



**UNIVERSIDAD DE CHILE.
FACULTAD DE DERECHO.
DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL.**

**LAS CLÁUSULAS AUTOEJECUTABLES Y NO AUTOEJECUTABLES DEL CONVENIO
No. 169 DE LA OIT Y SU CUMPLIMIENTO Y APLICACIÓN EN CHILE.**

MEMORIA DE PRUEBA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Profesor guía: CLAUDIO TRONCOSO REPETTO

ANTONIO IGNACIO ORELLANA ZAPATA

**Santiago de Chile,
2020**

TABLA DE CONTENIDOS

Resumen	p.8.
Introducción	p.9.
Capítulo 1: La Doctrina de la Autoejecutabilidad	p.11.
1.1. Origen de la Doctrina de la Autoejecutabilidad en Estados Unidos.....	p.12.
1.2. Introducción de la Doctrina de la Autoejecutabilidad en Chile.....	p.17.
1.2.1. Consideraciones previas.....	p.17.
1.2.2. Antecedentes jurisprudenciales.....	p.20.
1.3. Características generales de la Doctrina de la Autoejecutabilidad.....	p.22.
1.3.1. El caso de los Tratados o disposiciones Autoejecutables o Self-Executing..	p.26.
1.3.1.1. Concepto de Autoejecutabilidad de un Tratado o disposición.....	p.26.
1.3.1.1.1. Conceptualización desde la óptica objetiva del carácter Autoejecutable.....	p.26.
1.3.1.1.2. Conceptualización desde la óptica subjetiva del carácter Autoejecutable.....	p.31.
1.3.1.2. Implicancias del carácter Autoejecutable.....	p.33.
1.3.2. El caso de los Tratados o disposiciones No Autoejecutables o Non-Self-Executing.....	p.34.
1.3.2.1. Concepto de No Autoejecutabilidad de un Tratado o disposición...p.35.	
1.3.2.2. Implicancias del carácter No Autoejecutable.....	p.36.
1.4. Condiciones y criterios para la determinación del carácter autoejecutable o no autoejecutable en el contexto nacional.....	p.42.
1.5. Observaciones y críticas generales.....	p.44.

Capítulo 2: Interacción general del Convenio con el ordenamiento jurídico nacional y aspectos relacionados a la Doctrina de la Autoejecutabilidad.....p. 52.

2.1. El Convenio N°169 De La OIT. Génesis y contenido general.....p. 52.

2.2. Procedimiento de incorporación del Convenio en el ordenamiento jurídico interno....p. 57.

2.2.1. Antecedentes generales de la suscripción del Convenio.....p. 59.

2.2.2. Aprobación Legislativa y Ratificación.....p. 60.

2.2.3. Entrada en vigor del Conveniop. 68.

2.3. Fundamentos normativos generales para la obligatoriedad de su cumplimiento.....p. 69.

2.4. Aplicabilidad doméstica del Convenio como área de incidencia de la doctrina de la autoejecutabilidad.....p.74.

2.5. El Convenio como Tratado Internacional en materia de DD.HH. y su relevancia a propósito de su autoejecutabilidad.....p.77.

2.6. Observaciones y críticas generales.....p. 81.

Capítulo 3: Interacción particular entre la Doctrina de la Autoejecutabilidad y el Convenio en el ordenamiento jurídico chileno, a la luz de su tratamiento jurisprudencial.....p.84.

3.1. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno.....p.84.

3.1.1. Sentencias Roles N°s. 309 y 1050 del TC: Fallos estructurales.....p.84.

3.1.1.1. Hechos.....p.84.

3.1.1.2. Consideraciones relativas a las Cláusulas Autoejecutables del Convenio.....p.85

3.1.1.3. Consideraciones relativas a las Cláusulas No Autoejecutables del Convenio.....p.96

3.1.2. Sentencias Roles N°s. 383, 1483 y 1504, del TC.....	p.104.
3.1.2.1. Hechos.....	p.104.
3.1.2.2. Consideraciones relevantes asociadas a las categorías Autoejecutable y No Autoejecutable de normas en el Convenio.....	p.105.
3.1.3. Sentencia Rol N° 1988-11-CPT, del TC.....	p.107.
3.1.3.1. Hechos.....	p.107.
3.1.3.2. Consideraciones relevantes asociadas a las categorías Autoejecutable y No Autoejecutable de normas en el Convenio.....	p.108.
3.1.4. Sentencia, Roles N°s. 2387-12-CPT y 2388-12-CPT, acumulados, del TC.....	p.113.
3.1.4.1. Hechos.....	p.113.
3.1.4.2. Consideraciones relevantes asociadas a las categorías Autoejecutable y No Autoejecutable de normas en el Convenio.....	p.114.
3.1.5. Sentencia, Rol N.° 2523-13-CDS, del TC.....	p.120.
3.1.5.1. Hechos.....	p.120.
3.1.5.2. Consideraciones relevantes asociadas a las categorías Autoejecutable y No Autoejecutable de normas en el Convenio.....	p.121.
3.2. Jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia Chilenos.....	p.124.
3.2.1. Delimitación de la preceptiva que resulta autoejecutable en el Convenio a la luz de nuestros tribunales superiores de justicia.....	p.125.
3.2.2. Consideraciones relativas al grado de manifestación del carácter autoejecutable de la consulta indígena en el ordenamiento jurídico interno: la evolución desde una tesis restrictiva, a una más cercana a los estándares internacionales.....	p.128.
3.2.3. Consideraciones relativas a otras disposiciones del Convenio.....	p.135.

3.3. Observaciones y críticas generales al tratamiento jurisprudencial chileno, especialmente a la luz del estatus de tratado en materia de DD.HH. del Convenio.....p.143.

3.3.1. Necesidad de incorporar en el análisis relativo a la autoejecutabilidad de la normativa del Convenio, la pluralidad de aspectos derivados de su calidad de tratado en materia de DD. HH.....p.144.

3.3.2. Concepción predominantemente objetiva a la hora de determinarse el carácter autoejecutable en el Convenio, y la necesidad de incorporar en su análisis, las condiciones y aspectos subjetivos derivados de su calidad de tratado en materia de DD.HH.....p.145.

3.3.3. El artículo 5, inciso 2°, de la CPR, y su interacción con respecto a la autoejecutabilidad de la normativa del Convenio.....p.151.

3.3.4. Crítica a la delimitación de la preceptiva que resulta autoejecutable en el Convenio: la inclusión parcializada del artículo 15 dentro de la categoría de normas self-executing.....p.154.

3.3.5. Crítica a la conceptualización del carácter autoejecutable en el Convenio, desarrollada por nuestra jurisprudencia.....p.161.

3.3.6. Necesidad de ajustar a los estándares internacionales la caracterización de la consulta indígena, y su importancia a la hora de examinar la traducción de su carácter autoejecutable.....p.171.

3.3.7. Consideraciones relativas a la jerarquía normativa del Convenio, y la necesidad de reconocer un estatus constitucional, a los DD.HH. autoejecutables que establece.....p.176.

3.3.8. La pretensión de gobernanza global del derecho internacional, y la autoejecutabilidad de la normativa del Convenio.....p.184.

3.3.9. Necesidad de desarrollar pronto y de buena fe, la normativa necesaria que de curso efectivo a la preceptiva del Convenio.....p.186.

Conclusiones.....p.188.

Bibliografía.....p.196.

***A mi familia y amigos; a pía y a poonka;
Y especialmente a mis abuelos,
por su invaluable compañía
y apoyo
a lo largo de todo este proceso.***

RESUMEN

La presente memoria tiene por objetivo dilucidar el tratamiento específico del que ha sido objeto el Convenio N°169 sobre pueblos indígenas y tribales de la Organización Internacional del Trabajo a la luz de la doctrina de la autoejecutabilidad en el ordenamiento jurídico nacional.

En esa línea, la investigación propuesta busca constituir un aporte en la tarea de esclarecer una las diversas problemáticas asociadas a la implementación de éste polémico tratado en nuestro derecho interno. Si bien es posible identificar una multiplicidad de factores y debates que interactúan en aquello, el estudio de esta problemática resulta fundamental, por cuanto la distinción entre cláusulas autoejecutables y no autoejecutables que se establece a partir de esta doctrina, se encuentra íntimamente ligada a lo que a su aplicabilidad doméstica se refiere, ligándose directamente a la obligación del Estado de Chile de darle cumplimiento de buena fe, atendidas ciertas particularidades, como por ejemplo su calidad de tratado internacional en materia de Derechos Humanos.

Con el objeto de dilucidar lo anterior, se comenzará revisando, en primer término, los aspectos fundamentales sobre los que se origina y construye la doctrina de la autoejecutabilidad, para luego revisar los elementos estructurales del Convenio y las complejidades asociadas a su procedimiento de incorporación a nuestro derecho interno, en lo pertinente a esta materia. Una vez vistos estos dos ejes, se procederá en la tarea de relacionarlos, analizando la interacción particular que se verifica entre la doctrina de la autoejecutabilidad y el Convenio, a la luz del tratamiento jurisprudencial chileno, buscando dilucidar la forma en que se ha llevado a cabo el cumplimiento y aplicación de sus cláusulas autoejecutables y no autoejecutables en el plano doméstico.

INTRODUCCIÓN

El Convenio No.169 (en adelante, “el Convenio”) sobre pueblos indígenas y tribales (en lo sucesivo, “pueblos indígenas” o “pueblos”) de la Organización Internacional del Trabajo (en lo que sigue, “OIT”), fue adoptado en el año 1989 “en un momento de creciente preocupación internacional por los derechos de los pueblos indígenas”¹ .

Si bien el establecimiento de un tratado internacional específico en materia indígena, constituía una problemática que habitualmente no trataba la OIT, pudiendo interpretarse como una anomalía el hecho que la tratase, aquello operó como consecuencia de razones históricas principalmente², a partir de la preocupación que experimentarían la misma hacia los trabajadores rurales, dentro de los cuales justamente se hallaba parte importante de población indígena, pero con una configuración del todo diversa, al involucrar un complejo conjunto de aspectos, caracterizados por el avanzado proceso de pérdida cultural del que eran objeto, y su innegable desconsideración en la toma de decisiones que atañían a sus procesos de desarrollo. En esa línea, una regulación coherente con dicha problemática no podía limitarse a consideraciones meramente laborales, sino que debía ir más allá, considerando factores y elementos más amplios, cuya comprensión era imposible dilucidar sin una perspectiva histórica, comprensiva de sus particularidades culturales.

Tal conjunto de elementos daría origen primeramente al Convenio N°107 de la OIT³. Sin embargo, dada su insuficiencia, se hizo necesario elaborar un nuevo instrumento que dejara atrás uno de orden asimilacionista, por uno que tuviera como eje central el fortalecimiento de la autonomía de estos pueblos como paradigma. Tal necesidad daría paso finalmente al Convenio N°169 de la OIT en el año 1989, con especial relevancia en el establecimiento de mecanismos de consulta y participación, en relación a todas aquellas decisiones que afectarían sus procesos de desarrollo, en el contexto de un mundo globalizado.

¹ LEARY, Virginia (1999). “La utilización del Convenio N.º 169 de la OIT para proteger los derechos de los pueblos indígenas”. [En línea]. <<https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/2102/utilizacion-convenio-n169-1999.pdf>> [Fecha de consulta: 1-10-2018]. p. 16.

² Ibíd. p. 17.

³ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2013). Manual para los mandantes tripartitos de la OIT. Comprender El Convenio Sobre Los Pueblos Indígenas Y Tribales, Vol.I. Ginebra. Suiza: oficina Internacional del Trabajo. [En línea]: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/publication/wcms_205230.pdf> [Fecha de Consulta: 12-01-2018]. p. 4.

De esta forma, si bien el Convenio sería ratificado por nuestro país en el año 2008, entrando en vigencia un año después, a poco más de 10 años de su entrada en vigor, su implementación aún no ha estado exenta de polémicas, involucrándose una serie de factores, entre los que destaca precisamente el relativo a la doctrina de la autoejecutabilidad.

A ese efecto, el inicio de dicha problemática tendría lugar, justamente, a partir de la sentencia Rol N°309 del Tribunal Constitucional (En adelante, "TC"), del 4 de agosto del año 2000, el que recurriría a la presente doctrina para resolver un requerimiento de inconstitucionalidad presentado en contra del Convenio, estableciendo en definitiva la clasificación entre cláusulas autoejecutables y no autoejecutables en los tratados⁴.

Así las cosas, esta doctrina terminaría permeando finalmente en nuestro derecho interno, estableciendo, inicialmente, que no bastaba sólo la entrada en vigor de un tratado, sino que además era necesaria la concurrencia del carácter autoejecutable para que pudiera ser susceptible de aplicarse inmediata y directamente en el plano doméstico. En caso contrario, surgía una obligación por parte del Estado, consistente en desarrollar la normativa necesaria para dotarlas de dicho carácter, atendidas sus obligaciones internacionales para darle un cumplimiento de buena fe. De esta forma, esta doctrina terminaría operando esencialmente en lo relacionado a la aplicabilidad doméstica del Convenio, no en su obligatoriedad, condicionando su aplicación sobre la base de determinados requerimientos.

En conformidad a lo señalado, el debate sobre esta doctrina termina configurándose como una problemática situada esencialmente en el ámbito doméstico, resultando relevante la determinación de una u otra categoría, por cuanto la concurrencia de una u otra termina resolviendo, por ejemplo, la posibilidad de que un juez chileno la aplique directamente en un conflicto interno, o bien, deba ser objeto de un desarrollo reglamentario o legislativo posterior.

Tal determinación resulta del todo significativa para hacer efectivos los derechos que el Convenio establece, al estar directamente involucradas a lo que a su aplicabilidad doméstica se refiere, e íntimamente ligada a lo que la obligación de darle cumplimiento de buena fe implica, razones por las cuales se busca en la presente investigación, desentrañar como se ha desplegado en nuestro país la interacción entre esta doctrina y el Convenio a la

⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N° 309, sentencia de 4 de agosto del 2000, Considerando 48.

luz de nuestra jurisprudencia, acompañando las discusiones y críticas pertinentes a cada una de las aristas relacionadas, a poco más de 10 años de su entrada en vigor en nuestro país.

CAPÍTULO 1: LA DOCTRINA DE LA AUTOEJECUTABILIDAD.

Como antecedente directo y necesario para lograr los objetivos propuestos en la presente memoria, resulta imprescindible desarrollar, en primer término, los aspectos fundamentales sobre los que se construye la doctrina de la autoejecutabilidad. Una vez vistas sus características esenciales, creemos pertinente abordar la interacción que se verifica entre la misma y el Convenio en el plano doméstico.

En esa línea, antes de pasar a los puntos siguientes, estimo pertinente contar con anticipación, con una noción básica de lo que significa esta doctrina originada en el derecho Estadounidense. En ese sentido, destaca la académica Jeannette Irigoín, que “el derecho internacional contemporáneo ha elaborado un concepto fundamental para determinar cuándo una norma internacional es directamente aplicable en el ordenamiento interno de un Estado o cuando requiere de un proceso transformación. Tal concepto es de ‘autoejecutividad’ (self executing) de la norma y aun cuando ha sido elaborado principalmente en relación con las disposiciones de los tratados, también se aplica a las normas internacionales consuetudinarias”⁵. A ese efecto, la presente doctrina establece básicamente una distinción entre normativa autoejecutable y no autoejecutable con relación a un tratado, incidiendo medularmente en la susceptibilidad de su aplicabilidad doméstica con base a determinados requerimientos.

Atendida estas nociones preliminares, resulta relevante en primer término, abordar sucintamente los puntos principales que configuraron la génesis de esta doctrina en Estados Unidos (en adelante EE. UU.), para luego desarrollar los lineamientos centrales de su introducción en nuestro país, y el estudio relativo a la conceptualización, implicancias y criterios para la concurrencia del carácter autoejecutivo o no autoejecutivo.

⁵ IRIGOIN, Jeannette (1996). La convención americana de derechos humanos como derecho interno chileno. Revista Chilena de Derecho, Vol. 23, No. 2/3, Tomo I: Aplicación del derecho internacional en Chile: doctrina (Mayo-Agosto 1996), pp. 299-307 Published by: Pontificia Universidad Católica de Chile. [en línea]<<https://www.jstor.org/stable/41609391>> [consulta: 29-11-2018]. p.299.

1.1. ORIGEN DE LA DOCTRINA DE LA AUTOEJECUTABILIDAD EN EE. UU.

Con el objeto de contar con una comprensión más integral de esta doctrina, resulta necesario tratar primeramente los aspectos centrales de su origen en el Derecho Estadounidense, por cuanto “en dicho país nació la señalada clasificación, teniendo a la fecha el cuerpo doctrinal más acabado sobre la materia”⁶. De allí la relevancia de abordar este punto, para efectos de contar con una comprensión más integral de esta problemática surgida en el siglo XIX.

En virtud de lo anterior, como primera arista fundamental, cabe destacar lo dispuesto por la propia Constitución Norteamericana, cuyo precepto medular en dicha materia, la llamada Cláusula Suprema, destaca específicamente en su Artículo VI, numeral segundo, que:

“Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos, a pesar de cualquier cosa en contrario que se encuentre en la Constitución o las leyes de cualquier Estado”⁷

En efecto, como es posible notar, la constitución norteamericana cuenta con una disposición que se refiere expresamente a la aplicabilidad interna de los Tratados Internacionales, donde tal artículo, además de constituir el germen de la discusión en dicho país, constituye una de las diferencias fundamentales con respecto a nuestro ordenamiento jurídico interno, en que la introducción de esta doctrina ha sido obra de la doctrina y jurisprudencia sustancialmente, según veremos.

⁶ MONTT, Santiago (2005). Aplicación de los tratados bilaterales de protección de inversiones por tribunales chilenos. responsabilidad del estado y expropiaciones regulatorias en un mundo crecientemente globalizado. Revista Chilena de Derecho, 2005, 32 (enero-abril), ISSN 0716-0747, Pontificia Universidad Católica de Chile Santiago, Chile, pp. 19-78. [En línea]: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=177021316003>>. [Consulta: 10-12-2018], p.34.

⁷ www.senate.gov. (2018). United States Senate, Constitution of the United States. [En línea] <https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#a6> [Consulta: 10-12-2018]. Traducción disponible en: [En línea] <https://www.constitutionfacts.com/content/constitution/files/USConstitution_Spanish.pdf> [Fecha de consulta: 10-12-2018].

Atendido tal antecedente, existe consenso en que el origen de la doctrina de la autoejecutabilidad tuvo lugar esencialmente en la famosa sentencia Foster v. Neilson del año 1829 en Estados Unidos⁸⁻⁹. La problemática basal del fallo, sometido al conocimiento de la Corte Suprema de dicho país, radicó fundamentalmente en la discusión de si un Tratado celebrado entre Estados Unidos y España, otorgaba o no derechos de propiedad sobre terrenos particulares ubicados en el territorio de Luisiana, según sostenían los demandantes.

Para responder a dicha interrogante, los jueces se vieron en la necesidad de conciliar, por una parte, la autonomía de los Estados Federados, con lo establecido en la Cláusula Suprema, por el otro (que, desde un punto de vista literal, los elevaba a un estatus federal). De allí que se hiciera patente la necesidad de establecer un mecanismo que velara por una razonable aplicación de los Tratados Internacionales en el plano interno, conciliando los distintos aspectos involucrados.

La respuesta a dicha problemática justamente daría paso a la doctrina de la autoejecutabilidad, señalándose que su origen explícito vendría dado por la famosa fórmula utilizada por el juez Marshall en la resolución del caso en comento (célebre Ex Presidente de la Corte Suprema de los EE. UU.), quién, interpretando la Constitución de 1828 de EE. UU., sostuvo que “nuestra Constitución declara los tratados como ley del país (Law of the Land). En consecuencia, deben ser considerados por las cortes como equivalentes a un acto de la Legislatura, siempre que operen por sí mismos, sin la ayuda de ninguna norma legislativa. Pero cuando los términos de la estipulación importan un contrato —cuando cualquiera de las partes se encuentra obligada a realizar un determinado acto—, el tratado se dirige a los órganos políticos, no a los judiciales; y la Legislatura debe ejecutar el contrato antes de que llegue a ser una regla para las cortes”¹⁰.

Así las cosas, nacería la clasificación entre normas autoejecutables y no autoejecutables de los tratados. Las primeras serían aquellas que operan por sí mismas a la

⁸ Véase: U.S. Supreme Court, Foster & Elam v. Neilson, 27 U.S. 2 Pet. 253 (1829). Sin perjuicio de lo anterior, se ha sostenido que la presente doctrina se manifestó anteriormente en: Ware v. Hylton, 3 U.S. 3 Dall. 199 199 (1796).

⁹ Véase a este respecto: IWASAWA, Yuji (1986). The Doctrine of Self-Executing Treaties in the United States: A Critical Analysis. Virginia Journal of International Law, N° 26, pp. 627-692. p. 635 y ss.

¹⁰ Foster v. Neilson, 27 U.S. 253, p. 314. En: MONTT, Santiago y MATTA, Manuel (2011). “Una visión panorámica al Convenio OIT 169 y su implementación en Chile”. En: Estudios Públicos del Centro de Estudios Públicos de Chile N°121. pp. 133-212. [En línea] <<https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160304/asocfile/20160304095447/rev121_SMontt_MMatta.pdf>> [Fecha de consulta: 18-12-2018], p. 158. Nota N°79 (Traducción de los Autores).

hora de constituir una regla para las cortes, sin necesidad de una implementación legislativa previa por parte del Congreso, es decir, denotando la necesaria autosuficiencia normativa para poder ser dirigidas al órgano judicial respectivo, y, en ese caso, ser aplicables directamente en la resolución de un conflicto interno. En caso contrario, es decir, al no ser autoejecutables, deberán dirigirse previamente al órgano legislativo para que desarrolle la implementación legislativa respectiva, y así poder constituir una regla para los tribunales¹¹. Tal planteamiento, consecuentemente, implicó resolver que, en el caso en comento, el Tratado entre EE. UU. y España no otorgaba derechos de propiedad sobre aquellos terrenos particulares ubicados en el antiguo territorio de Luisiana, toda vez que, sustancialmente, los términos del tratado requerían de un acto legislativo posterior que validara tales derechos¹².

Sin perjuicio de lo desarrollado hasta ahora, cabe señalar que el nacimiento de esta doctrina no estaría exenta de polémicas, principalmente por la evidente tensión que se generaba con respecto a la llamada Cláusula Suprema, es decir, “¿cómo podría considerarse a un tratado internacional debidamente ratificado por el Congreso como *supreme law of the land* y no poder ser, al mismo tiempo, aplicado por las cortes y tribunales de los estados?”¹³. Como señala Carlos Vásquez, “Se ha establecido una distinción en la ley de los Estados Unidos entre los tratados que son "autoejecutables" y los que no lo son. La naturaleza precisa de esta distinción, de hecho, su existencia misma es motivo de cierta controversia y mucha confusión. Más de un tribunal federal inferior ha declarado que la distinción es la "más confusa" en la ley de tratados de los Estados Unidos. Una tremenda cantidad de estudios ha tratado de aclarar esta distinción, pero el observador honesto no puede dejar de estar de acuerdo con la observación de John Jackson de que "el volumen sustancial de la escritura académica sobre este tema aún no ha resuelto la confusión" que lo rodea.”¹⁴.

¹¹ VÁZQUEZ, Carlos (1995). The Four Doctrines of Self-Executing Treaties (1995). American Journal of International Law, Vol. 89, pp. 695-723, 1995; Georgetown Public Law Research Paper No. 12-101. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2114443>. p. 695. “At a general level, a self-executing treaty may be defined as a treaty that may be enforced in the courts without prior legislation by Congress, and a non-self-executing treaty, conversely, as a treaty that may not be enforced in the courts without prior legislative ‘implementation’ ”.

