provenir de la ley, como una respuesta autoconsciente de la comunidad, particularmente en circunstancias que la orientación preconizada por el Convenio corresponde a un incremento de los derechos ciudadanos de los pueblos indígenas. Esta respuesta tiene que someterse a la deliberación política al más alto nivel. Asumir que su incorporación puede ser impuesta por los tribunales a partir de una interpretación ingenua del artículo 5° de la Constitución, pasando por alto la deliberación pública, daña el principio democrático y supone además correr el riesgo de resultar contraproducente.

Cuando de la sola lectura del Convenio se aprecia que sus disposiciones no fueron diseñadas para aplicarse directamente (“las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio”, art. 34), sostener lo contrario significaría —además de defraudar las propias expectativas del Convenio— entregar a los jueces la facultad de decidir el modo de concreción de sus disposiciones, despojando de fuerza normativa a los valores que intentaron resguardarse. Si la observancia del Convenio queda supeditada a los avatares de un pleito, entonces habrá tantas maneras de aplicarlo como jueces sean llamados a conocer de estos asuntos, sin contar los casos en que un mismo tribunal cambie de parecer de un juicio a otro. Sólo el establecimiento de reglas precisas por los representantes de la soberanía popular garantiza que la aplicación del Convenio responda a los propósitos que se han tenido en vista al tiempo de contraer estos compromisos.

BIBLIOGRAFÍA

- Aldunate, E. *Derechos Fundamentales*. Santiago: Legal Publishing, 2008.
- Anaya, J. *Los Pueblos Indígenas en el Derecho Internacional*. Traducción de L. Rodríguez-Piñero. Madrid: Trotta, 2005.
- Andrade, C. *Reforma de la Constitución Política de la República de Chile de 1980. Ley N° 18.825, publicada en el Diario Oficial del 17 de agosto de 1989*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1991.
- Balmaceda, E. *Disposiciones Programáticas de la Constitución de 1925*. Santiago: Edit. Universitaria, 1954.
- Barros, E. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006.
- Bello, A. *Etnicidad y Ciudadanía en América Latina. La Acción Colectiva de los Pueblos Indígenas*. Santiago: Cepal, 2004.
- Bertelsen, R. “Rango jurídico de los Tratados Internacionales en el Derecho Chileno”. *Revista Chilena de Derecho*, 23, 1996.
- Bordalí, A. *Tutela Jurisdiccional del Medio Ambiente*. Santiago: Editorial Fallos del Mes, 2004.
- Bravo, B. *Régimen de Gobierno y Partidos Políticos en Chile 1924-1973*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1978.
- Calabresi, G. y A. Douglas Melamed. “Reglas de Propiedad, Reglas de Responsabilidad y de Inalienabilidad: Una Vista de la Catedral”. *Estudios Públicos*, 63, 1996.
- Carrasco, S. “Iniciativas sobre Descentralización y Regionalización durante el Período de Vigencia de la Constitución Política de 1925”. *Revista Chilena de Derecho*, 24, 1997.
- Correa, R. “Tratados Internacionales bajo el Embrujo de Brown”. En Andrés J. d’Alessio, *Estado de Derecho y democracia: Un Debate Acerca del Rule of Law*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2001.
- . “Informe de Constitucionalidad Convenio OIT 169”. Documento de Trabajo, Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato, Subcomisión de Legislación. Santiago, 2002.
- . “Vulgarización por Constitucionalización”. *Derecho y Humanidades*, 11, 2005.
- Cuadra, M. “Los Derechos de Agua de Propiedad Ancestral de las Comunidades Atacameñas del Norte de Chile”. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, 2, 2000.
- Cumplido, F. “Alcances de la Modificación del Artículo 5° de la Constitución Política Chilena en Relación a los Tratados Internacionales”. *Revista Chilena de Derecho*, 23, 1996.
- De Laubadère, A., J.-C. Venezia y Y. Gaudemet. *Traité de Droit Administratif*, Tomo I. París: LGDJ, 1999, 15ª edición.
- Debaets, É. “Protection des Droits Fondamentaux et Participation de l’Individu aux Décisions Publiques”. *Jurisdoctoria*, 4, 2010.
- Eisenmann, C. “Le Droit Administratif et le Principe de Légalité”. En *Études et Documents du Conseil d’Etat*, 1957.
- Ferrajoli, L. *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta, 2007, 3ª edición.

- Fuentes, X. "El Derecho Internacional y el Derecho Interno: Definitivamente una Pareja Dispareja", 2007. En http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/XimenaFuentes_Spanish_.pdf (consultado en octubre de 2010).
- García de Enterría, E. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1981.
- González Pérez, J. y F. González Navarro. *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*. Madrid: Civitas, 2007, 4ª edición.
- Guzmán, A. *El Derecho Privado Constitucional de Chile*. Valparaíso: Editorial Universitaria de Valparaíso, 2001.
- Haarscher, G. "Droits de l'Homme". En Philippe Raynaud y Stéphane Rials (dirs.), *Dictionnaire de Philosophie Politique*. París: PUF, 2003, 3a edición.
- Hohfeld, W. *Conceptos Jurídicos Fundamentales*. Traducción de G. Carrió. México: Fontamara, 1991.
- Mañalich, J. P. *Terror, Pena y Amnistía. El Derecho Penal ante el Terrorismo de Estado*. Santiago: Flandes Indiano, 2010.
- Mohor, S. "Elementos de Juicio para la Interpretación del Artículo 5º inciso 2º de la Constitución de 1980". *Revista de Derecho Público*, 47/48, 1990.
- Mohor, S. y Fiamma, G. "La Jerarquía Normativa de los Tratados Internacionales". *Revista de Derecho Público*, 55/56, 1994.
- Montt, Santiago y Manuel Matta, "Una Visión Panorámica al Convenio OIT 169 y su Implementación en Chile". *Estudios Públicos* 121 (2011).
- Nogueira, H. "Los Tratados Internacionales en el Ordenamiento Jurídico Chileno". *Ius et Praxis*, 2, 1997.
- . "Los Derechos Esenciales o Humanos Contenidos en los Tratados Internacionales y su Ubicación en el Ordenamiento Jurídico Nacional: Doctrina y Jurisprudencia". *Ius et Praxis*, 9, 2003.
- Pérez Luño, A. "Las Generaciones de Derechos Humanos". *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* (Madrid), 1991.
- Quinzio, J. "Las Resoluciones de los Tribunales Internacionales en Materia de Derechos Humanos en Relación con el Ordenamiento Jurídico Interno. ¿Debe la Corte Suprema Acatamiento a los Órganos Supranacionales de Control?". *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, 23, 2002.
- Sierra, L. "La Constitución y los Indígenas en Chile: Reconocimiento Individual y No Colectivo". *Estudios Públicos*, 92, 2003.
- Silva, A. *Tratado de Derecho Constitucional, Tomo IV: La Constitución de 1980. Bases de la Institucionalidad. Nacionalidad y Ciudadanía. Justicia Electoral*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997.
- Soto, E. *Derecho Administrativo. Bases Fundamentales*, Tomo II. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1996.
- Starck, C. *La Constitution. Cadre et Mesure du Droit*. París-Marsella: Economica-PUAM, 1994.
- Urrutia, L. "Vulgarización sobre la Posesión en el Código Civil Chileno". *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 31, 1934.
- Valdivia, J. M. "Lo que Oculta la Transparencia". En R. Letelier y E. Rajévio, *Transparencia en la Administración Pública* (Actas de las VI Jornadas de Derecho Administrativo organizadas por la Universidad Alberto Hurtado). Santiago: Legal Publishing Chile, 2011. □