¹² Véase: Foster v. Neilson, 27 U.S. 253, (1829), p. 314.

¹³ LAMBETH, George (2015). Consideraciones para un tratamiento dogmático de las categorías de autoejecutabilidad y no-autoejecutabilidad de las normas de los tratados internacionales. Revista de Derecho. Escuela de Postgrado, (7), pp. 43 - 60. doi:10.5354/0719-5516.2015.37263. [en línea] <<https://revistas.uchile.cl/index.php/RDEP/article/view/37263/38803>> [Fecha de consulta: 20-12-2018], p 49.

¹⁴ VÁZQUEZ, Carlos (1995). Op. Cit., p. 695. (traducción propia).

Atendido el contexto de la discusión norteamericana, George Lambeth grafica el debate en torno a dos posiciones bien marcadas. Por una parte, destaca un enfoque que puede ser denominado Internacionalista, el que sostiene que: "(...) la interpretación correcta de la Cláusula Suprema en conjunto con los fallos de la Corte Suprema suponen entender que habría una presunción por el carácter self-executing de los tratados internacionales. En tal sentido, los tratados internacionales serían directamente aplicables por las cortes y tribunales del país del mismo modo que lo sería una ley común y corriente o, incluso la propia Constitución"¹⁵. Entre otros aspectos, argüían que la presunción de autoejecutabilidad guardaba mayor fidelidad con la historia del establecimiento de la Cláusula Suprema y sus objetivos al brindarles estatus federal a los tratados¹⁶.

Contrario a la postura recién expuesta, destaca aquella con un enfoque más Nacionalista, "quienes afirman que una correcta interpretación de las fuentes lleva necesariamente a la conclusión de que habría una presunción de no autoejecutabilidad, que esa interpretación es respetuosa de la Cláusula Suprema y el rule of law y que las interpretaciones del Juez Marshall en Foster y Percheman son correctas sí, y solo sí, son leídas al modo que lo hace la Corte Suprema en el caso Medellín v. Texas"¹⁷.

A este respecto, Curtis Bradley señala, con base al trabajo del académico John Yoon¹⁸, que "La comprensión original de los Fundadores constitucionales era que los tratados no funcionarían como leyes nacionales cuando (como suele ser el caso hoy en día) abordarían asuntos que caen dentro del alcance de la autoridad legislativa del Congreso. En un artículo posterior, Yoo argumentó que exigir la implementación legislativa de muchos tratados también está respaldado por texto y estructura constitucional. Como alternativa a su reclamo constitucional, Yoo sostuvo que al menos debería haber una presunción contra la autoejecución del tratado, de modo que los creadores del tratado deberían emitir una "declaración clara" si querían que un tratado se autoejecutara"¹⁹.

¹⁵ LAMBETH, George. Op. cit., 2015, p 46.

¹⁶ *Ibíd.*, p 48. "(...) el objetivo principal de la determinación de la Cláusula Suprema en lo que respecta a los tratados internacionales fue precisamente reconocer el estatus federal de éstos y la obligación de los estados de implementarlas".

¹⁷ *Ibíd.*, p 47.

¹⁸ Véase: YOO, J. (1999). Treaties and Public Lawmaking: A Textual and Structural Defense of Non-Self-Execution. *Columbia Law Review*, 99(8), 2218-2258. doi:10.2307/1123610.;

¹⁹ BRADLEY, C. (2008). Self-Execution and Treaty Duality. *The Supreme Court Review*, 2008(1), 131-182. doi:10.1086/655124, p. 135 (traducción propia).

Atendidas, a grandes rasgos, las dos perspectivas que configuran el debate estadounidense, Lambeth establece que la postura que se ha inclinado como predominante es aquella de corte más nacionalista, toda vez que “el fallo contenido en *Medellín v. Texas* modificó el panorama permitiendo un giro claro y más categórico para la presunción de la no autoejecutabilidad de los tratados internacionales”^{20,21}.

Tal fallo, pronunciado en el año 2008, a partir de la sentencia emitida por la Corte de Distrito del Condado de Harris, en Houston Texas (en el que José Medellín fuera sentenciado a muerte), sería llevado a cabo, en oposición a la decisión emitida por la Corte Internacional de Justicia en el año 2004, a la luz de lo resuelto en el caso *Avena* y otros nacionales mexicanos²², la que resolvió que EE.UU. había violado el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares²³. En efecto, justamente a partir de un recurso de certiorari interpuesto ante la Suprema Corte de EE. UU. por Medellín, ésta resolvería que “las cortes estadounidenses, y en particular la Corte del estado de Texas, no están obligadas a cumplir con las decisiones de la Corte Internacional de Justicia; se requiere un proceso legislativo a fin de incorporar tales decisiones al orden interno de la unión americana”²⁴. Como es posible notar, la no procedencia del carácter autoejecutable operó como argumento para dejar sin efecto el fallo de la Corte Internacional de Justicia.

Habiendo revisado desde una perspectiva general el debate norteamericano, si bien no constituía objeto de esta memoria, resultaba del todo interesante su consideración para efectos de una mayor comprensión de la problemática. Como bien señala Montt, “reconociendo que la determinación de la calidad de self-executing es una pregunta esencialmente de derecho interno –punto que debe acentuarse–, es de todas formas indispensable dar una mirada al derecho comparado previo a resolver el tema entre nosotros”²⁵. De allí su relevancia para efectos de comprender su interacción en Chile.

²⁰ LAMBETH, George. Op. cit., 2015, p. 50.

²¹ Véase: *Medellín v. Texas*, 552 U.S. (2008) (Nº 06-984).

²² Véase: *Case Concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico vs. United States of America)* Judgment, ICJ Rep. 2004, p. 12.

²³ Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963. Véase artículo 36.

²⁴ *Medellín vs. Texas*, 128 S. Ct. 1346 (US 2008) (Núm. 06-984). En: ARROCHA, Pablo. (2009). *Caso Medellín vs. Texas*. Comentarios al fallo de la Suprema Corte de los Estados Unidos, así como a la solicitud de interpretación del fallo *Avena* del 31 de marzo de 2004, presentada a la Corte Internacional de Justicia por México en junio de 2008. *Anuario mexicano de derecho internacional*, 9, 677-705. [En línea] http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542009000100022&lng=es&tlng=es. [Fecha de consulta: 10-03-2019]

²⁵ MONTT, Santiago, Op, Cit., 2005, p.34.

1.2. INTRODUCCIÓN DE LA DOCTRINA DE LA AUTOEJECUTABILIDAD EN CHILE.

Atendidos los aspectos centrales del origen de la doctrina de la autoejecutabilidad, cabe pasar a revisar, desde un punto de vista general, como obró su introducción en nuestro país, para lo cual cabe destacar inicialmente ciertas particularidades de nuestro ordenamiento jurídico interno que permiten comprender su importación, para luego revisar brevemente como operó su recepción jurisprudencial.

1.2.1. CONSIDERACIONES PREVIAS.

Con el objeto de robustecer nuestro análisis, cabe traer a colación ciertas aristas conforme las cuales es posible comprender la introducción de esta doctrina norteamericana en el plano doméstico.

En ese sentido, cabe destacar, primeramente, como pilar estructural a lo señalado, el hecho mismo de que “el Derecho Internacional no impone a los Estados una modalidad determinada para introducir sus normas en el plano interno; sólo les impone la obligación de asegurar el cumplimiento de las reglas de Derecho Internacional. Corresponde, pues, a cada Nación establecer las modalidades de recepción en su Constitución, en su legislación o en su práctica judicial y administrativa”²⁶. En efecto, atendida tal circunstancia, considero que justamente en dicho sentido nos es posible comprender la introducción de esta doctrina en el ámbito nacional. Básicamente, se faculta a los propios Estados para determinar la forma de cumplir de buena fe un tratado, pudiendo perfectamente recurrir a elementos del derecho comparado para regular la aplicabilidad de los mismos, como lo es la introducción de la doctrina de la autoejecutabilidad.

En efecto, justamente una clara manifestación de lo anterior lo constituye el artículo 34 del Convenio, el cual reza que: “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”²⁷.

²⁶ BENADAVA, Santiago (2004). Derecho Internacional Público. Santiago, Chile: Editorial Lexis Nexis. ISBN 956-238-486-1. 8° edición. p. 80.

²⁷ CONVENIO N° 169 DE LA OIT (1989). Disponible en: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=279441>>

De allí que, entre otros aspectos, sea posible comprender la utilización de esta doctrina como una forma legítima por medio de la cual el Estado de Chile busca dar solución a los problemas de aplicación interna de los tratados, cuestión a la que no está libre el Convenio. En líneas generales, como señala Montt y Matta “(...) esta forma de inaplicación de tratados por vía judicial no es una mala idea: el ordenamiento interno no queda entregado sin más a los negocios, buenos o malos, que puedan hacer los representantes del Estado en el plano internacional²⁸”.

Como segundo elemento significativo, destaca el hecho de que nuestro país se ha perfilado como un Estado predominantemente Dualista. Sin perjuicio de que varios autores consideran la discusión en torno a las teorías Monista y Dualista ya superada, principalmente porque que no se verifica de manera estricta el seguimiento de una u otra postura en la praxis²⁹, cabe destacar, sin embargo, su utilidad para explicar las relaciones existentes entre el derecho internacional y el derecho interno, y la perspectiva que subyace a la introducción de la doctrina de la autoejecutabilidad en nuestro país.

En tal sentido, es posible advertir que nuestro país se inclinaría preferentemente por una perspectiva dualista, pero moderada. Entre otros autores, Montt y Matta comparten esta perspectiva al señalar que: “Este dualismo moderado difícilmente puede ser disputado si se acepta, primero, la necesidad de promulgación y publicación de los tratados para su vigencia interna —lo que implica una fecha de vigencia interna distinta de la del plano internacional, que corresponde a la ratificación del tratado—; segundo, el requisito que los tratados sean autoaplicables —que constituye una evidente forma de inaplicación interna—; y tercero, la potestad del Tribunal Constitucional de declarar inaplicable una disposición de un tratado —pues en dicho caso, a pesar de la inaplicabilidad, el país seguirá obligado en el plano internacional (salvo inconstitucionalidad manifiesta)^{30,31}”.

²⁸ MONTT, Santiago y MATTA, Manuel. Op. cit., 2011, p. 160-161.

²⁹ Respecto a la teoría Dualista: “Sus más notables exponentes son Triepel y Anzilotti. Según ella, el derecho internacional y el derecho interno son dos órdenes jurídicos diferentes y separados el uno del otro: el derecho internacional emana del acuerdo entre Estados (pacta sunt servanda); el derecho interno deriva de la voluntad exclusiva de un Estado; Respecto a la teoría Monista: “(...) Según Kelsen, todo el Derecho constituye una unidad normativa, un sistema único en que las normas están subordinadas jerárquicamente unas a otras; dentro de esta jerarquía el derecho interno está subordinado al derecho internacional, del cual es sólo una derivación”; “(...) pero hoy este debate se encuentra casi agotado. Ninguno de los dos sistemas expuestos -monismo y dualismo- está enteramente reflejado en la práctica; ésta ha solucionado los problemas concretos siguiendo criterios pragmáticos y sin sujeción estricta”. Véase: BENADAVA, Santiago. Op. Cit., 2004. p. 77-79.

³⁰ MONTT, Santiago y MATTA, Manuel. Op. Cit., 2011, p. 164-165.

³¹ Véase: *Ibíd.* p. 163-164. “(...) En nuestra opinión, Chile es un país que puede caracterizarse como dualista moderado, con lo que la ineficacia y/o invalidez en el plano interno no guardan una relación necesaria e

Lo expuesto, entre otros aspectos, permite sostener que la introducción en Chile de la doctrina de la autoejecutabilidad, a la hora de condicionar la aplicabilidad doméstica de un tratado, constituye una manifestación de una óptica predominantemente Dualista. El hecho de que nuestro país obedezca de manera predominante a tales parámetros, pero moderados en cierta medida, permite entender, por ejemplo, que la no incorporación automática del Convenio en nuestro derecho, y por tanto, la no aplicabilidad inmediata del mismo, sin antes verificarse determinados requerimientos (entre los cuales se encuentra la necesaria concurrencia de su autoejecutabilidad), son comprensibles, justamente, a partir de esta posición adoptada por nuestro país en su interacción con el derecho internacional.

Sin perjuicio de lo anterior, se aducen ciertas particularidades respecto a los tratados internacionales de Derechos Humanos (en adelante DD.HH.) que, a diferencia de los Tratados ordinarios, son objeto de un especial tratamiento, en virtud, por ejemplo, de lo dispuesto por el artículo 5, inciso segundo, de nuestra Constitución Política de la República³²(en adelante “CPR”). Si bien abordaremos esta disposición con mayor detención más adelante, a propósito del carácter autoejecutable del Convenio, existen posturas que defienden una perspectiva Monista de los derechos humanos, con importantes implicancias, incluso respecto a su carácter autoejecutable, según veremos³³.

Finalmente, como tercer elemento significativo, destaca la ausencia de una disposición de derecho interno que se refiera a la aplicabilidad directa de los Tratados Internacionales en Chile³⁴. En efecto, según destacamos con anterioridad, a diferencia de EE. UU., en Chile “no hay ninguna cláusula expresa que establezca la aplicabilidad directa de los tratados internacionales. Aquí está el problema que configura el debate nacional por la

indispensable con la eficacia e inderogabilidad en el plano internacional. Esto significa que el Estado mantiene la capacidad de inaplicar un tratado en el plano interno, tanto por ley posterior, por declaración de no autoejecutabilidad —que corresponde a cualquier tribunal— como también por sentencia del Tribunal Constitucional en control represivo. Conforme a esta interpretación, el artículo 54 N.º 1 inciso 5º de la Constitución es coherente con el artículo 27 de la Convención de Viena, y sólo se refiere al plano internacional”.

³² CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE (1980), Artículo 5, inc. 2º: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

³³ Véase: MONTT, Santiago y MATTA, Manuel. Op. Cit., 2011, p. 166.

³⁴ Si bien la CPR, respecto a la incorporación de los Tratados Internacionales, destaca a sus artículos 5º inc. 2º, 32 nº15, 54 nº1, y 93 nº1, fundamentalmente, se ha criticado que la regulación es escasa en dicha materia, razones por las cuales tal vacío ha venido a ser llenado por la doctrina y la jurisprudencia respectiva.

autoejecutabilidad de los tratados internacionales”³⁵. Dado lo anterior, “La adopción de un sistema de ejecución interna general de normas de tratados internacionales ha sido obra de la doctrina y la jurisprudencia nacional en ausencia de un texto expreso constitucional o legal”³⁶. En consecuencia, tal vacío ha venido a ser desarrollado por la doctrina y jurisprudencia respectiva, encontrando, a partir de tal ausencia, la justificación de la importación de la doctrina de la autoejecutabilidad en Chile. Con base a todo lo desarrollado, si bien es posible considerar otros factores, el conjunto de elementos destacados constituyen las aristas principales conforme las cuales es posible comprender la introducción de esta doctrina en el país.

1.2.2. ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES.

En contacto con los antecedentes señalados que, en líneas generales, permiten comprender la importancia de la doctrina de la autoejecutabilidad en nuestro país, cabe pasar a revisar brevemente su recepción en la jurisprudencia, sosteniéndose medularmente que la primera interacción explícita de esta doctrina con nuestro ordenamiento interno, tuvo lugar esencialmente con la sentencia Rol N°309 de nuestro TC, del 4 de agosto del año 2000 (sin perjuicio de su estudio pormenorizado en el capítulo final de esta memoria), cuyo objeto principal justamente decía relación con el Convenio.

En esa línea, si bien existen antecedentes de que la Corte Suprema ya hacía referencias a esta doctrina en el siglo pasado³⁷, cabe enfatizar que ha sido la sentencia del TC, Rol N°309, del 4 de agosto del año 2000 “(...) la que inicia el debate proveyendo criterios de sistematización”³⁸, introduciendo explícitamente en Chile las categorías self-executing y non-self-executing con relación a los tratados³⁹. Tal resolución operaría, justamente, sobre la base de un requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de congresistas

³⁵ LAMBETH, George. Op, Cit., 2015, p.56.

³⁶ MONTT OYARZÚN, Santiago, Op Cit., 2005, p. 28.

³⁷ “En al menos tres casos la Corte Suprema ha rechazado la aplicación de un tratado por no considerarlo parte del ordenamiento jurídico al no estar implementado en el orden interno: a) caso Leopoldo Ortega Rodríguez, Fallos del Mes N° 311, octubre 1984, pp. 588 y ss., respecto al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; b) caso Benedicto Enrique Figueroa Puentes, Fallos del Mes N° 310, septiembre de 1984, pp. 463 y ss., respecto al mismo tratado de la letra anterior; y, c) Recurso de inaplicabilidad presentado por Alfredo Insunza Bascuñán, de fecha 24 de agosto de 1990, citado en Revista Chilena de Derecho, N° 23, 1996, p. 453, respecto a la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio”. MONTT, Santiago y MATTA, Manuel. Op. cit., 2011, p. 158. Nota N°81.

³⁸ LAMBETH, George. Op. Cit., 2015, p 44. Nota N°1

³⁹ MONTT, Santiago y MATTA, Manuel, Op Cit., 2011, p. 159. “(...) en efecto, la primera referencia explícita a esta clasificación aparece en la Sentencia Rol 309, de fecha 4 de agosto de 2000, que resolvió el requerimiento presentado en contra del Convenio 169”.

contra el Convenio, relativo a una serie de cuestiones de constitucionalidad de forma y fondo, revelándose el papel fundamental y protagónico del que fue objeto este tratado, en lo que respecta a la introducción de la doctrina de la autoejecutabilidad en nuestro país.

Si bien se revisará con mayor detalle la jurisprudencia relacionada en el capítulo final de esta memoria, cabe traer a colación las aristas fundamentales que configuraron el escenario inicial de esta doctrina en Chile, cuya expresión relevante la encontramos precisamente en el considerando N°48 del fallo en comento, que expresa lo siguiente:

Los tratados, para su aplicación en el orden interno de un país, pueden contener dos tipos de cláusulas, denominadas por la doctrina “self executing” y “non self executing”.

Las primeras son las que tienen el contenido y precisión necesarios que las habilita para ser aplicadas sin otro trámite como fuente del derecho interno. En otros términos, son autosuficientes, y entran a la legislación nacional cuando el tratado que las contiene se incorpora al derecho vigente. Las segundas son aquellas que requieren para su entrada en vigencia de la dictación de leyes, reglamentos o decretos que las implementen y, en tal evento, las hagan aplicables como fuente del derecho interno. En otras palabras, imponen la obligación al Estado, para que en uso de sus potestades públicas, sancione la normativa necesaria para que por esa vía les dé vigencia efectiva.

Pueden existir tratados que sólo contengan cláusulas autoejecutables y otros que sólo contengan no ejecutables, como puede un mismo tratado contener unas y otras.

Esta precisión resulta determinante para pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de los preceptos del tratado, toda vez que aquellos cuyas normas o algunas de ellas requieran, para tener fuerza interna, de una actividad legislativa o administrativa posterior, no pueden, por esa razón, entrar en contradicción desde pronto con el ordenamiento constitucional ya que no son normas vigentes ni tampoco lo serán cuando el Presidente de la República ratifique el tratado si es que es aprobado por el Congreso y el

Ejecutivo decide así hacerlo. Si los preceptos que se deben dictar para implementarlo, llegaren a contener disposiciones contrarias a la Constitución, ello será decidido en su oportunidad por los órganos de control de constitucionalidad que la propia Carta Fundamental establece.

Siendo así, en cada caso particular deberá previamente decidirse por este Tribunal si las disposiciones del tratado son o no auto ejecutables y, por ende, si quedarán incorporadas, sin necesidad de otro acto de autoridad, al derecho interno. Sólo en el evento de que la norma sea autoejecutable, el Tribunal debe —en esta instancia jurisdiccional— pronunciarse sobre su constitucionalidad⁴⁰.

Tales aseveraciones, sustentadas por nuestra magistratura constitucional, serían las que fundamentalmente darían inicio al debate sobre estas categorías en Chile.

1.3. CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LA DOCTRINA DE LA AUTOEJECUTABILIDAD.

Sobre la base de los antecedentes descritos, resulta relevante destacar, en primer término, las características fundamentales que configuraron el escenario inicial de la doctrina de la autoejecutabilidad en el ámbito nacional, cobrando especial relevancia la sentencia Rol N°309 del TC antes citada, y su considerando N°48, por cuanto la misma fue la primera en establecer elementos explícitos de sistematización, refiriéndose, por lo demás, a la normativa propia del Convenio, tratado internacional objeto de nuestro estudio. Sin perjuicio de otras consideraciones, destacan principalmente, a mi juicio, el siguiente conjunto de aspectos:

1. Que, la presente doctrina establece una clasificación entre normas autoejecutables y no autoejecutables de un tratado válidamente recepcionado, cuya área de incidencia radica en determinar la susceptibilidad de su aplicabilidad inmediata y directa en el plano doméstico, dependiendo de la concurrencia de una u otra categoría. Como explica Matías Meza-Lopehandía “(...) se trata de establecer a quién va dirigido el mandato emanado de la norma internacional: al colegislador para que adapte la ley interna o al poder judicial para que la aplique directamente, sin perjuicio de la responsabilidad internacional que puede

⁴⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N°309, sentencia del 4 de agosto de 2000, Considerando 48.

afectar al Estado en su conjunto por el eventual incumplimiento. Este es el problema de la autoejecutabilidad, que establece cuándo las normas contenidas en un tratado internacional que han sido válidamente recepcionadas por el derecho interno requieren o no de una implementación interna que posibilite su aplicación (...). Se trata por tanto de una cuestión distinta a la de su obligatoriedad, la cual en ningún caso se pone en duda, pues su incumplimiento siempre genera responsabilidad internacional para el Estado”⁴¹.

2. Que, puede darse la posibilidad de que un mismo tratado internacional contenga tanto disposiciones autoejecutables como no autoejecutables, pudiendo obrar la autoejecutabilidad de sus normas total o parcialmente. A modo ilustrativo, el Convenio contiene disposiciones pertenecientes a ambas categorías, en que la mayoría responde a la categoría no autoejecutable, según veremos.

3. Que, así las cosas, una disposición autoejecutable cuenta con el contenido y precisión normativa necesaria para ser susceptibles de aplicarse como fuente de derecho interno, sin requerir de una complementación normativa posterior, y cuya incorporación al ordenamiento jurídico nacional se verifica una vez que el tratado que las contiene se incorpora al derecho vigente. En tal sentido, estas normas pueden ser dirigidas al órgano judicial respectivo, y ser aplicadas directamente por un juez en un caso concreto. En contraste, una disposición no autoejecutable justamente requiere una complementación reglamentaria o legislativa para lo anterior, naciendo una obligación por parte del Estado en miras a darles aplicación directa. Dado lo anterior, esta categoría de normas no puede dirigirse al órgano judicial, sino que, a los demás órganos del Estado respectivos, a objeto ser dotadas de la necesaria complementación normativa para darles aplicación directa, y así poder ser reclamables ante los tribunales.

Atendidas estas dos categorías, sólo las primeras podrían, a juicio del TC, ser objeto del control preventivo obligatorio de constitucionalidad, al poder entrar efectivamente en contradicción con el orden constitucional, excluyendo las segundas, mientras el Estado no

⁴¹AYLWIN, J., CARMONA, C., MEZA-LOPEHANDÍA, M., SILVA, H., & YÁÑEZ, N. (2011). Las implicancias de la ratificación del Convenio N°169 de la OIT en Chile. Santiago: Observatorio Ciudadano. 2° Ed, pp. 97. [En línea] <<https://www.goredelosrios.cl/cultura2/wp-content/uploads/2016/02/Las-Implicancias-de-la-Ratificaci%C3%B3n-del-Convenio-N%C2%B0-169-de-la-OIT-en-Chile-Jos%C3%A9-Aylwin-y-otros.pdf>> [Fecha de consulta: 15-03-2019], p. 82.

dicte la normativa interna necesaria para la concurrencia de su carácter autoejecutable. Sobre este punto nos extenderemos más adelante, dada su relevancia y discusión.

4. Que, el criterio predominante para la conceptualización y determinación del carácter autoejecutable obedecería principalmente a condiciones objetivas, asociadas a la suficiencia o precisión normativa. No obstante, algunos autores dan importancia a la interacción de factores subjetivos relativos a la intención de las partes, por ejemplo, en materia de DD.HH., y dentro de cuya consideración, se sostiene, estaría el Convenio, a la hora de fundamentar su autoejecutabilidad, según veremos.

5. Que, así las cosas, en lo que respecta a la incorporación de los tratados internacionales al ordenamiento jurídico chileno, la jurisprudencia fijó la necesaria concurrencia del carácter autoejecutable de sus normas para ser susceptibles de aplicarse directa e inmediatamente en el plano doméstico, no bastando para ello su vigencia interna ⁴². No obstante, si bien el carácter self-executing debe concurrir para lo anterior, no opera, en caso alguno, como una problemática absolutamente aislada de otros elementos, suponiendo necesariamente determinados requerimientos para su manifestación en el derecho interno, atendido el carácter predominantemente dualista de nuestro derecho, según veremos.

Conforme lo anterior, destaca, por ejemplo, la necesaria entrada en vigor del tratado respectivo, toda vez que la doctrina de la autoejecutabilidad "(...) supone, para su aplicación, que el tratado esté vigente en el orden interno"⁴³. Como explica Benadava "Aunque varios Estados hayan manifestado su consentimiento en obligarse por un Tratado, este Tratado no desplegará sus efectos, estará "dormido", hasta que haya entrado en vigor. La entrada en vigor del Tratado señala el comienzo de su eficacia. Es la fecha en que el Tratado entre en vigor que comenzará a regir entre los Estados que hayan manifestado su consentimiento en obligarse por él"⁴⁴. Sin perjuicio de la discusión que surge respecto a la determinación de

⁴² BENADAVA, Santiago. Op Cit., 2004. p.84. Respecto a la modalidad de recepción o incorporación de los tratados en Chile, explica: "(...) b) Aquellos tratados que, antes de ser ratificados, deben ser aprobados por el Parlamento u otro órgano interno competente, se incorporan habitualmente en el orden jurídico interno mediante una formalidad determinada: la publicación oficial del tratado (Francia), su promulgación y publicación (Chile), su proclamación (Estados Unidos), etc. Cumplida esta formalidad, el tratado pasa a tener en el plano interno valor y fuerza de ley y debe ser aplicado igual que una ley. Esta última modalidad sólo es útil respecto de aquellos tratados que son self-executing, es decir, que tengan la precisión normativa suficiente para ser aplicados directamente por los tribunales o autoridades administrativas. En cambio, si el tratado es non-self-executing será necesario, además, que se dicten normas legislativas para su aplicación interna" (énfasis añadido).

⁴³CORNEJO, Felipe (2004). Normas Autoejecutables en los Tratados Internacionales, Tesis de Licenciatura [inédita], Universidad de Chile, Santiago. p. 23.

⁴⁴ Ibíd. p.50.

dicho momento en el plano interno, que escapa de los objetivos de esta memoria⁴⁵, dicha circunstancia justifica la producción de efectos en el plano doméstico por parte de un tratado, y dado que la doctrina de la autoejecutabilidad condiciona esencialmente la susceptibilidad de su aplicabilidad inmediata y directa por parte de un juez (área de incidencia de ésta doctrina), necesariamente para ello supone su vigencia interna, resultando de suma importancia que el tratado se encuentre válidamente recepcionado en el derecho interno para que se verifique efectivamente la manifestación del carácter autoejecutable de la norma de un tratado⁴⁶.

6. Que, conforme lo anterior, es posible entender que la discusión en torno a la autoejecutabilidad de un tratado, se despliega como una problemática que se sitúa esencialmente en nuestro derecho interno, en contacto con el carácter predominantemente dualista que lo caracteriza, una vez incorporado el tratado, es decir, en una suerte de etapa posterior, incidiendo medularmente en la determinación de su aplicabilidad inmediata y directa, no en su obligatoriedad, en tanto cuestión diversa, pero íntimamente ligada a la misma. No obstante, la procedencia del carácter autoejecutable ha sido determinada en Chile antes de la entrada en vigor de un tratado en el plano doméstico⁴⁷, sin perjuicio de que su relevancia, en mi opinión, opera una vez que el tratado es válidamente recepcionado en el orden interno.

7. Que, sin perjuicio de lo anterior, no cabe una exclusión absoluta de los principios y disposiciones relevantes del Derecho Internacional de los Tratados aplicables a esta materia. En líneas generales, el tratamiento a la luz de esta doctrina, y las categorías de normas que establece, no estarían exentas de la obligación de cumplir de buena fe un Tratado, más aún cuando la distinción de normas que establece, opera como un mecanismo determinante en lo que a su aplicabilidad doméstica se refiere. En esa línea, es posible advertir, como parámetro orientador, la necesaria referencia a estos principios, especialmente configurados por el de Buena Fe y Pacta Sunt Servanda, so pena de incurrir en Responsabilidad Internacional del Estado, traduciéndose, ya sea, en la efectiva aplicación de la normativa en vigor que ya es autoejecutable (por parte de nuestros tribunales), o bien en la satisfacción de

⁴⁵ Respecto al momento de la entrada en vigor de los Tratados en el plano interno a partir de su respectiva publicación en el Diario Oficial. Véase: BENADAVA, Santiago. Op. Cit., 2004. p.84 y ss.

⁴⁶ Compartimos, así, lo sostenido por: CORNEJO, Felipe. Op. cit., 2004, p. 22-23.

⁴⁷ En efecto, el TC, en su sentencia Rol N°309, estableció la calidad autoejecutable del artículo 6 N°1 letra "a" y artículo 7 N°1 oración final del Convenio en el año 2000, es decir, antes de su entrada en vigor en el año 2009.

la obligación de hacer (por parte de los demás órganos del Estado pertinentes), consistente en dotar de carácter autoejecutable aquellas normas en que no concurre, según veremos.

De esta manera, habiendo revisado desde un punto de vista panorámico los aspectos medulares que caracterizan a la doctrina de la autoejecutabilidad, cabe dirigirnos a un plano más concreto, relativo a la conceptualización e implicancias del carácter self-executing por un lado, y el carácter non-self-executing de los tratados, por el otro, resultando útil a mi juicio, abordar tales aspectos por separado, para una comprensión más integral y ordenada de la problemática. Lo anterior, con relación a cada categoría, lo consideramos imprescindible antes de pasar a estudiar la interacción particular de esta doctrina con relación al Convenio.

1.3.1. EL CASO DE LOS TRATADOS O DISPOSICIONES AUTOEJECUTABLES O SELF-EXECUTING.

1.3.1.1. CONCEPTO DE AUTOEJECUTABILIDAD DE UN TRATADO O DISPOSICIÓN.

Como fue posible advertir en los párrafos anteriores, la denominación de esta categoría proviene del inglés “self-executing”, que quiere decir ejecutables por sí mismas, autoejecutables o autoejecutivas⁴⁸. Atendido lo anterior, es posible advertir distintas conceptualizaciones relativas a qué debe entenderse por el carácter autoejecutable de un tratado o disposición, variando en las condiciones o fundamentos para su procedencia, identificándose primordialmente dos perspectivas. Como bien señala Lambeth “El debate nacional podría dividirse en dos posiciones; de una parte están los autores que ven en la redacción normativa del tratado y sus disposiciones el contexto suficiente para determinar el carácter autoejecutable. De otra parte están los autores que buscan una “intención” para determinar este carácter”⁴⁹. La primera privilegia condiciones objetivas, asociadas al contenido y precisión normativa, mientras que la segunda pone acento en condiciones de carácter subjetivo, relativas a la intención de las partes⁵⁰.

1.3.1.1.1. CONCEPTUALIZACIÓN DESDE LA ÓPTICA OBJETIVA DEL CARÁCTER AUTOEJECUTABLE.

⁴⁸ UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO (2014). “Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional”. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. [En línea] <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3683/17.pdf>> [Fecha de consulta: 28-03-2019]. p.957.

⁴⁹ LAMBETH, George. Op. Cit., 2015, p.51-52.

⁵⁰ *Ibíd.*, p. 52.

Conforme una concepción predominantemente objetiva del carácter autoejecutable, se ha sostenido que “la doctrina nacional mayoritaria adopta explícitamente el concepto de Jiménez de Aréchaga de normas autoejecutables”⁵¹. El Ex-Presidente de la Corte Internacional de Justicia conceptualizó tal categoría señalando que “(...) la estipulación de un tratado se considera como ejecutable por sí misma (‘self-executing’) cuando es susceptible de una aplicación inmediata y directa, sin que sea necesaria una acción jurídica complementaria para su implementación o su exigibilidad”⁵². Para este autor, “(...) se habla de auto-ejecutividad cuando la disposición ha sido redactada en tal forma que de ella surge una regla que los tribunales judiciales internos pueden aplicar en un caso dado”⁵³.

En efecto, como señala Lambeth, “(...) la autoejecutabilidad o no autoejecutabilidad se determina en esta posición, por la especificidad de la redacción normativa”⁵⁴. Es posible notar, en líneas generales que la conceptualización descrita en el párrafo anterior se repite, con ciertos matices, en la mayor parte de la doctrina y jurisprudencia relacionada, pudiendo proceder la aplicabilidad directa e inmediata de un tratado, o disposición del mismo, cuando no se requiere una complementación legislativa o reglamentaria para ello, al exigirse esencialmente la concurrencia de condiciones objetivas, asociadas a la precisión y suficiencia normativa para la procedencia del carácter autoejecutable.

Desde la vereda doctrinaria, por ejemplo, destaca como formulación paradigmática de esta perspectiva objetiva, lo señalado por el profesor Santiago Benadava, quién las define como aquellas con la “(...) precisión normativa suficiente para ser aplicadas directamente en los casos que dichos tribunales conozcan”⁵⁵. Similar razonamiento es verificable, por lo demás, en la conceptualización descrita por el profesor Hugo Llanos, quien sostiene que las disposiciones de un Tratado Internacional son o no autoejecutables, si su ejecución requiere o no requiere de actos legislativos o administrativos complementarios, y si son susceptibles o

⁵¹ Ídem.

⁵² JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo (1988). “La convención interamericana de derechos humanos como derecho interno”. Revista del Instituto Interamericano de DDHH; [en línea] <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/R06720-2.pdf>>[Fecha de consulta: 10-01-2019]. p.29.

⁵³ Ídem.

⁵⁴ LAMBETH, George. Op. Cit., 2015, p.53.

⁵⁵ BENADAVA, Santiago (1992). “Las Relaciones entre Derecho Internacional y Derecho Interno ante los tribunales chilenos”. En: Nuevos enfoques del Derecho Internacional, AA.VV., Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 42.

no de una aplicación directa e inmediata en el orden interno de un Estado⁵⁶. Incluso, tal conceptualización es apreciable por parte de la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura, a la hora de referirse a la normativa del Convenio objeto de la presente memoria⁵⁷.

A mayor abundamiento, misma perspectiva es verificable en el plano internacional, destacando medularmente, según vimos, la conceptualización descrita por el otrora y famoso juez Marshall, ex presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos, al señalar que una norma es ejecutable por sí misma, es decir self-executing, “toda vez que opere por sí, sin ayuda de una disposición legislativa”⁵⁸. La definición de Marshall importa implícitamente la autosuficiencia normativa, sin necesidad de complementarla posteriormente. Similares términos son los entregados por Thomas Buergenthal, quien señala a “los tratados autoejecutables como aquellas normas que no requieren de implementación adicional, sea esta legislativa, ejecutiva o administrativa, para su correcta aplicación por las cortes otorgando derechos a los particulares y obligaciones para los tribunales”⁵⁹⁻⁶⁰.

Desde la jurisprudencia nacional, también es apreciable aquella perspectiva que centra su atención en la suficiencia y precisión normativa para la procedencia del carácter autoejecutable. Desde nuestra magistratura constitucional, por ejemplo, justamente la sentencia Rol N.º 309 del TC antes revisada, que introdujo de manera explícita la doctrina de la autoejecutabilidad en Chile con relación a la normativa Convenio, estableció que las disposiciones autoejecutables de un tratado internacional “(...) son las que tienen el contenido y precisión necesarios que las habilita para ser aplicadas sin otro trámite como fuente del derecho interno. En otros términos, son autosuficientes, y entran a la legislación nacional cuando el tratado que las contiene se incorpora al derecho vigente”⁶¹.

⁵⁶ LLANOS, Hugo (2005). “Teoría y práctica del Derecho Internacional Público”. Edit. Jurídica, 3ªEdic., Santiago, p. 65.

⁵⁷ www.subpesca.cl. Subsecretaría de Pesca y Acuicultura, Gobierno de Chile. [En línea] <<http://www.subpesca.cl/orientacion/604/w3-article-615.html>> [Fecha de consulta: 14-01-2019]. “Las normas autoejecutables son las que se aplican inmediata y directamente con entrada en vigencia del Convenio”.

⁵⁸ UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MEXICO. Op. Cit., 2014, p.957.

⁵⁹ BUERGENTHAL, Thomas (1992). “Self executing and Non -self-executing treaties in national and international law”, en, The Hague Academy of International Law Courses, Volume 235(1992), t.I, pp. 332.

⁶⁰ “Para Loretta Ortiz Ahlf: “(...) se considera que hay autoejecutividad cuando la disposición o norma respectiva ha sido redactada de tal forma que de ella surge una regla que los tribunales y órganos judiciales internos puedan aplicarla en cualquier caso concreto de su conocimiento”. Por su parte, César Sepúlveda menciona que “los tratados autoejecutivos self-executing serán aquellos que en su cuerpo contienen normas que pueden recibirse como leyes internas sin necesidad de que se dicten otras normas para transformarlas en ordenamientos domésticos. Se aplican directamente como derecho local, sin necesidad de legislación complementaria”. UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MEXICO. Op. Cit., 2014, p.957.

⁶¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N°309, sentencia de 4 de agosto de 2000, Considerando 48.

A modo ilustrativo de lo que constituye una cláusula autoejecutable desde esta perspectiva, justamente en esta sentencia se fijó la autoejecutabilidad del artículo 6 N°1 letra “a” del Convenio, el cual señala que “Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente (...)”; así como la del artículo 7 N°1 oración final del Convenio, que reza “(...) Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente”. Tales disposiciones contaban con la respectiva complementación normativa que las hacía autosuficientes, y en tal sentido, autoejecutables⁶².

En líneas generales, similares razonamientos son apreciables en otras sentencias de nuestra magistratura constitucional, según veremos en el capítulo final de esta memoria⁶³. Sin perjuicio de lo anterior, cabe destacar brevemente para estos efectos, la especial relevancia de la sentencia del TC roles acumulados N.º 2387 y 2388, de 23 de enero de 2013. Lo llamativo de este fallo, según se verá con mayor detención más adelante, es que, pese a que el Derecho a la Consulta, presente en el artículo 6 del Convenio, contaba con carácter autoejecutable según el mismo TC (en su sentencia Rol N°309, del año 2000), importando el contenido y precisión necesarios que las habilitaba para ser aplicadas sin otro trámite como fuente del derecho interno⁶⁴, la magistratura constitucional, en su sentencia roles acumulados N.ºs. 2387 y 2388, haya requerido tramitación posterior, estableciendo: “Que, consecuentemente, la auto-ejecutividad de un tratado internacional no obsta al desarrollo legislativo del mismo sino que, por el contrario, lo impele (...)”⁶⁵, generándose dudas respecto al concepto e implicancias que trae aparejado la autoejecutabilidad de una cláusula. Si bien lo anterior importa cuestionar el concepto de autoejecutabilidad, pudiéndose encontrar diversas causas, por regla general, se concibe tal carácter como una categoría

⁶² Véase: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N°309, sentencia del 4 de agosto de 2000, Considerandos 5°, 6°, 7° y 8° y 48°.; En concordancia, véase: Decreto Supremo (Mideplan) N.º 124, Reglamenta el Artículo 34 de la Ley N.º 19.253 a Fin de Regular la Consulta y la Participación de los Pueblos Indígenas, considerando 8°: “[q]ue una vez que el Convenio entre en vigencia, los artículos 6 N.º 1 letra a) y N.º 2, y 7 N.º 1 oración segunda del Convenio N.º 169 pasarán a formar parte de la legislación vigente, ya que dichas normas tienen el contenido y precisión necesarios que las habilita para ser aplicadas sin otros trámites como fuente del derecho interno”.

⁶³ A modo ilustrativo, entre otras, destacan las sentencias del TC: Roles N° s. 383, Considerando 4; la Rol N° 1050; la Rol N° 1483, Considerandos 7, 8, 9 y 11, entre otras, según veremos en el capítulo final de esta memoria.

⁶⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N°309, sentencia de 4 de agosto de 2000, Considerando 48.

⁶⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Roles acumulados, N.ºs. 2387 y 2388, sentencia de 23 de enero de 2013. Considerando 23.

autosuficiente que no requiere de complementación legislativa o reglamentaria posterior, para aplicarse directamente en el plano doméstico. Más adelante volveremos sobre este punto, dada su relevancia a propósito del Convenio.

A mayor abundamiento, con el objeto de ejemplificar lo expuesto, misma lógica se apreciaría en una de las primeras sentencias pronunciadas a propósito del Convenio, a manos de la Corte de Apelaciones de Temuco, el 21 de enero del año 2010 (en el conocido caso “Lof Palguín”, sin perjuicio de su revisión más detenida en el capítulo final de esta memoria). Más allá de la problemática de fondo, en que la Corte acogió el recurso de protección interpuesto por dos comunidades mapuche que impugnaron la resolución de la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Araucanía (que calificó favorablemente un proyecto de piscicultura en el sector de Palguín, cerca de Villarrica en nuestro país), resulta relevante en éste fallo la afirmación de una perspectiva objetiva a la hora de constatar el carácter autoejecutable de los artículos 6 y 7 del Convenio, toda vez que, para sustentar tal carácter, la Corte justamente recurrió a la perspectiva establecida por nuestro TC, el cual precisamente privilegió elementos objetivos relativos a la precisión normativa para determinarla⁶⁶, no obstante la criticable resolución posterior por parte de nuestra Corte Suprema, según abordaremos⁶⁷.

Sin perjuicio de que, en el capítulo final de la presente memoria, se estudiará con mayor detención la jurisprudencia relacionada a la doctrina de la autoejecutabilidad a propósito del Convenio, cabe anticipar, en líneas generales, que, para la determinación del carácter autoejecutable de sus disposiciones, se han observado preeminentemente las condiciones objetivas desarrolladas, asociadas a su suficiencia y precisión normativa. No obstante, parte de la doctrina defiende la inclusión del Convenio como un tratado en materia de DD.HH., como fundamento para defender su autoejecutabilidad, a lo menos parcial,

⁶⁶ CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO, Rol 1705-2009, sentencia del 21 de enero de 2010, Considerando 5. “Que en el sentido anterior tanto recurrente como recurrido están contestes en la cita de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional, en los roles 309-2000 y 1050-2008, en cuanto que el Convenio 169 citado tiene normas autoejecutables o de aplicación directa, es decir aquellas que su contenido y precisión pueden aplicarse de forma inmediata en el órgano interno; como son los antes citados artículos del Convenio. Asimismo, existen normas de carácter programático, las que requieren a diferencia de las anteriores que se complementen mediante leyes, reglamentos y decretos. Este concepto es ratificado por el Decreto 124 de MIDEPLAN de fecha 4 de septiembre de 2009, que en su considerando octavo señala respecto a las normas del Convenio ya señaladas que pasarán a formar parte de la legislación vigente ya que dichas normas tienen el contenido y precisión necesarias que las habilita para ser aplicadas sin otros trámites como fuente de derecho interno”.

⁶⁷ Véase: CORTE SUPREMA, Rol 1525-2010, sentencia del 17 de mayo de 2010.

abriendo la puerta a la discusión, para que en la determinación de dicho carácter autoejecutivo, se consideren aspectos relativos a los DD.HH., según veremos.

1.3.1.1.2. CONCEPTUALIZACIÓN DESDE LA ÓPTICA SUBJETIVA DEL CARÁCTER AUTOEJECUTABLE.

Desde la otra vereda, la segunda perspectiva relativa a la determinación del carácter autoejecutable, pone acento en la observación de criterios subjetivos, como condición determinante. En efecto, Lambeth señala que la formulación paradigmática de esta concepción en el ámbito doméstico ha sido dada por Humberto Nogueira, al señalar que: “(...) estamos en presencia de normas autoejecutables por sí mismas en un tratado, cuando la intención de las partes ha sido garantizar un derecho exigible a las personas que soliciten a los organismos del estado la aplicación de esa norma a su favor”⁶⁸. Agrega que: “(...) desde la perspectiva subjetiva, la existencia en un tratado de una disposición autoejecutable depende principalmente de la intención de las partes contratantes. Esta es la condición subjetiva para su aplicación inmediata y directa y respecto de la cual debe asumirse la interpretación del tratado”⁶⁹.

Atendidos estos planteamientos, cabe destacar, a modo ilustrativo, como ha operado esta perspectiva a propósito de la autoejecutabilidad de un tratado en materia de DD.HH., como la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, “CADH”). Según explica Jeannette Irigoín: “El Preámbulo de la Convención reconoce que ‘los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de un determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional, coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados Americanos’. Esta afirmación pone en evidencia la intención de los Estados signatarios de asegurar en forma inmediata los derechos de las personas que se encuentren bajo su tutela, procurando que las disposiciones de la Convención sean aplicadas directamente en sus órdenes internas”⁷⁰⁻⁷¹.

⁶⁸ NOGUEIRA, Humberto (2000). “Las Constituciones y los Tratados en materia de Derechos Humanos: América Latina y Chile”. *Ius et Praxis*, Vol. 6, Nº 2, p. 245. En: LAMBETH, George. Op. Cit., 2015, p.53.

⁶⁹ LAMBETH, George. Op. Cit., 2015, p.54.

⁷⁰ IRIGOIN, Jeannette. Op. Cit., 1996, p.300.

⁷¹ “La naturaleza de los tratados sobre derechos humanos, como la Convención Americana, cuyo objeto y fin es la protección de los derechos esenciales de la persona humana a través de la creación de un sistema de orden público internacional al que deben someterse los Estados en beneficio de las personas bajo su jurisdicción, hace indispensable que la mayor parte de sus disposiciones tengan el carácter de autoejecutable”. *Ibid.*, p.299.

Conforme lo anterior, cabe destacar, como manifestación de este carácter autoejecutable, al artículo 7 N°7 de la CADH⁷² que prohíbe la prisión por deudas. Tal carácter, entre otros fallos⁷³, es apreciable por ejemplo en la sentencia de la CS de 2 de Mayo de 1991, Rol N°4306-91 (recurso de queja) a favor de Hugo Araya Villarroel, al entenderse tácitamente derogado el artículo 44 de la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, en la parte que exigía una caución (a propósito del delito de giro doloso de cheques), por cuanto la misma, a juicio de los sentenciadores, entraba en contradicción con lo señalado por la CADH, argumentado medularmente que la permanencia en el recinto carcelario de Hugo Araya Villarroel habría sido una prisión por deudas, expresamente prohibida por este tratado⁷⁴.

En ese sentido, la concurrencia del carácter self-executing es verificable, en mi opinión, precisamente por el razonamiento desplegado por el tribunal supremo, al aplicar dicha disposición de forma inmediata y directa en el plano doméstico, sin requerir, para ello, de un desarrollo legislativo o reglamentario posterior, considerándola, inclusive, como fuente de derecho interno, al dejar sin efecto una disposición interna de carácter penal que entraba en contradicción con lo que disponía, en coherencia, además, con su relevancia como tratado internacional en materia de DD.HH..⁷⁵.

Atendidas este conjunto de consideraciones, cabe señalar que si bien me parece razonable la consideración de los factores subjetivos, que fluyen de los instrumentos en materia de DD.HH. por ejemplo, estimo que los mismos, no constituyen un criterio suficiente, sino más bien complementario, en la tarea de determinar la autoejecutabilidad de un tratado. En tal sentido, resulta preferible a mi juicio, privilegiar una perspectiva objetiva, a favor de la seguridad y certeza jurídica en la aplicación de los tratados, que, sin perjuicio de ello, no

⁷² CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1969). Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal: (...) 7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimiento de deberes alimentarios. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=16022>

⁷³ Para más jurisprudencia de la CADH, entre otros, véase: IRIGOIN, Jeannette. Op. Cit., 1996, p.302 y ss.

⁷⁴ CORTE SUPREMA, Recurso de Queja, Rol N° 4306-91, sentencia de 2 de mayo de 1991. "Lo resuelto se encuentra, además, en concordancia con el artículo 7 N.º 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada 'Pacto de San José de Costa Rica' aprobado por el Congreso Nacional y publicado en el Diario Oficial de 5 de enero de 1991 que tiene plena vigencia en nuestro país en virtud del artículo 5o de la Constitución Política, que establece que nadie será detenido por deudas" y no cabe duda que si se aceptara la interpretación del recurrente, la permanencia en el recinto carcelario de Hugo Araya Villarroel habría sido una prisión por deudas, expresamente prohibida en la actualidad".

⁷⁵ Sin perjuicio de otras consideraciones, para Irigoín: "(...) las disposiciones autoejecutivas de la Convención Americana de Derechos Humanos son reconocidas como tales en el derecho chileno y en tal carácter son aplicadas por los tribunales de todo el país". IRIGOIN, Jeannette. Op. Cit., 1996, p.307.

excluya de forma absoluta la relevancia de los DD.HH. en dicha determinación, dada su relevancia y el carácter especial que nuestra Constitución atribuye a los mismos, según abordaremos a propósito del Convenio.

1.3.1.2. IMPLICANCIAS DEL CARÁCTER AUTOEJECUTABLE.

Con el objeto de sistematizar en mayor medida los efectos derivados de estas categorías, cabe señalar que, atendidas las conceptualizaciones señaladas, resulta relevante especificar que la implicancia fundamental del carácter autoejecutable de una norma de un tratado en vigor se traduce esencialmente en la susceptibilidad de su aplicación directa e inmediata en el plano doméstico. Aquello, en principio, operaría sin necesidad de una complementación reglamentaria o legislativa, pudiendo un juez chileno aplicar directamente dicha norma en la resolución de un determinado asunto. En esa línea, una disposición autoejecutable efectivamente puede ser dirigida al órgano judicial respectivo, es decir “(...) el Poder Judicial o más ampliamente los órganos que ejerzan jurisdicción al interior del Estado, deben aplicar las disposiciones de los tratados internacionales que sean aplicables, particularmente las disposiciones autoejecutables, a las controversias que estén conociendo⁷⁶”.

En suma, un punto directamente ligado a estas categorías lo constituye, justamente, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (en adelante, “Convención de Viena”, o simplemente “la Convención”), cuya relevancia para los Tratados resulta fundamental, por cuanto constituye “(...) el régimen jurídico más completo que existe en la actualidad para regular tal clase de actos jurídicos”⁷⁷. De allí la necesaria observancia de los principios fundamentales que otorga en esta materia, principalmente configurados, entre otros, por los principios Pacta Sunt Servanda y de Buena Fe en su artículo 26⁷⁸⁻⁷⁹. Lo anterior cabe considerarlo, por cuanto la utilización de esta doctrina se encuentra íntimamente ligada

⁷⁶ TRONCOSO, Claudio. (2012). “Derecho internacional, constitución y derecho interno”. Revista de Derecho Público, (77), pp. 453-462. doi:10.5354/0719-5249.2014.3093. [En línea] <<https://revistaderechopublico.uchile.cl/index.php/RDPU/article/view/30938/32665>> [Fecha de consulta: 10-04-2019]. p. 458-459.

⁷⁷ MOYANO, Cesar (1985). “La interpretación de los tratados internacionales según la Convención de Viena de 1969”, síntesis del libro: “la interpretación de los tratados internacionales”, Montevideo, Uruguay, p. 32.

⁷⁸ “la Doctrina se muestra uniforme en cuanto a que la interpretación de los Tratados debe ser hecha de Buena fe. Por ello no es de extrañar que la CDI sostuviera que la interpretación de las disposiciones de los Tratados hecha de buena fe y con arreglo a derecho, es indispensable para que la norma “pacta sunt servanda” tenga un verdadero sentido”. ONU, A/Conf. 39/11/Add.2, p. 41. En: *Ibíd.* p. 40.

⁷⁹ CONVENCION DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS (1969). Artículo 26: “Pacta sunt servanda. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”.

a lo que la obligación de cumplir de buena fe los tratados se refiere, condicionando su aplicabilidad directa, según concurra o no el carácter autoejecutivo. De tal forma, resulta coherente que, en la aplicación de la normativa autoejecutable en vigor, opere una debida observancia de estos parámetros, no obstaculizándose de manera injustificada en virtud de una disposición de derecho interno, conforme el artículo 27 de la Convención⁸⁰, so responsabilidad internacional del Estado⁸¹.

En general, tal planteamiento se relaciona a la idea de tomarse el derecho internacional en serio⁸² y efectivamente cumplirlo, atendido el hecho de que “(...) Cuando los Estados adquieren compromisos internacionales no atentan contra su propia soberanía sino que, por el contrario, la ejercitan (...). Obviamente, al celebrar un tratado, los Estados adquieren obligaciones que no pesaban sobre ellos con anterioridad, pero lo hacen, tal como sucede en los contratos de dos personas, en el ejercicio de su libertad y voluntariamente”⁸³.

Tal aspecto no escapa a la categorización establecida a la luz de esta doctrina a propósito del Convenio, según veremos más adelante, con mayor detención en relación a la Convención.

1.3.2. EL CASO DE LOS TRATADOS O DISPOSICIONES NO AUTOEJECUTABLES O NON-SELF-EXECUTING.

La otra cara de la moneda de la doctrina de la autoejecutabilidad está representada por aquellas disposiciones “non-self-executing” de un tratado, es decir, aquellas no ejecutables por sí mismas, no autoejecutables o no autoejecutivas⁸⁴. Si bien esta categoría era claramente deducible de los párrafos anteriores, cabe tener presente su breve consideración

⁸⁰ CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS (1969). Artículo 27: “El derecho interno y la observancia de los tratados Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado (...)”.

⁸¹ BENADAVA, Santiago. Op. cit., 2004, p.157. “(...) es, por lo tanto, un principio fundamental de derecho internacional que todo acto o comportamiento de un Estado contrario a sus obligaciones internacionales (hecho ilícito) hace incurrir a dicho Estado en responsabilidad y lo obliga a reparar las consecuencias perjudiciales derivadas de tal hecho”.

⁸² “El Gobierno no conseguirá que vuelva a ser respetado el derecho si no le confiere algún derecho a ser respetado. Y no podrá conseguirlo si descuida el único rasgo que distingue al derecho de la brutalidad ordenada. Si el Gobierno no se toma los derechos en serio, entonces tampoco se está tomando con seriedad el derecho”. DWORKIN, Ronald (1989). “Los derechos en serio”. Barcelona, 1989. [en línea] <https://img.legis.pe/wp-content/uploads/2017/09/Descargue-en-PDF-Los-Derechos-en-serio-de-Ronal-Dworkin-Legis.pe_.pdf> [fecha de consulta: 05-05-2019], p. 303.

⁸³ TRONCOSO, Claudio. Op. Cit., 2012, p. 455.

⁸⁴ UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MEXICO. Op. Cit., 2014, p.953.

para efectos de revelar las especiales características que la rodean, así como su importancia a propósito del Convenio, en que la mayoría de sus disposiciones responden a esta categoría.

1.3.2.1. CONCEPTO DE NO AUTOEJECUTABILIDAD DE UN TRATADO O DISPOSICIÓN.

De esta manera, el profesor Benadava ha explicado que, en contraste a una norma autoejecutiva, el carácter no autoejecutable de un tratado, o determinadas disposiciones del mismo, concurre “si las cláusulas carecen de esta precisión normativa, si no son suficientemente completas y detalladas (...)”⁸⁵, complementando que, ante dicha circunstancia, “(...) ellas requieren, para ser aplicadas internamente, que se dicten medidas legislativas o reglamentarias que las desarrollen”⁸⁶. Similares términos son los desarrollados por Jeannette Irigoín, al señalar que “(...) en ciertos y determinados casos la norma convencional requiere de una acción legislativa complementaria de parte del Estado, ya sea por la naturaleza de la norma o porque el propio texto del tratado lo exige”⁸⁷. Por su parte, la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura entiende que “Las normas no autoejecutables son las que entran en vigencia pero no otorgan un derecho exigible inmediatamente, sino que imponen un deber al Estado, por ejemplo, de dictar una medida”, concordando aquello con el artículo 34 del Convenio⁸⁸.

Desde la vereda jurisprudencial, el TC, también conceptualiza la categoría no autoejecutiva de normas, señalando en su sentencia Rol N°309 que las mismas “(...) son aquellas que requieren para su entrada en vigencia de la dictación de leyes, reglamentos o decretos que las implementen y, en tal evento, las hagan aplicables como fuente del derecho interno. En otras palabras, imponen la obligación al Estado, para que en uso de sus potestades públicas, sancione la normativa necesaria para que por esa vía les dé vigencia efectiva”⁸⁹. Tal conceptualización es afirmada, con ciertos matices en su posterior jurisprudencia⁹⁰, así como en los tribunales superiores de justicia de nuestro país⁹¹. Para Donoso, las disposiciones programáticas o no autoejecutables se reconocerían según el TC,

⁸⁵ BENADAVA, Santiago. Op. Cit., 1992, p. 42.

⁸⁶ Ídem.

⁸⁷ IRIGOIN, Jeannette. Op. Cit., 1996, p.300.

⁸⁸ SUBSECRETARÍA DE PESCA Y ACUICULTURA [En línea] Disponible en: <<http://www.subpesca.cl/orientacion/604/w3-article-615.html>> [Fecha de consulta: 14-01-2019].

⁸⁹ Véase: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N°309, sentencia de 4 de agosto de 2000, Considerando 48.

⁹⁰ Véase, entre otras, según ya destacamos, las sentencias del TC: Roles N°s. 383; 1050, 1483, según veremos.

⁹¹ Véase: Corte de Apelaciones de Temuco, Rol 1705-2009, sentencia del 21 de enero de 2010, Considerando 5.

por la conjugación en futuro de sus verbos rectores: “los gobiernos deberán...” o “...deberán tomarse medidas (...)”⁹².

A modo ilustrativo, Jiménez de Aréchaga ejemplifica esta categoría a la hora de referirse a la CADH, señalando que “hay a menudo disposiciones programáticas, especialmente en el campo de los derechos sociales y económicos, que no pueden ser ejecutados sin una acción legislativa del Estado, como, por ejemplo, el artículo 26 de la Convención Interamericana”⁹³-⁹⁴. Añade a ese respecto que “Hay también otros derechos que, debido a su naturaleza, o al (la) fraseología de la Convención, carecen de una exigibilidad inmediata y plena en ausencia de normas internas o de otras medidas complementarias, a adoptar por el Estado. Es el caso de los artículos 13(5), 17(4), 17(5), 19 y 21 (3) de la Convención Interamericana, cuyos textos reclaman expresamente la existencia de una ley o de medidas complementarias”⁹⁵.

1.3.2.2. IMPLICANCIAS DEL CARÁCTER NO AUTOEJECUTABLE.

Con el objeto de sistematizar en un mayor grado los efectos relativos a la categoría no autoejecutable, es posible identificar ciertas particularidades, que justifican su consideración por separado. Así las cosas, cabe especificar que la gran implicancia que trae aparejada esta categoría radica en la no susceptibilidad de su aplicación inmediata y directa en el plano interno⁹⁶. Lo anterior, opera como consecuencia de la no concurrencia de las condiciones necesarias para su autoejecutabilidad, no pudiendo ser dirigidas al órgano judicial respectivo sin antes verificarse dicho carácter.

⁹² DONOSO, Sebastián (2009). “Convenio 169 de la OIT: implicancias de una ratificación”, Documento de trabajo n°8, Facultad de Gobierno de la Universidad del Desarrollo, p. 17. [En línea] <<http://gobierno.udd.cl/files/2011/04/Paper-N%C2%BA8.pdf>> [fecha de consulta: 15-01-2019], p. 9.

⁹³ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. Op. Cit., 1988, p.32.

⁹⁴ CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (1969). Artículo 26: “Desarrollo Progresivo: Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=16022>

⁹⁵ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. Op. Cit., 1988, p.32.

⁹⁶ No obstante, cabe la posibilidad de actuar como principios o parámetros orientadores. Se señala que “un tratado que comprenda mayoritariamente preceptos no autoejecutables puede constituir, en la práctica, un tratado marco, que incorporado al ordenamiento interno autoriza al Presidente de la República a ponerlo en práctica en virtud de su potestad reglamentaria, por lo que no es posible sostener que un tratado marco no autoejecutable, pueda quedar fuera del control de constitucionalidad”. Véase: RIBERA, Teodoro (2001). “El Derecho Internacional en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno”, Fundación Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, Chile.

En efecto, una de las particularidades asociadas a esta categoría, es que nace una obligación para el Estado consistente en proveer la respectiva reglamentación o legislación que le brinde tal carácter, dirigiéndose, ya no al órgano judicial, sino que a los demás órganos del Estado respectivos. Como explica Meza-Lopehandía “(...) se trata de establecer a quién va dirigido el mandato emanado de la norma internacional: al legislador para que adapte la ley interna o al poder judicial para que la aplique directamente, sin perjuicio de la responsabilidad internacional que puede afectar al Estado en su conjunto por el eventual incumplimiento.”⁹⁷En general, “(...) existe una obligación del Estado en orden a dictar la legislación correspondiente en caso de que no exista o modificar la existente si ella resultara incompatible con las obligaciones internacionales”⁹⁸.En esa línea, esta categoría no ostentaría un carácter meramente programático⁹⁹. Como explica el profesor Troncoso, “en virtud del principio pacta sunt servanda los Estados se obligan a cumplir de buena fe todo tratado en vigor. Las normas no autoejecutables de un tratado en vigor son normas vigentes, que si bien, no pueden aplicarse directamente, crean una obligación, una obligación de hacer, por lo que el Estado de buena fe deberá dictar la legislación o reglamentación que les dé debida implementación”¹⁰⁰.

En efecto, el cumplimiento de dicha obligación debe ir la mano con los principios fundamentales del Derecho Internacional de los Tratados, principalmente configurados por el de Pacta Sunt Servanda y Buena fe, so pena de incurrir en responsabilidad internacional del Estado, según vimos también a propósito de la categoría autoejecutable¹⁰¹.En general, el rol de la doctrina de la autoejecutabilidad no está exenta de la obligación de cumplir de buena fe un Tratado, más aún cuando la misma es determinante en lo que a su aplicabilidad doméstica se refiere.

Atendidas estas consideraciones, otra implicancia relacionada a esta categoría es la relativa a la profunda discusión que se generó en torno a si las mismas podían ser objeto del control preventivo obligatorio de constitucionalidad por parte del TC. Tal debate germinó,

⁹⁷ AYLWIN, J., CARMONA, C., MEZA-LOPEHANDÍA, M., SILVA, H., & YÁÑEZ, N. Op. cit., 2011, p. 82.

⁹⁸ TRONCOSO, Claudio. Op. Cit., 2012, p.456.

⁹⁹ “(...) las disposiciones no autoejecutables de tratados no son meramente declaraciones retóricas o disposiciones programáticas, sin un contenido normativo obligatorio. Por el contrario, imponen una obligación al Estado consistente en desarrollar legislativamente lo dispuesto”. *Ibid.*

¹⁰⁰ TRONCOSO, Claudio (2011). “Tribunal Constitucional y Tratados Internacionales. Análisis de su Jurisprudencia Relevante”. *Estudios de Derecho Internacional, Libro Homenaje al profesor Hugo LLanos Mancilla. Tomo II.* Editores: Hugo LLanos Mansilla y Eduardo Picand Albónico. p.745.

¹⁰¹ Véase art. 26 y 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969.

sustancialmente, a partir de la sentencia Rol N°309 de nuestra magistratura constitucional, que excluyó las normas no autoejecutables del Convenio de dicho control por cuanto, al tener que requerir para su fuerza interna de un desarrollo legislativo o administrativo, “(...) no pueden por dicha razón entrar en conflicto con el orden constitucional, ya que no son normas vigentes ni tampoco lo serán cuando el Presidente de la República ratifique el tratado si es que es aprobado por el Congreso y el Ejecutivo decide así hacerlo. Si los preceptos que se deben dictar para implementarlo llegaren a contener disposiciones contrarias a la Constitución, ello será decidido en su oportunidad por los órganos de control de constitucionalidad que la propia Carta Fundamental establece”¹⁰², limitando su pronunciamiento a los preceptos autoejecutables del Convenio, que por cierto eran la minoría.

En esa línea, para Montt y Matta, “(...) de acuerdo a la posición del Tribunal, la calidad de non-self-executing o no-autoejecutable impide no sólo que un juez chileno aplique directamente una norma del tratado en un conflicto interno, sino además que la referida norma de Derecho internacional sea incorporada al Derecho interno. Nótese que esta situación es de tal entidad, que el Tribunal ni siquiera puede hacer control preventivo de la misma, debiendo esperar la respectiva implementación normativa por parte del Congreso”¹⁰³.

Tales planteamientos provocarían un intenso debate en la doctrina nacional, cuya bifurcación a favor de lo sostenido por el TC, estuvo representada principalmente por el profesor Carlos Carmona, señalando, medularmente, que no le correspondía al TC llevar a efecto controles preventivos respecto a normas que no se encuentran incorporadas en nuestro ordenamiento jurídico interno, toda vez que ello supondría limitar la autonomía del legislador o la potestad reglamentaria. Por lo demás, agrega que en caso alguno la magistratura constitucional renunció al control de constitucionalidad respectivo, sino que tal tarea procederá tan pronto se dicte la complementación normativa pertinente, agregando, sobre esta base, que el Estado no transgrede el principio de Buena Fe Internacional en lo atinente al cumplimiento del Tratado, por cuanto “las cláusulas no autoejecutables son preceptos abiertos intencionalmente por los suscriptores del tratado. Las demás cláusulas del tratado, en cambio, son cerradas, tienen un mandato o precepto unívoco. El hecho de que sean abiertas, convoca a su determinación por los preceptos del ordenamiento jurídico

¹⁰² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N°309, sentencia del 4 de agosto de 2000, Considerando 48.

¹⁰³ MONTT, Santiago y MATTA, Manuel. Op. cit., 2011, p 160.

nacional. En tal sentido, su concreción en el derecho interno, por ese solo hecho, no podría vulnerar nunca las normas de decencia y lealtad en las relaciones internacionales”¹⁰⁴.

Sin perjuicio de lo anterior, destaca como postura contraria a estos planteamientos, principalmente lo sostenido por el profesor Teodoro Ribera, quien critica tanto la distinción como la conclusión efectuada por el TC, señalando “(...) que no hace más que limitar el control de constitucionalidad que se le ha conferido, pues no existe fundamento ni precepto constitucional alguno que avalen esta diferenciación”¹⁰⁵. Agrega que “Todo tratado internacional compromete la responsabilidad internacional del Estado, por lo que debe estar en concordancia con la respectiva Constitución nacional, sea que sólo genere obligaciones internacionales o también obligaciones internas. No resulta lógico, así, argumentar que un tratado no puede ser objeto de control constitucional por no ser sus disposiciones autoejecutables en el campo interno. Es absurdo que el Presidente de la República pueda comprometer al Estado internacionalmente en contravención a la Carta Magna, pues bien es sabido que una vez ratificado un Tratado o adherido a él, se asume el compromiso de impulsar su cumplimiento de buena fe, impidiendo la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados que una parte invoque su derecho interno para abstenerse de cumplir sus obligaciones internacionales.”¹⁰⁶.

Añade que con esta postura emanada del TC, se corre el riesgo de eludir el control de constitucionalidad, pudiendo generarse eventualmente efectos inconstitucionales, toda vez que “un tratado que comprenda mayoritariamente preceptos no autoejecutables puede constituir, en la práctica, un tratado marco, que incorporado al ordenamiento interno autoriza al Presidente de la República a ponerlo en práctica en virtud de su potestad reglamentaria, por lo que no es posible sostener que un tratado marco no autoejecutable, pueda quedar fuera del control de constitucionalidad”¹⁰⁷. Agrega en definitiva que “La no autoejecutabilidad de un tratado no debe jamás inhibir el control de constitucionalidad, pues dicha circunstancia no impediría que Presidente de la República comprometa la responsabilidad internacional del Estado en la prosecución de fines inconstitucionales”¹⁰⁸.

¹⁰⁴ CARMONA SANTANDER, Carlos (2001). “Comentarios a la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Convenio N.º 169 sobre Pueblos Indígenas”. En: UNIVERSIDAD DE CHILE, Los Tratados Internacionales en la jurisprudencia constitucional, Santiago, Chile. p. 156.

¹⁰⁵ RIBERA, Teodoro. Op. cit., 2001, p. 54

¹⁰⁶ *Ibíd.*

¹⁰⁷ *Ibíd.* p. 60.

¹⁰⁸ *Ídem.*

Por su parte, Manuel Yáñez critica la exclusión de las disposiciones no autoejecutables del control de constitucionalidad, argumentando que “dicha tesis es totalmente insostenible, en primer lugar, por contradecir la propia jurisprudencia del Tribunal acerca de la supremacía constitucional sobre los tratados establecida en la sentencia Rol n.º 346. Y, en segundo lugar, por no ajustarse al régimen de recepción de los tratados, pues una vez publicados, se cumplirán como ley de la República (...), donde no quedará margen para que el juez del fondo califique disposiciones aisladas de un tratado como autoejecutables o no autoejecutables, pudiendo por medio de su aplicación producir efectos inconstitucionales –ergo, reiteramos, se contradice el criterio de supremacía constitucional”¹⁰⁹.

Sobre la base de la anterior discusión, otra arista que cabe destacar dice relación con la vigencia de las normas no autoejecutables de un Tratado. Para Donoso tal vigencia quedaría suspendida por cuanto el TC estimó que “(...) las disposiciones del Convenio que se estimen como autoejecutables se consideran en vigor desde la fecha de entrada en vigencia del Convenio, es decir, a contar del 15 de septiembre de 2009. Las disposiciones programáticas, en cambio, sólo imponen al Estado la obligación de dictar normas para su implementación, por lo que su entrada en vigencia queda suspendida hasta que dichas normas vean la luz. De este modo, una distinción que podría parecer un tecnicismo jurídico adquiere una relevancia política considerable, pues en la práctica implica que el Convenio, no obstante, su aprobación, ratificación y entrada en vigencia, no se basta a sí mismo para concretar las expectativas depositadas en él”¹¹⁰.

Sin perjuicio de aquello, para Ribera, el planteamiento vertido respecto a la vigencia de las normas no autoejecutables por parte del TC es erróneo, por cuanto “El tratado ratificado o adherido compromete la responsabilidad internacional del Estado en el ámbito internacional y como lo expresó el Tribunal Constitucional, “impone la obligación al Estado, para que en uso de sus potestades públicas sancione la normativa necesaria para que por esa vía les vigencia efectiva” y autoriza al Ejecutivo en el ámbito nacional a implementarlo en su calidad de tratado marco mediante su potestad reglamentaria de ejecución. Sostener, por ello, que las normas internacionales a la cual Chile ha adherido o ratificado y que se han promulgado y publicado como ley de la República no son preceptos vigentes, es confundir,

¹⁰⁹ YÁÑEZ, Manuel (2016). “La jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno sobre tratados internacionales: el específico caso de las cláusulas autoejecutables y no autoejecutables”. Revista Derecho del Estado, (37), pp. 229-254. [En línea] <<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/download/4790/5647?inline=1>> [Fecha de consulta: 18-05-2019], p. 249.

¹¹⁰ DONOSO, Sebastián. Op. cit., 2009, p. 9.

además, su existencia jurídica dentro del respectivo ordenamiento, nacional o internacional, con su exigibilidad interna. ¿Puede acaso sostenerse que un tratado marco no es norma vigente en Chile? Circunscribir, por ello, el control de constitucionalidad únicamente a las normas autoejecutables de un tratado y a los preceptos que se deban dictar para implementarlo, arriesga la buena fe internacional de la República y afecta seriamente el control de constitucionalidad del actuar de los órganos del Estado (...)”¹¹¹.

Sin perjuicio de otras consideraciones, así como la moderación de esta postura del TC en un fallo posterior¹¹², me parece correcta la debida observancia de la normativa no autoejecutable de los tratados en lo que respecta al control de constitucionalidad. Como se pudo advertir, las normas no autoejecutables de un tratado en vigor no son meras normas programáticas, sino que son normas plenamente vigentes que generan una obligación para el Estado en orden a dotarlas, de buena fe, de la respectiva legislación o reglamentación para la concurrencia de su carácter autoejecutable. Como pudo apreciarse, excluirlas del control de constitucionalidad generaría una serie de inconvenientes que justificaría aún más su consideración bajo dicho control. Como explica Troncoso: “(...) Imaginemos que el Tribunal en el control diferido que hará posteriormente de la legislación implementatoria estima que ella es contraria a la Constitución; ello va a derivar en que el Estado seguirá en deuda respecto de su obligación de implementar esta norma, comprometiendo de esta manera su responsabilidad internacional”¹¹³.

Por lo demás, cabe hacer hincapié en la relevancia que adquiere esta categoría de normas en lo que respecta al Convenio, por cuanto, según veremos, la mayoría de sus disposiciones responden al carácter no autoejecutivo. De allí la necesidad y relevancia de distinguir este carácter y estudiarlo por separado, por cuanto la autoejecutabilidad alcanza solo a la facción mínima de las disposiciones del Convenio, según veremos.

¹¹¹ RIBERA, Teodoro. Op. cit., 2001, p. 56-57.

¹¹² Véase: Sentencia de fecha 5 de septiembre de 2003, Rol 383, Requerimiento contra el Acuerdo que Aprueba la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, Considerando 4: “(...) Tal doctrina, desde luego y naturalmente, tiene una excepción importante. Esta consiste en que si la norma no autoejecutable requiere de la aprobación por el Estado de Chile de preceptos que, conforme a la Constitución, conduzcan o puedan conducir a una inconstitucionalidad de fondo que afecte a la Convención, como podría ocurrir en la especie, no resulta aceptable ni razonable postergar una resolución sobre ella, habida consideración, en especial, de las disposiciones sobre cumplimiento de los tratados, con singular significación su artículo 27, contenidas en la Convención de Viena publicada en el Diario Oficial de 22 de junio de 1981. La excepción anotada cobra mayor fuerza si existe una jurisprudencia de este Tribunal que pudiera estimarse aplicable al caso en estudio, como acontece con la sentencia dictada el 8 de abril de 2002, Rol n.º 346”.

¹¹³ TRONCOSO, Claudio. Op. cit., 2011, p.745.

1.4. CONDICIONES Y CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DEL CARÁCTER AUTOEJECUTABLE O NO AUTOEJECUTABLE EN EL CONTEXTO NACIONAL.

Sobre la base de las conceptualizaciones e implicancias desarrolladas, relativas a las categorías “self-executing” y “non-self-executing” de un tratado, cabe especificar los fundamentos sobre los cuales es posible determinar uno u otro carácter, es decir, que condiciones específicas se exigen y deben ser satisfechas para determinar una u otra categoría. Como sostiene Lambeth, la relevancia de abordar este punto consiste en que, si bien “habría consenso en la doctrina sobre la implicancia del carácter autoejecutable de una disposición de un tratado internacional”¹¹⁴, que en definitiva radicaría en la susceptibilidad de su aplicabilidad inmediata y directa, no obstante, “para un análisis más preciso de la doctrina nacional, es necesario distinguir entre el carácter autoejecutable o no autoejecutable de una disposición (que es donde hay consenso), de las condiciones que determinan ese carácter. Es en este segundo aspecto en donde hay diferencias en la doctrina nacional. Algunos le dan mayor importancia a las condiciones denominadas objetivas (la precisión normativa), mientras que otros prefieren desprender el carácter autoejecutivo o no autoejecutivo de supuestos subjetivos (la intención de las partes)”¹¹⁵.

En esa línea, atendidas las conceptualizaciones relativas al carácter autoejecutable, tanto desde las ópticas objetiva como subjetiva, según vimos, cabe destacar, en primer término, aquellas del orden objetivo. Como bien señala Lambeth, sobre la base de las condiciones formuladas por Jiménez de Aréchaga a este respecto¹¹⁶, “los autores nacionales que defienden una perspectiva objetiva para que una norma sea considerada autoejecutable, debe satisfacer las siguientes condiciones: primero, debe ser una norma de la cual sea posible derivar en forma directa un derecho o una pretensión en favor de un individuo que tenga un interés legítimo en la aplicación de la regla en su caso y que comparece ante el juez o el administrador solicitando esa aplicación; en segundo lugar, la regla debe ser lo suficientemente específica como para poder ser aplicada judicialmente sin que su ejecución esté subordinada a un acto legislativo o a medidas administrativas subsiguientes”¹¹⁷.

¹¹⁴ LAMBETH, George. Op. cit., 2015, p. 52.

¹¹⁵ Ídem.

¹¹⁶ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. Op. Cit., 1988, p.29.

¹¹⁷ LAMBETH, George. Op. cit., 2015, p 54.

En contraste al prisma anterior, desde la perspectiva subjetiva“(…) la existencia en un tratado de una disposición ejecutable por sí misma (‘self-executing’) depende fundamentalmente de la intención de las partes contratantes. Tal norma existe cuando las Partes han tenido la intención de conceder un derecho definido y exigible al individuo que solicita ante el juez la aplicación de esa norma en su favor”¹¹⁸.

Así las cosas, es posible extraer, a lo menos, la existencia de 3 criterios para la determinación de tal carácter autoejecutable de la normativa de los tratados¹¹⁹.

A mayor abundamiento, cabe añadir que la relevancia de adoptar una u otra perspectiva, radica fundamentalmente en la procedencia o no de una presunción de autoejecutabilidad. En efecto, el hecho de adoptar una concepción objetiva, es decir, “considerar el nivel de precisión normativa de las disposiciones, como condición fundamental, no posibilita establecer una presunción del carácter autoejecutivo o no autoejecutivo”¹²⁰. En contraste, la adopción de una perspectiva subjetiva importaría considerar lo contrario, es decir, permitiría “resolver ex ante, o presuponer el carácter autoejecutable o no de las disposiciones de un tratado internacional”¹²¹. Tal presunción de autoejecutabilidad ha sido destacada por Jiménez de Aréchaga, para quien “Una serie de pronunciamientos formulados en casos concretos planteados en los Estados Unidos pueden ser interpretados como estableciendo una especie de presunción en favor del carácter ejecutable de una disposición convencional”¹²², destacando que “Se ha considerado que la disposición de un tratado es ejecutable por sí misma (self-executing), ‘a menos que contenga una estipulación expresa de ejecución por medio de una ley o pertenezca a esa categoría excepcional de tratados a los que no se puede, por su propia naturaleza, dar efecto como derecho ex proprio vigore’ ”¹²³.

¹¹⁸ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. Op. Cit., 1988, p. 29. Agrega a este respecto que “Como ha dicho la Corte Permanente de Justicia Internacional “no puede negarse que el objeto mismo de un acuerdo internacional, conforme a la intención de las Partes Contratantes, puede ser la adopción por las Partes de algunas reglas definidas que cree derechos y obligaciones y susceptibles de ser ejecutadas por los tribunales nacionales”. PC.I.J., Series B, N? 15, pp. 17-18. **En:** JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. Op. Cit., 1988, p.29. Nota N°10.

¹¹⁹Dicha conclusión es advertida además en: AYLWIN, J., CARMONA, C., MEZA-LOPEHANDÍA, M., SILVA, H., & YÁÑEZ, N. Op. cit., 2011, p. 83. “Tenemos entonces tres criterios para determinar el carácter autoejecutable de una norma. El primero de ellos, es que de ésta se derive un derecho concreto para un individuo determinado. Vinculado con aquello está el segundo requisito, que se refiere a la precisión suficiente de la norma para que sea técnicamente aplicable por el órgano jurisdiccional. Por último, está el criterio de la intención de los contratantes”.

¹²⁰ LAMBETH, George. Op. cit., 2015, p 53..

¹²¹ Ídem.

¹²² JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. Op. Cit., 1988, p. 30.

¹²³ Hackworth, Digest of International Law, vol. V. p. 177 (Subrayado añadido). Esta declaración fue hecha por Charles Evans Hughes, entonces Secretario de Estado de los Estados Unidos y más tarde Presidente de la

A mayor abundamiento, Lambeth destacaría, a propósito de esta concepción subjetiva, y la presunción que postula, un interesante punto relacionado a los tratados en materia de DD.HH., destacando que: “es en tal sentido que la doctrina mayoritaria presupone, por ejemplo, que las disposiciones contenidas en tratados internacionales de derecho humanos son autoejecutables”¹²⁴⁻¹²⁵, medularmente en atención a su naturaleza y relevancia. Agrega que “(...) el propósito de esta posición, así como de la Doctrina mayoritaria, además de establecer la presunción de la autoejecutabilidad de las disposiciones de los Tratados en materia de Derechos Humanos, busca restringir a un ámbito mínimo - ya sea por texto expreso o por la amplitud del texto del tratado- la consideración de las disposiciones no autoejecutables”¹²⁶. Y añade que: “El razonamiento que subyace en la jurisprudencia, aun cuando no utiliza de manera explícita estas categorías, parece mostrar que la jurisprudencia está adoptando de manera paulatina, la convicción por la presunción de autoejecutabilidad de las disposiciones de los tratados internacionales de Derechos Humanos”¹²⁷. Tal conjunto de elementos serán desarrollados más adelante, dada su relevancia a propósito del Convenio.

1.5. OBSERVACIONES Y CRÍTICAS GENERALES.

Sin perjuicio de que existe una multiplicidad de observaciones y críticas que sería posible integrar, cabe finalizar el presente capítulo añadiendo ciertas consideraciones que, a mi juicio, se erigen como las principales.

1. Una de las principales observaciones que sobresale en mi opinión, es la sostenida por Manuel Yáñez quien explica que, a diferencia del sistema de recepción de tratados estadounidense, en el que resulta razonable la utilización de esta doctrina atendidas sus particularidades, en el sistema constitucional chileno “(...) Es inadmisibles importar la

Suprema Corte y en un tiempo Juez de la Corte Permanente de Justicia Internacional. En: JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E. Op. Cit., 1988, p.30. Añade que “(...) Existe una razón adicional en apoyo de esta presunción. Si ha transcurrido algún tiempo desde que el tratado ha entrado en vigor y ni el Poder Ejecutivo ha pedido al Parlamento una ley de ejecución, ni este órgano ha dictado ley alguna, surge una fuerte presunción de que el tratado es ejecutable por sí mismo. Si un tribunal declara en esas circunstancias que el tratado no es ejecutable por sí mismo, ello significaría constatar que el Estado ha dejado de cumplir y continúa incumpliendo su obligación de dictar, tan pronto como el tratado entró en vigor, la legislación complementaria que permita su ejecución”.

¹²⁴ LAMBETH, George. Op. cit., 2015, p 54.

¹²⁵ Véase, respecto de la presunción de Autoejecutabilidad de los DD.HH. contenidos en tratados internacionales, entre otros: JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. Op. Cit., 1988, p.32.; IRIGOIN, Jeannette. Op. Cit., 1996, p.299.; NOGUEIRA, Humberto (1997). “Los Tratados Internacionales en el Ordenamiento Jurídico Chileno”. *Ius et Praxis*, Vol. 2, N° 2, pp. 9-62. p. 37.; NOGUEIRA, Humberto. Op. Cit., 2000, p. 262-263.

¹²⁶ LAMBETH, George. Op. cit., 2015, p 55.

¹²⁷ *Ibid.*

categoría de self-executing y non self-executing treaties, y esto por dos grandes razones: la primera es que nuestro derecho constitucional consagra un dualismo racional en cuanto a la incorporación de los tratados internacionales a nuestro derecho interno, puesto que es necesario un acto de voluntad expreso y conforme a las normas constitucionales para la recepción del tratado en todo el territorio nacional; y la segunda es que el anterior acto de recepción manda a cumplir por los operadores jurídicos dicho tratado, al menos, con la fuerza normativa de ley de la República¹²⁸. En esencia, explica que “(...) para el ordenamiento jurídico chileno es imposible generar categorías de este tipo, los tratados para el operador jurídico, al menos se cumplen con la fuerza normativa de una ley de la República sin matizaciones. Por ello debemos asumir en serio la utilización de los tratados internacionales ante la jurisdicción, ya sean de derechos humanos u otros. (...)”¹²⁹, criticando que la extensa discusión que se generaría, ahora respecto a estas categorías, podría terminar privando a los tratados en materia de DD.HH. de fuerza normativa en el derecho interno chileno¹³⁰.

En líneas generales, para este autor “(...) La doctrina nacional que invoca la mera validez del derecho convencional internacional en el ámbito de las obligaciones internacionales para invocar autoejecutividad de sus disposiciones en nuestro ordenamiento, yerra el análisis. El asunto, como hemos visto, es el de la determinación de la acertada interpretación de nuestro derecho interno, y el de establecer la aplicabilidad de las normas de los tratados internacionales a partir de su fuerza de ley en el derecho nacional como regla general a partir del cumplimiento del trinomio: ratificación, promulgación, publicación”¹³¹.

2. En segundo término, otra observación que destaca a mi juicio es la señalada por Eduardo Aldunate, quien sustancialmente critica el análisis aislado de los tratados que se produciría a partir de esta doctrina, para determinar la aplicabilidad doméstica de sus

¹²⁸ YÁÑEZ, Manuel. Op. cit., 2016, p. 250.

¹²⁹ “(...) Todos los tratados para el juez del fondo, para el Estado administrador y para el Congreso Nacional tienen valor de ley, y su cumplimiento es obligatorio en el ordenamiento interno una vez ratificados, promulgados y publicados. Luego de publicado un tratado internacional y vigente en el orden jurídico interno, ¿por qué el Presidente de la República no podría ejercer la potestad reglamentaria autónoma para colmar las insuficiencias normativas de este? Claro que puede; y, es más, si consideramos un adecuado engranaje entre responsabilidad internacional del Estado y cumplimiento de la voluntad normativa expresada por el Congreso en el acto de aprobación, evidentemente es procedente (...)”. Véase: *Ibíd.* p. 250-251.

¹³⁰ Agrega Yáñez que: “Es respecto de los tratados internacionales que consagran derechos humanos, que se plantean los principales problemas; ya sea por desconocimiento o por dolosa negligencia, se intenta, a partir de la eterna discusión sobre la jerarquía de los tratados, y ahora en torno a la categoría en estudio, privarlos de fuerza normativa en el derecho interno chileno. Véase: *Ibíd.* p. 251.

¹³¹ *Ibíd.* p. 252.

disposiciones. Sostiene que “Si lo que define la posibilidad práctica de aplicar las disposiciones de un tratado no es el tratado mismo, sino que la configuración de las potestades creadoras de las fuentes del derecho, pudiendo dicha configuración contemplar facultades de actuación jurisdiccional en el caso de omisión de producción regulatoria por parte de los primariamente llamados a ella, la cuestión sobre el carácter ejecutable o no de las disposiciones del tratado se desplaza, desde una apreciación aislada de su texto, a un análisis integrado, tanto de las disposiciones del tratado, como de la disposición que hace el ordenamiento jurídico interno de las potestades de los órganos jurisdiccionales. De este modo, la doctrina que quiere distinguir entre cláusulas autoejecutables y no autoejecutables en el texto del tratado mismo no es idónea para justificar un detrimento de la fuerza normativa del tratado”¹³². En esencia, plantea que “(...) la posibilidad de aplicar o no las cláusulas convencionales depende de la configuración del sistema de fuentes en su conjunto, y de las facultades del órgano jurisdiccional, y no de una apreciación aislada de las disposiciones del tratado”¹³³.

3. Una tercera arista que se destaca en mi opinión, es la sostenida por el profesor José Valdivia, para quien el criterio de la autoejecutabilidad operaría más bien como uno de los tantos argumentos empleados para asignar eficacia inmediata al derecho internacional¹³⁴. En general, sostiene que el carácter autoejecutable de una disposición de un tratado no basta, ni es una guía infalible, para justificar su eficacia directa en el plano doméstico, toda vez que, aun concurriendo dicho carácter, ha sido necesaria una complementación normativa para que pueda aplicarse directamente¹³⁵. Como ejemplo demostrativo de aquello, da cuenta de lo ocurrido con el Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional, el cual pese a describir con detalle conductas que debieran estar sancionadas penalmente (es decir, con la precisión y especificidad normativa que importarían sostener su autoejecutabilidad), aquello no bastó por cuanto, en virtud del principio *nullum crimen nulla poena sine lege*, no procede su aplicación en tanto no sean recogidas formalmente por la ley¹³⁶. Por lo demás, destaca adicionalmente el Derecho a la Consulta del Convenio, el cual pese a tener carácter

¹³² ALDUNATE, Eduardo (2010). “La posición de los tratados internacionales en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico chileno a la luz del derecho positivo”, *En: lus et Praxis*, año 16, N°2, pp. 185 - 210. [En línea] <<https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v16n2/art07.pdf>> [Fecha de consulta: 10-04-2019], p. 202.

¹³³ *Ibíd.* p. 209.

¹³⁴ VALDIVIA, José (2011). “Alcances jurídicos del Convenio N° 169”, *Estudios Públicos* N° 121, p. 50.

¹³⁵ *Ibíd.* p. 51.

¹³⁶ *Ibíd.* p. 51. Nota N°35.

autoejecutable según el TC, debió operar un reglamento para complementar tal normativa¹³⁷. En definitiva, para este autor corresponde a los órganos dotados de competencia normativa la tarea de ejercer los márgenes de discrecionalidad que derivan de la textura o lenguaje abierto de las normas de los tratados internacionales, a la hora de determinar su grado de eficacia interna, toda vez que, aquello, importa no pasar por alto el principio democrático para su aplicación interna¹³⁸. De allí de que la autoejecutividad de una norma no sea una guía infalible para determinar aquello según el presente autor.

4. Otra observación relevante, es la descrita por Lambeth, para quién, el debate nacional sobre esta doctrina no ha considerado la doble naturaleza de los Tratados Internacionales, y la necesaria distinción entre su validez doméstica y aplicabilidad doméstica para una mejor comprensión de la problemática¹³⁹. Explica medularmente que “La aplicabilidad de una norma supone su validez de acuerdo a los criterios procedimentales de validez de cada sistema jurídico particular. Así también, la aplicabilidad doméstica de los tratados internacionales o sus normas siempre suponen la validez del mismo”¹⁴⁰. En ese sentido, sostiene que, en virtud de la normativa constitucional de recepción de tratados chileno “(...) todo el problema de la autoejecutabilidad surge una vez incorporado el tratado en el ordenamiento interno, en una etapa posterior a su ratificación. Luego, la discusión no surge en la determinación, a priori, del carácter autoejecutable o no autoejecutable de un tratado internacional. Pero el problema en el caso chileno es precisamente el contrario. Precisamente porque en el contexto nacional el debate ha desconocido la distinción entre la validez y la aplicabilidad del tratado internacional, el uso de estas categorías ha sido considerado como algo que puede ser resuelto antes de la incorporación del tratado al derecho interno porque el carácter autoejecutable viene determinado en el tratado mismo”¹⁴¹.

En esa línea, al referirse a la presunción de autoejecutabilidad que sostienen algunos autores, explica que “(...) en contextos de un estado de Derecho Constitucional, la

¹³⁷ *Ibíd.* p. 51. Nota N°36. Se alude a la dictación del decreto supremo N°124 del Ministerio de Planificación sobre Reglamento del artículo 34 de la Ley N.º 19.253, a fin de regular la consulta y participación de los pueblos indígenas.

¹³⁸ *Ibíd.* p. 67, Nota N°36.

¹³⁹ LAMBETH, George. *Op. cit.*, 2015, p.51. “Como indica Iwasawa respecto de la discusión norteamericana, es fundamental en el análisis del carácter autoejecutable de un tratado, la distinción entre la validez doméstica y la aplicabilidad. (...) parte importante de los problemas que presenta el análisis de estas categorías en la doctrina nacional radican en desconocer esta distinción, especialmente considerando la doble naturaleza del tratado internacional, como norma de derecho interno y como norma de derecho internacional”.

¹⁴⁰ *Ibíd.* p.51.

¹⁴¹ *Ibíd.* p.51-52.

presunción de autoejecutabilidad es una tesis equivocada. El error radica en asumir una regla de reconocimiento que no se condice con los criterios procedimentales de validez contemplados en el Derecho Constitucional chileno [...] La solución del problema de la autoejecutabilidad es una cuestión de derecho doméstico que se plantea solo una vez que el tratado internacional ha sido incorporado al derecho interno como norma válida. La determinación anterior a este momento supone desconsiderar tanto la naturaleza dual de las normas internacionales como la distinción de validez y aplicabilidad de las normas”¹⁴².

5. Cabe agregar a este planteamiento, que me parece correcta la observación de que la discusión en torno a la autoejecutabilidad de un tratado adquiere relevancia una vez que el mismo se integra a nuestro sistema jurídico. Según se destacó, atendido el carácter predominantemente dualista de nuestro ordenamiento jurídico interno, tal discusión no opera como una problemática absolutamente aislada de otros elementos, suponiendo la concurrencia de determinadas circunstancias. A modo ilustrativo, por regla general en nuestro derecho, es necesaria la entrada en vigor del tratado respectivo para que se verifique su producción de efectos en el plano interno, y dado que la doctrina de la autoejecutabilidad condiciona la susceptibilidad de su aplicabilidad directa (área de incidencia de esta doctrina), resulta de suma importancia que el tratado se encuentre en vigor, para que se verifique efectivamente la manifestación del carácter autoejecutable de sus normas. Y viceversa, no basta la entrada en vigor de un tratado, sino que es necesaria la concurrencia de su carácter autoejecutable.

De tal forma, es posible comprender que el carácter autoejecutable, opera como un requisito ineludible que debe reunir un tratado para la procedencia de su aplicabilidad doméstica, integrándose como una arista adicional que debe observarse en el tránsito relativo a su incorporación en el ordenamiento jurídico Chileno, operando como un eslabón que condiciona más bien la aplicabilidad de los tratados, no su obligatoriedad (por ejemplo, la obligatoriedad del Convenio no está puesta en duda, sino su aplicabilidad directa, área en que incide ésta doctrina conforme la clasificación que establece).

6. Por otra parte, cabe señalar que, en general, me parece que la posición predominantemente dualista de nuestro ordenamiento jurídico interno, justifica en gran

¹⁴² *Ibíd.* p. 57.

medida la utilización de esta doctrina para regular la aplicación interna de los tratados, habida consideración de la libertad que brinda el propio derecho internacional a los Estados para determinar la forma en que se comprometen a cumplir de buena fe los tratados, pudiendo perfectamente recurrir a la doctrina de la autoejecutabilidad para ello, según abordamos al inicio de este capítulo. Otra cosa, en mi opinión, sería la forma en que se ha llevado a cabo su tratamiento, y si acaso aquello se ha alejado de los estándares de buena fe que se exigen para el cumplimiento de los tratados, pudiendo obrar como mecanismo obstaculizador para su aplicación doméstica y la eventual responsabilidad del Estado que cabría en ello.

7. Otro eje que cobra relevancia a mi juicio es el relativo a las condiciones y criterios para la procedencia del carácter autoejecutable. Como pudo apreciarse a lo largo de este capítulo, en líneas generales, es posible dar cuenta de la existencia de 3 condiciones para la concurrencia del carácter *self-executing*, tanto desde una óptica objetiva como subjetiva, en que predominantemente primaria la primera¹⁴³. No obstante, es posible advertir ciertas críticas y observaciones a su planteamiento, cuya fijación ha sido obra de la doctrina y jurisprudencia fundamentalmente, dada la ausencia en nuestro derecho interno de una sistematización normativa que fije de manera concreta tales parámetros.

Una de las observaciones que destaca para estos efectos, es la descrita por Montt y Matta, para quienes, desde un punto de vista crítico con relación a la sentencia Rol N°309 del TC ya señalada, sostienen que “más allá del efecto extremo otorgado a la referida clasificación por la jurisprudencia de nuestros tribunales, el concepto mismo de autoejecutabilidad —esto es, cuándo una norma es o no es autoejecutable— no es en absoluto claro en nuestro Derecho. De una lectura atenta de los fallos antes citados puede notarse que los únicos criterios utilizados son el “carácter programático” de las normas contempladas en el tratado, si las normas “se bastan a sí mismas” y, por último, el hecho que el tratado llame a su implementación ulterior. De esta forma, en Chile los criterios de autoejecutabilidad no resultan nada claros”¹⁴⁴, agregando que “En todo caso, esto no es una sorpresa, dado el papel que juega el elemento político en la determinación de esta cuestión (...)”¹⁴⁵.

¹⁴³ A diferencia de EE. UU., donde primaría el factor subjetivo. Véase: MONTT, Santiago, Op. Cit., 2005, p.34

¹⁴⁴ MONTT, Santiago y MATTA, Manuel. Op. cit., 2011, p. 160-161.

¹⁴⁵ *Ibíd.* p.161.

Atendidas estas críticas, si bien resultaría del todo relevante el esfuerzo doctrinario y jurisprudencial por clarificar y sistematizar en mayor medida los criterios para la determinación del carácter autoejecutable (dada su importancia en lo relativo a la aplicabilidad doméstica de los tratados), como es posible verificar en EE.UU¹⁴⁶⁻¹⁴⁷, debe reconocerse, sin embargo, la evidente complejidad para establecer un criterio uniforme y común para todos ellos, dificultad que incluso es verificable en el país norteamericano¹⁴⁸, dadas las distintas particularidades, disciplinas y objetivos que buscan satisfacer los tratados.

De tal de manera, no es de extrañar que tal incerteza trascienda a nuestro país. Tales dificultades importan considerar que, en la tarea de determinar el carácter autoejecutable, se tengan en cuenta las particularidades de cada tratado, así como las propias del ordenamiento jurídico interno en que se introduce, resultando, quizás, conveniente en ese sentido evitar una postura rígida sobre la materia, que, sin perjuicio de ello, no rehuya de la tarea de precisar en mayor medida las implicancias y criterios relacionados a su determinación, en pro de la necesaria certeza jurídica en esta materia y su importancia en lo relativo a la aplicabilidad doméstica de los tratados

8. Sobre la base del conjunto de consideraciones destacadas, cabe finalizar el presente capítulo señalando que, atendida la interacción de factores que van más allá del ámbito jurídico, es posible identificar ciertas particularidades asociadas a los tratados en

¹⁴⁶ Como destacan Montt y Matta: “De conformidad al Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the United States, §111, un acuerdo internacional no es self-executing si: a) el acuerdo manifiesta la intención de las partes en el sentido de que el mismo no se transforme efectivamente en derecho interno sin la correspondiente implementación legislativa; b) si el Senado al dar su consentimiento al tratado, o el Congreso por una resolución, requieren normativa interna de implementación; c) si la implementación legislativa es requerida por la Constitución”. MONTT, Santiago, Op. Cit., 2005, p. 34.

¹⁴⁷ A este respecto, Vásquez destaca, en primer lugar, la intención del estado de incorporar automáticamente el tratado en el orden interno; segundo, que lo que establece el tratado debe ser propio de las materias tratadas por la Constitución; en tercer lugar, que estas materias deben verse plasmadas en estatutos y por último que el tratado internacional establezca derechos a favor del demandante que harían al tratado aplicable por la corte. VAZQUEZ, Carlos, Op. Cit., 1995, p. 695 y ss.

¹⁴⁸ Destaca Montt que: “aunque el criterio central es la intención de las partes al celebrar el acuerdo respectivo –el llamado “factor subjetivo”–, los tribunales suelen recurrir a la “retórica” de la no autoejecutabilidad cuando estiman que el Tratado no crea derechos exigibles ante los Tribunales, cuando no otorga legitimidad activa a quienes aparecen demandando, cuando no entrega criterios materiales que permitan resolver los conflictos que se generan de su aplicación incluyendo asuntos de naturaleza política y no jurídica, cuando no es completo ni preciso, cuando usa un lenguaje en tiempo futuro para definir las obligaciones de las partes, o cuando provee medios específicos y efectivos para asegurar su cumplimiento a nivel internacional –los llamados “factores objetivos”–; “(...) en definitiva, el resultado en Estados Unidos no es nada de claro”. MONTT, Santiago, Op. Cit., 2005, p.34-35.

materia de DD.HH., de cuya interacción no estaría libre la doctrina de la autoejecutabilidad, según se destacó previamente.

En esa línea, si bien me parece correcta la predominancia de una orientación objetiva para determinar el carácter autoejecutable de los tratados (por cuestiones asociadas a la certeza y seguridad jurídica de su aplicación en nuestro derecho interno), sobre todo en relación a los tratados internacionales ordinarios, en materia de DD.HH., es posible sostener una perspectiva que, si bien privilegie la concurrencia de condiciones objetivas, no excluya de forma absoluta la consideración de los aspectos subjetivos íntimamente ligados a este tipo de tratados (relativos a la intención de las partes a la hora de suscribirlos, y lo que ello conlleva en lo que respecta a su implementación), cuya interacción debiera ponderarse a la hora de determinar su autoejecutabilidad, evitando la utilización de esta doctrina como un mecanismo obstaculizador para su aplicación. En mi opinión, lo anterior permitiría fundamentar una implementación más expedita de los DD.HH. en las legislaciones nacionales de los Estados, ya sea aplicando debidamente la normativa que ya es autoejecutable, o bien, para proveer bajo tales estándares la normativa necesaria para la concurrencia del carácter self-executing. Según se abordará con mayor detención más adelante, el hecho de considerar al Convenio como un instrumento internacional en materia de DD.HH., abre la puerta a la consideración de una pluralidad de aspectos, que un sector importante de la doctrina establece en relación a la autoejecutabilidad de tal tipo de tratados.

De esta manera, si bien no era objeto de esta memoria el estudio exclusivo y pormenorizado de la doctrina de la autoejecutabilidad, sino su relevancia a propósito del Convenio, la consideración de sus aristas principales, previo al estudio de tal interacción, resulta una tarea fundamental que posibilita una comprensión más integral de la problemática.

CAPÍTULO 2: INTERACCIÓN GENERAL DEL CONVENIO CON EL ORDENAMIENTO JURÍDICO NACIONAL Y ASPECTOS RELACIONADOS A LA DOCTRINA DE LA AUTOEJECUTABILIDAD.

Vistos los aspectos principales de la doctrina de la autoejecutabilidad, cabe pasar a revisar en el presente capítulo, un breve alcance sobre los aspectos medulares del Convenio en nuestro ordenamiento jurídico interno, en miras a contextualizar la situación jurídica del mismo, previo a examinar su interacción particular con esta doctrina. Para ello, se comenzará revisando brevemente el origen y contenido de este tratado, para luego revisar las aristas principales de las que daría cuenta su proceso de incorporación, destacando aquellos puntos que se relacionan directamente con la doctrina en comento.

2.1. EL CONVENIO N°169 DE LA OIT. GÉNESIS Y CONTENIDO GENERAL.

Como fue posible advertir en la introducción de esta memoria, la génesis del Convenio tuvo lugar en el seno de la OIT y culmina en el año 1989, fruto de la necesidad de contar con una nueva normativa jurídica que considerara en forma más efectiva los derechos e intereses de los pueblos indígenas, atendidas sus particularidades culturales, en el contexto de un mundo globalizado.

Sin perjuicio de lo anterior, los primeros pasos de la OIT en dicha problemática operarían de manera indirecta. En efecto, como explica Virginia Leary “Se puede interpretar como una anomalía el que la OIT haya adoptado convenios sobre pueblos indígenas, sobre todo convenios que no se limitan a temas laborales. La OIT no tiene mandato específico con respecto a los pueblos indígenas en general. Sin embargo, los Convenios No. 107 y No. 169 abarcan muchos aspectos además de los laborales, tales como salud, educación y lengua. Hay razones históricas que explican la participación poco usual de la OIT en los temas indígenas. La participación de la OIT en dichos temas iniciaría de manera indirecta en el año 1920, al ocuparse de la situación de los trabajadores rurales, que en gran medida provenían de estos pueblos indígenas y tribales”¹⁴⁹.

No obstante lo anterior, si bien parte importante de dichos trabajadores provenían de los pueblos indígenas, la configuración de su problemática era del todo diversa, por cuanto

¹⁴⁹ LEARY, Virginia. Op. cit., 1999, p. 17.

involucraba un complejo conjunto de elementos que obligaba a mirar el problema más allá de consideraciones meramente laborales. Por tanto, su correcto entendimiento obligaba a considerar factores y elementos más amplios, a partir de una perspectiva histórica y cultural comprensiva de sus particularidades, que tuviera en cuenta la compleja situación por la que atravesaban y el avanzado proceso de pérdida cultural del que eran objeto en el contexto de un mundo globalizado.

No obstante ello, como primera gran respuesta a dicha problemática, nacería primeramente el Convenio N°107 de la OIT en el año 1957¹⁵⁰, de una clara orientación asimilacionista, y cuya fundamentación se basaba “(...) en la suposición subyacente de que el único futuro posible para los pueblos indígenas era su integración en el resto de la sociedad, y que otros habían de tomar decisiones sobre su desarrollo”¹⁵¹. Sin embargo, la labor desplegada a partir de dicho paradigma no prosperaría con el pasar de los años, tornándose insuficiente, dada su incapacidad para enfrentar con una sintonía real la problemática. Dado lo anterior, “En 1986, una comisión de expertos convocada por el Consejo de Administración de la OIT concluyó que «el enfoque integracionista del Convenio era obsoleto y que su aplicación era prejudicial en el mundo moderno». En consecuencia, la OIT inició la revisión del Convenio núm. 107 y finalmente adoptó el Convenio núm. 169 sobre pueblos indígenas y tribales en 1989”¹⁵².

Entre los distintos aspectos a considerar, se destaca principalmente que “(...) la innovación más importante del nuevo texto consiste en la elevación de los estándares de protección. A saber, donde el Convenio 107 consagraba políticas recomendadas, el Convenio 169 formula derechos”¹⁵³, sobresaliendo “(...) el tránsito desde el reconocimiento de la existencia de poblaciones indígenas en 1957, a la de pueblos indígenas, en 1989. Al identificarse poblaciones indígenas, como poblaciones distintas de otras poblaciones, se avanzó en la especificación de los derechos, asumiendo esta diferencia, el ser indígena, como una diferencia valiosa a la hora de reconocer ciertos derechos a los individuos. Luego, dichos derechos transitaron desde una perspectiva individual a una colectiva, al referirse a

¹⁵⁰ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Op. Cit., 2013, p. 4.

¹⁵¹ Ídem.

¹⁵² Ídem.

¹⁵³ MEREMINSKAYA, Elina (2011). “El Convenio N°169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Derecho Internacional y experiencias comparadas”; En: Estudios Públicos del Centro de Estudios Públicos de Chile N°121, pp. 213-276. [En Línea] <https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160304/asocfile/20160304095448/rev121_EMereminskaya.pdf> [Fecha de consulta: 1-10-2018]. p. 222.

pueblos y no a poblaciones, comenzando el reconocimiento expreso de derechos colectivos a los pueblos indígenas (...)”¹⁵⁴. En efecto, tal concepción rupturista es apreciable, incluso, en el propio preámbulo del Convenio, el cual señala que “(...) la evolución del derecho internacional desde 1957 y los cambios sobrevenidos en la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo hacen aconsejable adoptar nuevas normas internacionales en la materia, a fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores”¹⁵⁵, demostrando que “El principio de libre determinación es uno de sus pilares fundamentales (...)”¹⁵⁶ que, en conexión al principio de buena fe, debe ser observado a la hora de llevar a cabo su aplicación¹⁵⁷.

En general, dicha perspectiva es comprensible, justamente, a partir del desarrollo experimentado por el DIDH. en la especificación de sus derechos. En efecto, el DIDH “(...) ha consolidado el reconocimiento de la dignidad de la persona en tanto individuo y como titular de una identidad y pertenencia a determinados colectivos o grupos sociales. En esta perspectiva, la comunidad internacional ha realizado esfuerzos para abordar la especificidad de la identidad de las personas, en la promoción y protección de sus derechos. Para el caso de los pueblos indígenas, esta evolución se inscribe en la protección de la diversidad y la prohibición de la discriminación, y también en la constatación de una historia de marginalidad social, política, económica y cultural que transgrede los derechos colectivos, las formas tradicionales de vida, la preservación de la identidad y la existencia en tanto pueblos”¹⁵⁸. Tal perspectiva a mi juicio, se encuentra indisolublemente ligada a lo que a la implementación del Convenio se refiere, relacionándose incluso en lo que respecta a la autoejecutabilidad de su normativa, según veremos.

De esta manera, atendida esta lectura panorámica sobre los orígenes del Convenio, si bien su normativa será vista con mayor detalle en el capítulo final de esta memoria (a propósito de la doctrina de la autoejecutabilidad), cabe tener presente las aristas

¹⁵⁴ GAETE, Lucía (2012). “El Convenio 169. Un análisis de sus categorías problemáticas a la luz de su historia normativa”, *Ius et Praxis*, 18(2), año 2012, pp. 77-124. [En línea]: <<https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v18n2/art04.pdf>> [Fecha de consulta: 1-10-2018], p. 82-83.

¹⁵⁵ CONVENIO N°169 DE LA OIT (1989). Preámbulo, Párrafo N°5.

¹⁵⁶ MONTT, Santiago y MATTA, Manuel. Op. Cit., p. 141.

¹⁵⁷ Los Estados ratificantes tienen la obligación de aplicar el Convenio de buena fe, en la legislación y en la práctica (...). ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Op. Cit., 2013, p.5.

¹⁵⁸ INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (2010). “Situación de los derechos humanos en Chile, Informe anual, año 2010”. [En Línea] <https://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/41/informe_anual_2010.pdf?sequence=1> [Fecha de consulta: 25-09-2018], p. 91.

fundamentales de su contenido, reveladas a partir de la siguiente estructura general (además de su preámbulo):

“I. Política General (artículos 1 a 12)

II. Cuestiones Sustantivas

1. Tierras (artículos 13 a 19)
 2. Contratación y Condiciones de Empleo (artículo 20)
 3. Formación Profesional, (artículos 21 a 23) Artesanía e Industrias Rurales
 4. Seguridad Social y Salud (artículos 24 y 25)
 5. Educación y Medios (artículos 26 a 31) de Comunicación
 6. Contactos y Cooperación (artículo 32) a Través de las Fronteras
- III. Administración (artículo 33)
- IV. Disposiciones Generales (artículos 34 a 44) de Procedimiento”¹⁵⁹.

Sobre tal estructura general, los principales contenidos a los que daría lugar el Convenio pueden ser sintetizados en los siguientes puntos:

- “1. Definición de pueblos indígenas y tribales para efectos de su aplicación.
2. Utilización del término “pueblos” en vez de “poblaciones”.
3. Consagración de los denominados “Derechos colectivos” a favor de los pueblos indígenas
4. Establecimiento de una amplia gama de derechos a favor de los pueblos indígenas, en particular respecto a sus tierras, “territorios” y a los recursos naturales existentes en éstos.
5. Establecimiento de un conjunto de obligaciones para los estados parte, y especialmente la obligación de consultar a los pueblos indígenas cuando se prevean medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectarles directamente”¹⁶⁰.

En esa línea, cobra especial relevancia éste último punto, por cuanto refleja lo contenido en los artículos 6¹⁶¹ y 7¹⁶² relativos a los derechos de Consulta y Participación,

¹⁵⁹ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2003). “Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales: Un Manual. Proyecto para Promover la Política de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales”. 1ªEd., ISBN: 92-2-312056-X, [En línea] <http://pro169.org/res/materials/es/general_resources/Convenio%20num%20169%20-%20manual.pdf> [Fecha de consulta: 20-09-2018], p.6..

¹⁶⁰ DONOSO, Sebastián. Op. Cit., 2009, p.5

¹⁶¹ CONVENIO N°169 DE LA OIT (1989). Artículo 6: “1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados

ejes fundamentales del presente tratado. En efecto, “Los derechos de los pueblos indígenas y tribales a ser consultados y a participar en el proceso de adopción de decisiones constituyen la piedra angular del convenio núm. 169 y la base para aplicar el conjunto más amplio de derechos consagrados en el Convenio [...] son también el medio por el cual los pueblos indígenas pueden participar plenamente en la adopción de las decisiones que les afectan”¹⁶³.

En general, una de las grandes cualidades del Convenio radica en el hecho de que “se trata del único tratado que reconoce derechos colectivos en favor de los pueblos indígenas (...)”¹⁶⁴. Sin embargo, cabe aclarar que el catálogo de derechos que establece no opera como una suerte de privilegio o categoría especial para los mismos en relación a los demás, sino que “(...) articulan los derechos humanos universales que se aplican a los pueblos indígenas. Esto significa que conviene contextualizar los derechos con la situación de los pueblos indígenas y tomar en cuenta sus aspectos colectivos”¹⁶⁵.

Así las cosas, y sin perjuicio de las críticas y observaciones que pudieran formularse, desde su adopción en 1989, el Convenio “(...) se ha ido afirmando como el más importante

puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan; c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin; 2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”.

¹⁶² CONVENIO N°169 DE LA OIT (1989). Artículo 7: “1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.

2. El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan. Los proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento”.

3. Los gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas.

4. Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan.

¹⁶³ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Op. Cit., 2013, p.11.

¹⁶⁴ MONTT, Santiago y MATTA, Manuel. Op. Cit., p. 141.

¹⁶⁵ “Por ejemplo, los niños indígenas tienen el mismo derecho a la educación que todos los otros niños, pero sus distintos idiomas, historias, conocimientos, valores y aspiraciones se deben reflejar en los programas educativos y en los servicios”. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Op. Cit., 2013, p.3.

documento de política internacional sobre pueblos indígenas y tribales”¹⁶⁶. Entre sus significativas particularidades, sobresale el hecho de “(...) que refleja el consenso logrado por los mandantes tripartitos de la OIT en relación con los derechos de los pueblos indígenas y tribales dentro de los Estados-nación en los que viven y las responsabilidades de los gobiernos de proteger estos derechos. El Convenio se fundamenta en el respeto a las culturas y las formas de vida de los pueblos indígenas y reconoce sus derechos sobre las tierras y los recursos naturales, así como el derecho a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo. El objetivo del Convenio es superar las prácticas discriminatorias que afectan a estos pueblos y hacer posible que participen en la adopción de decisiones que afectan a sus vidas. Por lo tanto, los principios fundamentales de consulta y participación constituyen la piedra angular del Convenio. Además, el Convenio cubre una amplia gama de cuestiones relativas a los pueblos indígenas, que incluyen el empleo y la formación profesional, la educación, la seguridad social y la salud, el derecho consuetudinario, las instituciones tradicionales, las lenguas, las creencias religiosas y la cooperación a través de las fronteras”¹⁶⁷.

Tales lineamientos han sido válidamente recepcionados por parte del Estado de Chile, haciéndolos parte, por ejemplo, a través de su Ministerio del Medio Ambiente¹⁶⁸.

2.2. PROCEDIMIENTO DE INCORPORACIÓN DEL CONVENIO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNO.

Sobre la base de lo expuesto, cabe añadir en nuestras consideraciones, ciertos elementos relativos a la incorporación del Convenio en nuestro derecho interno, que además de contextualizar la situación jurídica del mismo, permitan identificar ciertos aspectos íntimamente ligados a la autoejecutabilidad de su normativa, revelándose preliminarmente la inclinación por una perspectiva no autoejecutiva de su contenido. Según vimos, si bien la discusión en torno a la autoejecutabilidad de un tratado se encuentra esencialmente situada en el ámbito doméstico, al suponer para su relevancia la validez interna de los mismos,

¹⁶⁶ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Op. Cit., 2003, p.5.

¹⁶⁷ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Op. Cit., 2013, p.1.

¹⁶⁸ [www.consultaindigena.mma.gob.cl](https://consultaindigena.mma.gob.cl). Ministerio del Medio Ambiente, Gobierno de Chile. [En línea] <<https://consultaindigena.mma.gob.cl/que-es-el-convenio-n-169-de-la-oit>> [Fecha de consulta: 15-02-2019]. Se destaca que: “El objetivo del Convenio 169 es superar las prácticas discriminatorias que afectan a estos pueblos y hacer posible que participen en la adopción de decisiones que afectan a sus vidas, por lo que los principios fundamentales de consulta previa y participación constituyen su piedra angular”.

resulta interesante destacar los aspectos íntimamente relacionados a esta doctrina durante su proceso de incorporación por tales motivos

Así las cosas, cabe tener presente con antelación, las disposiciones fundamentales que configuran a nuestro sistema constitucional de recepción de tratados internacionales. Sin perjuicio de las críticas que se formulan a su regulación¹⁶⁹, en general, como destaca Nogueira, “(...) el texto constitucional nos lleva a la conclusión de que los tratados internacionales se incorporan válidamente como tales al ordenamiento jurídico chileno, una vez cumplidas las formalidades del caso, las cuales se encuentran determinadas en los artículos 32 N° 15, 54 N° 1 y 93 N° 1 y 3 de la Constitución, pasando a ser normas de derecho positivo interno, sin dejar de ser normas de derecho internacional”¹⁷⁰.

Tal marco constitucional en materia de tratados, instituido a partir de la reforma constitucional del año 2005 en nuestro país, daría cuenta de “(...) un notorio y conveniente avance”¹⁷¹. Entre otros aspectos, cabe destacar el establecimiento del artículo 54 N°1 de la CPR y el fortalecimiento de la perspectiva que diferenciaba a los Tratados Internacionales de la ley interna en cuanto a su naturaleza y fuerza normativa¹⁷², en miras a dejar atrás requisitos como el relativo a su Publicación en el Diario Oficial para su entrada en vigor¹⁷³.

¹⁶⁹ “La Constitución se refiere al derecho convencional internacional en algunas pocas disposiciones, como son las contenidas en los artículos 5 inciso 2°; 32 N° 15; 54 N° 1; artículos 93 N° 1 y 3; y 94.”. NOGUEIRA, Humberto (2014). “El valor jurídico asignado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al derecho convencional internacional de los derechos humanos y su fuerza normativa en el periodo 2006-2013”. Revista chilena de derecho, 41(2), 409-435. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372014000200003>.

¹⁷⁰ Ibid.

¹⁷¹ GARCÍA, Ana (2006). “Tratados Internacionales según la Reforma Constitucional de 2005” en Revista de Derecho Público. Chile. Volumen 68. pp 72- 84. doi:10.5354/0719-5249.2016.40297[En línea] <<https://revistaestudiostributarios.uchile.cl/index.php/RDP/PU/article/view/40297/41850>> [Fecha de consulta: 20-04-2019], p. 83.

¹⁷² Destaca, en ese sentido, la profesora García que: “La reforma pone fin a la polémica sobre la jerarquía entre tratado y ley, determinando la supremacía de los Tratados sobre la ley. En efecto, el primer inciso del N°1 del nuevo artículo 54 dispone que “la aprobación de un tratado requerirá, en cada Cámara, de los quórum que corresponda, en conformidad al artículo 63, y se someterá, en lo pertinente, a los trámites de una ley”. La expresión “en lo pertinente” significa una diferenciación entre tratado y ley en lo referente a los trámites que implica su aprobación”. Además, un Tratado no puede ser derogado como cualquier ley, o por una ley posterior, ya que, como se ha señalado, el inciso quinto del N°1 del artículo 54 dispone que las normas de un Tratado “ sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional”. GARCÍA, Ana María. Op. cit., 2006, p 82.

¹⁷³ Destaca Nogueira, el artículo 54 N°1 de la CPR, que: “De acuerdo a dicho inciso décimo, no es un requisito constitucional la publicación del tratado en el Diario Oficial, por lo cual los órganos jurisdiccionales no podrán considerar dicha publicación como la etapa de vigencia del tratado en el derecho interno, debiendo el legislador regular la materia” (...) En esta materia el legislador chileno debe ser coherente con los principios y obligaciones derivadas de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969. La interpretación conforme a tales normas nos lleva a sostener que los tratados o convenciones internacionales son obligatorias para el Estado chileno desde su ratificación o adhesión por parte del Estado de Chile y vigencia internacionales, rigiendo desde tal momento todos los derechos que ellas crean a favor de las personas (...). NOGUEIRA, Humberto (2007). “Reforma constitucional de 2005 y control de constitucionalidad de tratados internacionales.

De lo anterior, es posible deducir un mayor grado de compromiso por parte del Estado en lo que respecta a sus obligaciones internacionales, por la coherencia de esta normativa con los principios del Derecho Internacional de los Tratados, principalmente configurados por el de Buena fe y Pacta Sunt Servanda, según vimos, aspectos de suma importancia a la hora de examinar el proceso de incorporación del Convenio.

2.2.1. ANTECEDENTES GENERALES DE LA SUSCRIPCIÓN DEL CONVENIO:

Atendido, a grandes rasgos, el marco jurídico para la incorporación de los Tratados cabe comenzar destacando ciertos aspectos del orden político e histórico que interactuaron a la hora de gestarse los primeros pasos de la implementación del Convenio en nuestro derecho interno. En ese sentido, según Egaña, es posible sostener que al momento de su suscripción “(...) esta se hace sin haber realizado con anterioridad una discusión profunda sobre las implicancias que tenía adherir al documento y comprometerse como Estado y como sociedad a lo que el Convenio estipula”¹⁷⁴, agregando que “Lo anterior hay que entenderlo en el contexto histórico en el cual se estaba y lo que significaba pasar de la dictadura militar a un régimen democrático. La demanda indígena que se había ido construyendo en los años ochenta, es casi enteramente recogida en el llamado Acuerdo de Nueva Imperial, en el cual se fija el primer acuerdo político entre el sector que asumiría posteriormente el gobierno y el mundo indígena. Parte del Acuerdo es la suscripción y posterior ratificación y puesta en marcha del Convenio 169”¹⁷⁵.

En efecto, como es posible advertir, la implementación del Convenio surge fruto de un largo proceso de discusión y diálogo, ligándose directamente al delicado contexto de inicios de la década de 1990, y caracterizado por un importante proceso de transición de la mano del gobierno del Ex-Presidente Patricio Aylwin. Tal contexto, en que era patente la necesidad de fortalecer los mecanismos de protección ligados a los DD.HH. incluía, entre otros aspectos, el mejoramiento de las instancias de participación y diálogo con los pueblos indígenas, adquiriendo coherencia, en ese sentido, la suscripción de un Tratado como el

Estudios Constitucionales”. [en línea] 2007, 5 (junio): [Fecha de consulta:10-01-2018] Disponible en: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82050104>> ISSN 0718-0195. p. 66- 67.

¹⁷⁴EGAÑA, Rodrigo. (2013). “Convenio 169 y Su Implementación. La Propuesta Del Gobierno Bachelet (2006 - 2010)”, Estado, Gobierno, Gestión Pública, ISSN 0717-6759, N°21 (2013), pp. 179-211. [En línea] <<https://semanariorepublicano.uchile.cl/index.php/REGP/article/view/29406/31185>> [Fecha de Consulta: 10/03/2019]. p. 180

¹⁷⁵ Ídem.

Convenio. Como señala Egaña “(...) para el Presidente de la época era claro que había que dar una señal política en el sentido de incorporar en el sistema jurídico chileno el reconocimiento de los pueblos indígenas que contenía el Convenio”¹⁷⁶. Dicha intencionalidad es verificable, por ejemplo, en el mensaje presidencial de diciembre del año de 1990 por parte del Ejecutivo para que se apruebe el acuerdo relativo al Convenio¹⁷⁷.

No obstante, si bien la integración de un tratado como el Convenio resultaba del todo novedoso en ese entonces, dado, por ejemplo, la ausencia de un sistema de consulta y participación en la formulación de políticas públicas y de proyectos de ley en nuestro país, paradójicamente, estas mismas innovaciones serían objeto de un profundo debate que dificultaría su proceso de implementación, dada la dificultad para dimensionar sus reales consecuencias¹⁷⁸.

2.2.2. APROBACIÓN LEGISLATIVA Y RATIFICACIÓN:

Sin duda, la etapa más controvertida del extenso proceso de incorporación del Convenio a nuestro derecho interno tendría lugar en los 17 años que duraría la discusión parlamentaria hasta su respectiva aprobación, en la que son verificables interesantes discusiones que pronosticaban en cierta forma una compleja y problemática implementación futura. Como bien destaca el profesor Claudio Troncoso: “Este fue otro de los tratados que generaron gran controversia política en su aprobación parlamentaria. El Convenio ingresó el 8 de enero de 1991 al Congreso, enviado para su aprobación por el entonces Presidente Patricio Aylwin, pero fue recién aprobado por el Senado 17 años y medio después, el año 2008”¹⁷⁹.

¹⁷⁶ “Esta convicción la mostró el Ex-Presidente cuando presidió la Comisión redactora del “Informe sobre la verdad histórica y el nuevo trato para los pueblos indígenas” y en su preocupación permanente que ha mostrado sobre esta materia”. *Ibíd.* p. 180-181.

¹⁷⁷ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE (2008). Historia del Decreto N° 236 del Ministerio Relaciones Exteriores que Promulga el Convenio N°169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes de la OIT. [En línea]: <https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/538/3/hdl-236.pdf> [Fecha de consulta: 10/03/2019]. p. 4-6.

¹⁷⁸ “Cabe mencionar que hacia el año 1990, no existía instituido en el país ningún sistema de participación ciudadana ni menos instalado algún sistema de consulta por parte del gobierno en el proceso de formulación de políticas públicas y de proyectos de ley. De ahí que era difícil imaginar qué implicaba la obligación a consulta indígena que forma parte del convenio. Tampoco había una clara comprensión sobre lo que podía significar que los pueblos indígenas tuvieran un mayor control sobre sus territorios y sus recursos naturales, ni lo que podía significar la validación de normas penales propias”. *Ídem.*

¹⁷⁹ TRONCOSO, Claudio (2011). “Parlamento y política exterior de Chile: un balance de 20 años (1990-2010)”. Serie de estudios N°6, Konrad Adenauer Stiftung, Santiago de Chile. p.53.

Para comprender lo anterior, cabe comenzar destacando el antiguo artículo 82 N°2 de nuestra Carta Fundamental relativo al control de constitucionalidad de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso¹⁸⁰. Justamente tal precepto, configurado en la actualidad por el artículo 93 N°3 de la CPR a partir de la reforma constitucional del año 2005¹⁸¹, es verificable en la sentencia del TC Rol N°309 ya comentada, en que un grupo de 31 diputados en ejercicio presentó un requerimiento en conformidad al artículo 82 N° 2° de la CPR en comento, con el objeto de que se declarara la inconstitucionalidad del Convenio. Si bien aquel terminaría siendo rechazado en todas y cada una de sus partes¹⁸², como señalamos, tal sentencia introduciría explícitamente la distinción entre normas self-executing y non-self-executing en los tratados, distinción a partir de la cual justamente se resolvería que habiendo normas de naturaleza autoejecutable en el tratado, y siendo estas materias de regulación por parte de leyes orgánicas constitucionales, sólo éstas podían estar sujetas al control de constitucionalidad. Como vimos, lo polémico de tal resolución radicó fundamentalmente en la exclusión de la normativa no autoejecutable de tal control, señalándose que era necesario un desarrollo legislativo o reglamentario posterior que las hiciera autoejecutables para proceder aquello. Tal resolución, a mi juicio, muestra claramente la predominancia de una concepción no autoejecutiva de su contenido, por cuanto tal control de constitucionalidad obró sólo respecto de los artículos 6 N°1, letra a) y N°2, y el 7 N°1 oración segunda del Convenio, excluyéndose la mayoría de sus disposiciones por cuanto, se deduce, respondían a la categoría no autoejecutable.

Tal sentencia, pronunciada en agosto del año 2000, ya daba cuenta del complejo camino que se venía gestando, cuya dificultad terminaría confirmándose en su posterior tramitación parlamentaria. En efecto, si bien el proyecto de Acuerdo aprobatorio del Convenio sería aprobado por la Honorable Cámara de Diputados en abril del año 2000¹⁸³, para luego concurrir la del Honorable Senado de la República en marzo del año 2008¹⁸⁴, conforme los artículos 54 N°1¹⁸⁵ y 66 inciso segundo de nuestra CPR¹⁸⁶, tal aprobación

¹⁸⁰ Tal artículo 82 N° 2 de la CPR sería reemplazado por el actual artículo 93 N° 3, modificado por el artículo 1° N° 42 de la Ley de Reforma Constitucional N° 20.050, publicada en el Diario Oficial el 26 de agosto de 2005.

¹⁸¹ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA (1980). Artículo 93 N°3 de la CPR: "Son atribuciones del Tribunal Constitucional: Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso".

¹⁸² Véase: Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N°309, Santiago, cuatro de agosto de dos mil. "SE RESUELVE, Que se rechaza el requerimiento formulado a fojas 1, en todas y cada una de sus partes".

¹⁸³ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Op. Cit., 2008, p. 116.

¹⁸⁴ Ibid. p. 321.

¹⁸⁵ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA (1980). Artículo 54 N°1, inciso primero: "Son atribuciones del Congreso: 1) Aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República

legislativa se verificaría una vez transcurridas casi dos décadas de discusión parlamentaria, destacándose una serie de elementos que, además de revelar lo problemático de su contenido, daban cuenta de una visión predominantemente no autoejecutiva del mismo.

En efecto, como primera observación relevante, justamente cobra importancia el extenso periodo de tiempo destinado a su discusión parlamentaria, destrabándose recién el conflicto después de 17 años de iniciado en diciembre del año 1990. Si bien existen una multiplicidad de factores involucrados, tal extensión temporal permite deducir la inclinación por una perspectiva no autoejecutiva de su contenido, la cual es verificable, además, en una serie de manifestaciones durante dicho periodo de discusión.

A modo ilustrativo, cabe destacar - básicamente en relación al tema objeto de esta memoria - lo señalado por el Honorable Diputado Enrique Krauss durante la discusión en sala de la Honorable Cámara de Diputados (relativo al proyecto de acuerdo sobre aprobación del Convenio), para quién “No se trata de establecer un estatuto que pretenda sobreponerse o entrar en colisión con los vigentes en los países que suscriban el convenio, en nuestro caso, Chile, sino de armonizar. Por eso, la mayoría de las disposiciones contenidas en este convenio, más allá de aquellas reconocidas en nuestra propia legislación, específicamente en la ley indígena, Nº 19.253, de 5 de octubre de 1993, contienen lo que nuestro viejo profesor de derecho constitucional, don Gabriel Amunátegui, denominaba las “disposiciones programáticas”: la invitación al legislador para que se preocupe de materias que no tienen fuerza legal ni imperio para significar demolición, superación, conflicto con la norma vigente. Lo establece, a mayor abundamiento, el artículo 34 del convenio (...)”¹⁸⁷.

Similares términos fueron descritos por la entonces Ministra de Planificación y Cooperación Alejandra Krauss, quién señaló que “Asimismo, si se examina detenidamente cada uno de los preceptos del Convenio, puede observarse que están formulados como nuevas aspiraciones programáticas, entregadas a su realización en la medida de lo posible, mientras que los que tienen carácter imperativo, tal como lo han sostenido los constitucionalistas, no son incompatibles con los principios constitucionales, y todos ellos

antes de su ratificación. La aprobación de un tratado requerirá, en cada Cámara, de los quórum que corresponda, en conformidad al artículo 66, y se someterá, en lo pertinente, a los trámites de una ley”.

¹⁸⁶ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA (1980). Artículo 66, inciso segundo: “Las normas legales a las cuales la Constitución confiere el carácter de ley orgánica constitucional requerirán, para su aprobación, modificación o derogación, de las cuatro séptimas partes de los diputados y senadores en ejercicio”.

¹⁸⁷ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Op. Cit., 2008, p. 90.

pueden llegar a ser interpretados y desarrollados dentro de la letra y del espíritu de la Ley Fundamental. O sea, se trata de normas puramente programáticas, que podrán ser concretadas dentro de las posibilidades de realización, y de reglas imperativas que darán origen a la obligación de adoptar normas legales encaminadas a concretarlas dentro de las bases generales de la Constitución”¹⁸⁸.

Análogas expresiones son apreciables durante la discusión senatorial del Convenio. En conformidad al informe de la Comisión de Relaciones Exteriores recaído en el proyecto de acuerdo, en segundo trámite constitucional, sobre aprobación del Convenio, sobresale, por ejemplo, lo señalado por Sebastián Donoso a la hora de contextualizar la problemática, señalando que “(...) si las normas del Convenio se estiman como autoejecutables, entonces la mera aprobación del mismo incorpora a nuestro sistema legal una serie de derechos que pueden ser impetrados por los indígenas. Algunos de estos derechos, particularmente los consagrados en los artículos 14 y 15, es esperable que sean resistidos por la empresa privada y, desde el otro lado, que sean alegremente bienvenidos por los indígenas, lo que podría entrañar nuevos conflictos sociales. Si, en cambio, se adhiere a la doctrina del Tribunal Constitucional y se estima que las normas del Convenio no son autoejecutables, es posible que se reste dramatismo a su aprobación. No obstante ello, advirtió que cabría esperar que a su aprobación siga una fuerte presión política para dictar nuevas normas o modificar aquellas que permitan dar aplicación al Convenio, por ejemplo en materia de consulta a los indígenas o de los alcances que tienen las áreas de desarrollo indígena, en el contexto de procesos de evaluación ambiental”¹⁸⁹.

Por su parte, el Director Jurídico de la Cancillería, señor Claudio Troncoso, indicó que “(...) el Convenio contempla disposiciones programáticas, redactadas como meras aspiraciones cuya realización debería darse en la medida de lo posible. Al efecto, citó sus artículos 25, Nº 2, y 28, Nº 1, en materias de salud y educación, respectivamente. En su opinión, la inobservancia de tales preceptos sólo podría dar lugar a controversias políticas pero no jurídicas”¹⁹⁰.

Otra observación relevante fue la sostenida por el entonces Ministro Secretario General de la Presidencia José Antonio Viera-Gallo, quien, no obstante señalar que el Convenio

¹⁸⁸ Ibid. p. 102.

¹⁸⁹ Ibid. p. 268-269.

¹⁹⁰ Ibid. p. 228-229.

contiene un conjunto de obligaciones que el Gobierno de Chile se comprometía a cumplir “Destacó que, sin embargo como numerosas disposiciones del mismo señalan, dicho cumplimiento debe enmarcarse en el respeto del ordenamiento jurídico nacional y de los derechos humanos. Agregó que, según el artículo 34 del Convenio, ese cumplimiento debe ser realizado en forma flexible, dependiendo de las condiciones de cada país. Indicó que esto mismo demuestra, como señalara el fallo del Tribunal Constitucional, que sus disposiciones revisten carácter programático, es decir, que son compromisos que el Estado y sus Poderes se comprometen a realizar. Añadió, en consecuencia, que la mayoría de las normas del Tratado no son autoejecutables”¹⁹¹. Para aquél “las normas contenidas en el convenio ya estaban reflejadas en la normativa indígena vigente y que lo señalado por el convenio se debía entender como principios orientadores de la acción política sin tener efectos normativos directos. Es decir, el convenio era considerado más bien una declaración programática sin tener el carácter de una norma de carácter ejecutivo”¹⁹².

Otra manifestación relevante fue la sostenida por el entonces Ministro del Trabajo Ricardo Solari, quien hizo hincapié en las siguientes ideas: “En tal sentido, muchas de las normas del Convenio N° 169, agregó, pueden ser calificadas de "programáticas", correspondiéndole al Estado implementarlas en conformidad con sus características y principios jurídicos. En ese entendido, concluyó, el Ministerio respalda su aprobación”¹⁹³. A su vez, el Subsecretario del Ministerio de Planificación Gonzalo Arenas, al referirse a los derechos a la tierra de los pueblos indígenas, indicó que “Con respecto a esta materia, la actual ley indígena cumple con cada uno de los derechos consagrados por el Convenio. Junto a lo anterior, señaló que el Tribunal Constitucional estableció que estos artículos son programáticos. En efecto, el número 1º emplea las siguientes expresiones: “deberán reconocerse”, “deberán tomarse medidas”, “deberá prestarse particular atención”, “los gobiernos deberán”, “deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional”, lo que permite concluir que tales disposiciones responden al tipo de preceptos no ejecutables con el solo mérito del Tratado”¹⁹⁴.

Por su parte, en relación con la discusión senatorial para la aprobación legislativa del Convenio, si bien debieron transcurrir casi 8 años para hacerse efectiva, desde su

¹⁹¹ Ibid. p. 274-275.

¹⁹² EGANA, Rodrigo, Óp. Cit., 2013, p. 181.

¹⁹³ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Op. Cit., 2008, p. 232.

¹⁹⁴ Ibid. p. 245.

aprobación en la Cámara de Diputados el año 2000 (dado que mediante el fallo del TC, Rol N°309, ya destacado, se exigió que el Convenio fuera aprobado como LOC, requiriéndose los 4/7 de los Diputados y Senadores en ejercicio, y la coalición de Gobierno favorable a su aprobación, en esa época, no tenía por sí misma esa mayoría en el Senado¹⁹⁵), básicamente: “El debate en el Senado fue menos intenso que el registrado en la Cámara de Diputados, al encontrarse resueltas varias de las inquietudes planteadas en dicha Cámara por el fallo del Tribunal Constitucional (...)”¹⁹⁶. En esa línea, si bien existen una pluralidad de aspectos involucrados, en lo pertinente al objeto de esta memoria, cabe destacar esencialmente que “(...) el Senado al aprobar el Convenio destacó su carácter programático, lo que se traducía en que a partir de la aprobación del mismo no sería necesario realizar cambios en otros cuerpos legales para adecuarlos a los contenidos del Convenio”¹⁹⁷.

De esta manera, si bien es posible considerar otras observaciones, el presente conjunto de aspectos ya permitía vislumbrar, a mi juicio, el tratamiento del que sería objeto el Convenio con posterioridad a su aprobación legislativa, caracterizado, en esencia, por la predominancia de una perspectiva no autoejecutiva de su contenido.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe agregar a estas consideraciones que si bien la aprobación legislativa del Convenio se verificaría en el año 2008, dicha aprobación tan sólo se posibilitaría a partir de un previo acuerdo político entre el por entonces Gobierno de la Concertación y la Oposición, consistente en incluir en la ratificación presidencial de la Ex-Presidenta Michelle Bachelet ante la OIT una Declaración Interpretativa del artículo 35 del Convenio¹⁹⁸ que limitara sus eventuales implicancias sólo a los tratados internacionales ratificados y vigentes en Chile¹⁹⁹, excluyendo otros instrumentos internacionales como la

¹⁹⁵ STC, Rol N° 309, Considerandos 29, 30, 31 y 32; Véase: TRONCOSO, Claudio. Op. Cit., 2011, p. 57 y ss.

¹⁹⁶ TRONCOSO, Claudio. Op. Cit., 2011, p. 57.

¹⁹⁷ Ibid. p. 181-182.

¹⁹⁸ Artículo 35 del Convenio N°169 de la OIT: “La aplicación de las disposiciones del presente Convenio no deberá menoscabar los derechos y las ventajas garantizados a los pueblos interesados en virtud de otros convenios y recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados, o leyes, laudos, costumbres o acuerdos nacionales”.

¹⁹⁹ La Comisión de Relaciones Exteriores del Senado - con la anuencia del Ministro de la Presidencia, José Viera Gallo, y la Ministra de Mideplan, Clarisa Hardy- aprobó el día 8 de enero de 2008 su informe sobre el Convenio, recomendando que su ratificación fuera acompañada de una “declaración interpretativa” que indicara que: “El Gobierno de la República de Chile, al ratificar el Convenio 169 de Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, formula una declaración interpretativa al artículo 35, del referido instrumento internacional, en el sentido que este sólo es aplicable en relación a los tratados internacionales ratificados por Chile, y que se encuentren vigentes”. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Op. Cit., 2008, p. 275.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, adoptada el año 2007 por nuestro país²⁰⁰.

Dada tal restricción “La polémica que se generó obligó al gobierno a realizar una consulta formal a la OIT respecto al alcance de la referida declaración interpretativa, resultado de la cual fue que el gobierno finalmente ratificó el Convenio sin dicha declaración”²⁰¹. Como bien señala Egaña “(...) para la dirigencia indígena y los sectores preocupados por los derechos indígenas, la inclusión de la cláusula interpretativa era desvirtuar el sentido y el contenido del convenio; ciertamente hacerlo agregaba un elemento adicional a la ya conflictiva relación que existía entre esos sectores y el gobierno. La decisión a ser tomada por la Presidenta de introducir o no una cláusula interpretativa, conflictuaba dos situaciones diferentes; por una parte el poder enrarecer la relación con el Senado o por otra el empeorar la relación con los pueblos indígenas; la primera era de carácter temporal, la segunda podía tener un carácter más permanente, por el hecho de que se interpretaría que con cláusula el Convenio era ratificado con restricciones. Frente a este dilema, la Presidenta optó por ratificar el convenio sin ninguna cláusula interpretativa; en su opinión se estaba jugando una cuestión histórica y no una meramente temporal y sus convicciones la llevaron a ratificar el convenio tal como lo hizo. Finalmente el Convenio se ratificó sin adición alguna el 9-9-2008 y fue promulgado el 14-10-2008.”²⁰².

²⁰⁰ Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 13 de septiembre de 2007(A/RES/61/295); Disponible en: <https://www.un.org/development/desa/indigenous-peoples-es/declaracion-sobre-los-derechos-de-los-pueblos-indigenas.html>.

²⁰¹ DONOSO, Sebastián. Op. Cit., 2009, p.4; A propósito de la consulta formal a la OIT efectuada por el Gobierno, respecto al alcance de la referida declaración interpretativa, y la respuesta de ella, que está descrita en la intervención en la sala del Senado, en sesión celebrada el 4 de marzo de 2008, por el Ministro Secretario General de la Presidencia de la época, Sr. José Antonio Viera-Gallo, Véase: TRONCOSO, Claudio. Op. Cit., 2011, p. 58. Como bien explica el profesor Troncoso: “En la Sala del Senado el Gobierno expresó que había consultado a la OIT sobre el alcance del mencionado Artículo indicando que la respuesta oficial de dicho organismo señala que en el artículo 35 se reconoce que “el Convenio tiene el objetivo de establecer normas mínimas que no deberían perjudicar el goce de normas más favorables que puedan existir a nivel nacional” y que “de acuerdo con el artículo 35, la aplicación del Convenio no debería menoscabar los derechos o ventajas más favorables garantizados a nivel nacional, incluidos aquellos garantizados a nivel nacional **‘como consecuencia de la ratificación por un país de cualquier otro instrumento internacional de derechos humanos’** (énfasis añadido) Lo anterior, según el Gobierno, aclara que la ratificación del Convenio de la OIT no traía aparejado el cumplimiento o ejecución automática de disposiciones que el país no ha ratificado en virtud del derecho de los tratados, como serían Resoluciones o Recomendaciones de la ONU.²⁰⁶ El Senado aprobó finalmente el Convenio por 36 votos a favor y 1 en contra, no pronunciándose acerca de la declaración interpretativa que le había recomendado sugerir la Comisión de Relaciones Exteriores”.

²⁰² EGAÑA, Rodrigo, Op. Cit., 2013, p. 183.

Si bien concurriría la ratificación del Convenio en conformidad al artículo 32 N°15 de nuestra Carta Fundamental²⁰³, depositándose el instrumento de ratificación respectivo el 15 de septiembre de 2008 ante el Director General de la OIT, cabe observar que el solo hecho de haberse intentado incluir dicha declaración interpretativa, confirma aún más el problemático camino por el que tuvo que transitar el Convenio para su incorporación.

A mayor abundamiento, si bien ya abordamos la cuestión de constitucionalidad sometida en la sentencia Rol N°309 del TC con anterioridad, cabe destacar, para estos efectos, el posterior sometimiento del Convenio al control obligatorio de constitucionalidad a que se refiere el artículo 93 N° 1 de la CPR, en relación a aquella normativa que versa sobre materias de ley orgánica constitucional, que debía verificarse en forma previa a su promulgación²⁰⁴. Dicho control, materializado en la sentencia Rol N°1050 del año 2008 del TC, declararí fundamentalmente la constitucionalidad de los artículos 6º, N° 1, letra a), y N° 2, y 7º, N° 1, oración segunda del Convenio²⁰⁵, reproduciendo en gran parte la argumentación vertida en la sentencia Rol N° 309 destacada con anterioridad, y sobresaliendo, en lo relativo a la autoejecutabilidad de la normativa del Convenio, la prevención expuesta por el entonces Ministro del TC Enrique Navarro Beltrán, al concurrir al fallo considerando que, según se dejó constancia en la historia fidedigna del establecimiento de esta norma, los preceptos contenidos en el Convenio no son autoejecutables, teniendo así el carácter de normas programáticas, que deberán ser desarrolladas por el legislador, acompañando una serie de menciones que constatarían dicha perspectiva, muchas de ellas ya destacadas con anterioridad²⁰⁶.

²⁰³ Artículo 32 N° 15 de la CPR: Son atribuciones especiales del Presidente de la República: Conducir las relaciones políticas con las potencias extranjeras y organismos internacionales, y llevar a cabo las negociaciones; concluir, firmar y ratificar los tratados que estime convenientes para los intereses del país, los que deberán ser sometidos a la aprobación del Congreso conforme a lo prescrito en el artículo 54 N° 1º. Las discusiones y deliberaciones sobre estos objetos serán secretos si el Presidente de la República así lo exigiere;

²⁰⁴ Artículo 93 N°1 de la CPR: Son atribuciones del Tribunal Constitucional: 1º.- Ejercer el control de constitucionalidad de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución, de las leyes orgánicas constitucionales y de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas, antes de su promulgación;

²⁰⁵ STC, Rol N°1050, tres de abril de 2008. "SE DECLARA que los artículos 6º, N° 1, letra a), y N° 2, y 7º, N° 1, oración segunda, del Convenio, contenido en el proyecto de Acuerdo aprobatorio, son constitucionales".

²⁰⁶ Ibid. Se previene que el Ministro señor Enrique Navarro Beltrán, concurre al fallo teniendo especialmente presente las siguientes motivaciones. PRIMERO: Que, según se dejó constancia en la historia fidedigna del establecimiento de esta norma, los preceptos contenidos en el Convenio N° 169, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, no son auto ejecutables, teniendo así el carácter de normas programáticas, que deberán ser desarrolladas por el legislador; SEGUNDO: Que, en efecto, el propio Ejecutivo hizo presente que "tales disposiciones responden al tipo de preceptos no ejecutables con el sólo mérito del Tratado" (Gonzalo Arenas, Subsecretario del Ministerio de Planificación, Informe de la Comisión de Relaciones Exteriores del Senado, 9 de enero de 2008, p. 33). Por su parte, el Ministro Secretario General de la Presidencia, señor José Antonio Viera-Gallo, recordó que –tal como lo indicó el fallo del Tribunal Constitucional- las disposiciones del convenio "revisten carácter programático, es decir, que son compromisos del Estado y sus Poderes que se

2.2.3. ENTRADA EN VIGOR DEL CONVENIO.

Una vez constatados, en definitiva, los requisitos establecidos por nuestra carta fundamental para la incorporación de los Tratados, el siguiente paso, cumplido el control de constitucionalidad a que se refiere el artículo 93 N° 1 de la CPR, vendría a estar configurado, ya no sólo por el requisito relativo a su promulgación, sino también por la posterior tramitación pertinente en orden a confirmar su efectiva entrada en vigor.

Así las cosas, verificada dicha tramitación, el Convenio terminaría erigiéndose como un Tratado Internacional plenamente en vigor en septiembre del año 2009, tras un largo periodo de discusión que se iniciaría en diciembre del año 1990, que continuaría en marzo de 2008 con su aprobación legislativa, su ratificación el 15 septiembre de ese mismo año, su promulgación mediante el Decreto N°236 del Ministerio de Relaciones Exteriores el 2 de octubre del año 2008²⁰⁷, y su Publicación en el Diario Oficial el 14 de octubre de ese mismo año²⁰⁸, entrando definitivamente en vigor el 15 de septiembre del año 2009, de conformidad con el artículo 38 párrafo 3 del referido Convenio²⁰⁹.

No obstante, cabe traer a colación el criticable establecimiento del Decreto Supremo N°124 del Ministerio de Planificación (MIDEPLAN) que obró en este último periodo, el cual reglamentaba el artículo 34 de la ley indígena, y que fue promulgado el día 4 de septiembre de 2009, y publicado en el Diario Oficial el 25 de ese mismo mes²¹⁰, acentuándose la polémica por cuanto el Convenio se encontraba en vigor desde el 15 de septiembre de ese mismo año. En general, tal Decreto vulneraba claramente lo establecido por el propio Convenio en materia de Consulta y Participación, piedras angulares del referido Convenio, no ajustándose a los estándares de sus artículos 6 N°1 letra a) y N°2, y el 7 N°1, oración segunda (normas autoejecutables) y comprometiendo desafortunadamente la responsabilidad internacional del Estado. Como claramente estableció el Instituto Nacional

comprometen a realizar”, concluyendo que, en consecuencia, “la mayoría de las normas del Tratado no son autoejecutables” (Ibid., p. 62). En igual sentido, el Director Jurídico de la Cancillería manifestó que “el Convenio contempla disposiciones programáticas, redactadas como meras aspiraciones, cuya realización debería darse en la medida de lo posible” (Informe de la Comisión de Relaciones Exteriores del Senado, 9 de enero de 2008, p. 16);

²⁰⁷ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Op. Cit., 2008, p.337.

²⁰⁸ Ibid.

²⁰⁹ Artículo 38, párrafo 3, del Convenio N°169 de la OIT: “3. Desde dicho momento, este Convenio entrará en vigor, para cada Miembro, doce meses después de la fecha en que haya sido registrada su ratificación”.

²¹⁰ Decreto Supremo N°124. MIDEPLAN. Reglamenta el artículo 34 de la ley n°19.253 a fin de regular la consulta y la participación de los pueblos indígenas. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1006486>

de Derechos Humanos (INDH) en su momento, mediante su informe anual del año 2010, “(...) ni el artículo respectivo de la Ley Indígena, ni el Decreto Supremo 124 satisfacen las obligaciones y principios que sobre derecho a consulta y participación establecen el Convenio N° 169 y la Convención²¹¹”, agregando, medularmente, que “En el caso del Decreto Supremo 124, se ha cuestionado que desde el punto formal no se hizo el proceso de consulta previo e informado y que en el fondo no respeta los principios mínimos aplicables a la consulta y la participación.”²¹².

Dado estos cuestionamientos, más adelante, “el 15 de noviembre de 2013, ante las múltiples críticas que recibió el Decreto Supremo No 124, de parte de expertos de la OIT, de la doctrina y especialmente de los pueblos indígenas, éste fue derogado por el D.S. No 66 promulgado el quince de noviembre de 2013 y publicado en el Diario Oficial el cuatro de marzo de 2014, sobre la Consulta Indígena”²¹³, el cual, sin embargo, tampoco estaría exento de polémicas.

Así las cosas, existía una evidente tensión por la forma en que se estaba llevando a cabo por nuestro país la incorporación del Convenio, cuya complejidad chocaba con las altas expectativas depositadas por parte de los pueblos indígenas, complicando aún más la ya problemática relación existente.

2.3. FUNDAMENTOS NORMATIVOS GENERALES PARA LA OBLIGATORIEDAD DE SU CUMPLIMIENTO:

No obstante lo anterior, cabe hacer hincapié en que el Convenio se erige finalmente como un Tratado Internacional plenamente en vigor, con carácter obligatorio tanto desde un punto de vista internacional como doméstico, justificándose, en definitiva, su producción de efectos en el plano interno, debiendo observarse los principios y disposiciones

²¹¹ INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. Op. Cit., 2010, p. 101.

²¹² Destaca el informe del INDH que: “El Decreto Supremo 124 restringe severamente las medidas y las materias a consultar, y los plazos establecidos difícilmente resultan suficientes respecto de la naturaleza y envergadura de las materias puestas a consideración de las comunidades indígenas”. Ídem.

²¹³ ASTUDILLO, Luis (2017). “¿Cumple Chile los estándares internacionales en materia de consulta a los pueblos indígenas? (Una breve revisión a los D.S. N°66 del Ministerio de Desarrollo Social y N°40 del Ministerio del Medio Ambiente)”. Estudios Constitucionales, Año 15, N° 1, 2017, pp. 129 - 152 ISSN 07180195 Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v15n1/art05.pdf>, p. 140.

fundamentales del Derecho Internacional de los Tratados, así como los establecidos por nuestra propia Carta fundamental, en lo que respecta a su cumplimiento y aplicación.

En conformidad a ello, cabe traer a colación primeramente los principios fundamentales de la Convención de Viena, configurados esencialmente por el de Libre Consentimiento de los Estados (artículo N°2 letra “b”²¹⁴); la regla general de interpretación presente en su artículo 31 N°1²¹⁵⁻²¹⁶; la regla Pacta Sunt Servanda (su artículo 26²¹⁷), que consagra la obligación de cumplirlo de buena fe; el principio a que se refiere su artículo 27²¹⁸, en virtud del cual una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado²¹⁹; y el principio de Responsabilidad Internacional del Estado, por cuanto “(...) la existencia misma de un orden jurídico internacional requiere que sus destinatarios - los Estados - respondan del incumplimiento de los deberes que dicho orden les impone”²²⁰.

Tales lineamientos debían concordarse directamente con la normativa constitucional relacionada, esencialmente representada por el artículo 54 N°1 inciso quinto de la CPR, que incorporaba expresamente lo dispuesto por la Convención a raíz de la reforma constitucional del año 2005²²¹, disponiendo que “las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional”. Según explica Nogueira, aquél “(...) impide la adopción de toda norma de derecho interno incluida una reforma

²¹⁴ Artículo N°2 letra “b” de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969: “se entiende por “ratificación”, “aceptación”, “aprobación” y “adhesión”, según el caso, el acto internacional así denominado por el cual un Estado hace constar en el ámbito internacional su consentimiento en obligarse por un tratado”.

²¹⁵ Artículo 31 Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969. Regla general de interpretación: 1.- Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

²¹⁶ Sobre tal respecto, destaco la OIT, en el 25° aniversario de la adopción del Convenio, que aquél: “(...) tiene dos postulados básicos: el derecho de los pueblos indígenas a mantener y fortalecer sus culturas, formas de vida e instituciones propias, y su derecho a participar de manera efectiva en las decisiones que les afectan. Estas premisas constituyen la base sobre la cual deben interpretarse las disposiciones del Convenio”. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. (2014). “Convenio Núm. 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Oficina Regional para América Latina y el Caribe”. [En línea] <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_345065.pdf> [Fecha de consulta: 10-04-2019], p.8.

²¹⁷ Artículo N°26 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969: “todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”.

²¹⁸ Artículo N°27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969: “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.

²¹⁹ “(...) cuando se señala ‘disposición de derecho interno’ se está aludiendo a una norma interna de cualquier jerarquía, ya sea ésta de carácter reglamentario, incumplimiento legal o incluso constitucional”. TRONCOSO, Claudio. Op. cit., 2012, p. 460.

²²⁰ BENADAVA, Santiago. Op. Cit., 2004, p.157.

²²¹ AYLWIN, J., CARMONA, C., MEZA-LOPEHANDÍA, M., SILVA, H., & YÁÑEZ, N. Op. cit., 2011, p. 81.

constitucional que afecte la fuerza normativa del tratado internacional vigente en el derecho interno. El artículo 54 N°1, inciso 5° se encuentra en perfecta armonía con los artículos 26, 27 y 31 de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados, por lo que la generación de una norma unilateral del Estado de cualquier jerarquía en contrario vulnera tanto la fuerza normativa de la Constitución como del derecho internacional”²²². Por su parte, el profesor Claudio Troncoso destaca además que “(...) Esto excluye la posibilidad de que esas disposiciones sean suspendidas, para determinados casos, o dejadas sin efecto, en otros, en mérito de una sentencia del Tribunal Constitucional”²²³.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe añadir ciertas precisiones asociadas a la interacción de la doctrina de la autoejecutabilidad con el Convenio. Si bien la presente normativa fundamenta en general la obligación de darle cumplimiento de buena fe, cabe señalar que, en lo que respecta al carácter autoejecutivo de sus normas, no constituye un fundamento que justifique dicha calidad. En efecto, como sostiene Valdivia, “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 tratado. 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”²²⁴.

Si bien estoy de acuerdo con lo anterior, pues “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”²²⁵, es posible considerar que a la hora de proceder la aplicabilidad directa de una norma autoejecutable de un tratado en vigor como el Convenio (o bien, respecto de la obligación de dotar con la reglamentación o legislación respectiva a aquella normativa de carácter no autoejecutable), evidentemente deben ser observadas estas reglas, en orden a no ser obstaculizadas dichas tareas por

²²² NOGUEIRA, Humberto (2013). “Consideraciones jurídicas sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre tratados internacionales y derechos esenciales contenidos en tratados internacionales, después de la reforma constitucional de 2005”. *Estudios constitucionales*, 11(2), 97-154. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002013000200004>, p. 108-109.

²²³ Segundo informe de la comisión de constitución, legislación, justicia y reglamento recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que modificaba la ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional (Boletín N° 4.059-07) p. 70.

²²⁴ VALDIVIA, José Miguel. Op. cit., 2011, p. 52.

²²⁵ Ídem.

medio de mecanismos de derecho interno de forma injustificada, so pena de incurrir en Responsabilidad internacional del Estado. Por tanto, es posible entender su operatividad, no como fundamento de autoejecutabilidad, sino como reglas obligatorias a considerar, para efectos de una correcta aplicación y cumplimiento de la normativa autoejecutable y no autoejecutable del Convenio.

Por otra parte, otro precepto constitucional directamente involucrado con estas materias, lo constituye el conocido artículo 5 inciso 2° de la CPR²²⁶, a propósito de los tratados internacionales que contienen DD.HH.. Como bien explica Meza-Lopehandía “(...) cuando dichos tratados contengan normas de derechos humanos, su ratificación tiene por efecto limitar la soberanía del Estado en las materias que dicho tratado alcanza en virtud del artículo 5 inciso segundo de la CPR. Por ello el legislador debe abstenerse de alterar el contenido y/o vigencia de dicho tratado, sea mediante leyes o reglamentos. Por otra parte, sus efectos en el plano interno son particularmente importantes, toda vez que en general será el propio Estado violador de los derechos fundamentales internacionalmente reconocidos de sus ciudadanos el que deberá sancionarse o, al menos, ejecutar la sentencia condenatoria emanada de un tribunal internacional”²²⁷.

Sin perjuicio de lo anterior, el mismo autor precisa que, a propósito de los artículos 5 inciso 2° y 54 N°1 inciso 5° de la CPR en comento, “Algunos autores han visto en esta modificación una renuncia implícita de soberanía con la ratificación de cualquier tratado internacional, en cuanto implicaría la renuncia “a toda posibilidad de alterar un tratado mediante una norma de Derecho Interno”. Sin embargo, ésta norma fue agregada como una reiteración de la regla internacional arriba citada, y no como un mecanismo de equiparación normativa entre los tratados internacionales ordinarios y los de derechos humanos. Solo éstos últimos constituyen una verdadera renuncia de soberanía en tanto límites a su ejercicio. Entender lo contrario sería entregar un ámbito excesivo de materias a la regulación internacional -incluyendo los tratados comerciales-, restringiendo e incluso impidiendo el control democrático sobre las mismas”²²⁸.

²²⁶ Artículo 5 inciso 2° de la CPR: El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes

²²⁷ AYLWIN, J., CARMONA, C., MEZA-LOPEHANDÍA, M., SILVA, H., & YÁÑEZ, N. Op. cit., 2011, p. 82.

²²⁸ *Ibid.*, p. 82.

Tal planteamiento lo consideramos correcto, cobrando especial relevancia en lo que respecta a su normativa autoejecutable y no autoejecutable, la consideración del Convenio como un instrumento internacional en materia de DD.HH. Dada la protección constitucional que brinda el artículo 5 inciso 2° de la CPR a los DD.HH. contenidos en tratados internacionales, tanto al limitar el ejercicio de la soberanía por parte del Estado (pudiendo extenderse aquello a la aplicabilidad de la normativa autoejecutable), como al mandar un rol activo del mismo para su promoción (aspecto que puede extenderse a la obligación de proveer de la reglamentación o legislación necesaria a la normativa no autoejecutiva respectiva), podría plantearse un mayor estándar de cumplimiento y aplicación en lo que respecta a cierta normativa del Convenio. Según veremos en el capítulo siguiente, algunos autores sostienen la concurrencia de un tratamiento especial que, al menos parcialmente, se extiende a determinadas disposiciones del Convenio que contendrían DD.HH., con interesantes implicancias a la hora de examinar su autoejecutabilidad.

Adicionalmente para estos efectos, cobra especial relevancia lo establecido por la propia normativa del Convenio a propósito de la obligación de darle un cumplimiento de buena fe. Entre los preceptos más relevantes, destaca principalmente lo señalado por su artículo 2 N°1, según el cual “Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad”; lo establecido por su artículo 3 N°1 y N°2 que señalan respectivamente que “(...) Los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación. Las disposiciones de este Convenio se aplicarán sin discriminación a los hombres y mujeres de esos pueblos”, y que “(...) No deberá emplearse ninguna forma de fuerza o de coerción que viole los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos interesados, incluidos los derechos contenidos en el presente Convenio.”; y el artículo 33 N°1 y N°2, que refuerza la responsabilidad que recae en los gobiernos ratificantes para la aplicación del Convenio²²⁹.

²²⁹ Artículo 33 del Convenio N°169 de la OIT: “1. La autoridad gubernamental responsable de las cuestiones que abarca el presente Convenio deberá asegurarse de que existen instituciones u otros mecanismos apropiados para administrar los programas que afecten a los pueblos interesados, y de que tales instituciones o mecanismos disponen de los medios necesarios para el cabal desempeño de sus funciones. 2. Tales programas deberán incluir: a) la planificación, coordinación, ejecución y evaluación, en cooperación con los pueblos interesados, de las medidas previstas en el presente Convenio; b) la proposición de medidas legislativas y de otra índole a las autoridades competentes y el control de la aplicación de las medidas adoptadas en cooperación con los pueblos interesados”.

A mayor abundamiento, respecto a la normativa interna de orden infraconstitucional, la OIT ha señalado claramente que “al ratificar un Convenio de la OIT, un Estado miembro se compromete a adecuar la legislación nacional y a desarrollar las acciones pertinentes de acuerdo a las disposiciones contenidas en el Convenio. Asimismo, se compromete a informar periódicamente a los órganos de control de la OIT sobre la aplicación en la práctica y en la legislación de las disposiciones del Convenio y a responder a las preguntas, observaciones o sugerencias de esos órganos de control”²³⁰. No obstante, debe tenerse en consideración para estos efectos, la flexibilidad otorgada en virtud del artículo 34 del Convenio²³¹ para llevar a cabo su implementación, según se ha destacado.

Así las cosas, en general, el presente conjunto de preceptos se encuentran íntimamente ligados a la obligación de darle cumplimiento de buena fe al Convenio, los cuales, al operar como fundamentos para la procedencia de su aplicabilidad directa (área de incidencia de la doctrina de la autoejecutabilidad), justificaban su breve consideración.

2.4. APLICABILIDAD DOMÉSTICA DEL CONVENIO COMO ÁREA DE INCIDENCIA DE LA DOCTRINA DE LA AUTOEJECUTABILIDAD:

Atendida la normativa anterior, y verificada la entrada en vigor del Convenio, no cabía dudas respecto a la concurrencia de su obligatoriedad internacional y doméstica, debiendo el Estado cumplir con el compromiso asumido de buena fe. Sin embargo, distinto es determinar la inmediatez de su aplicabilidad interna, por cuanto para su concurrencia no bastaba su entrada en vigor, sino que era necesaria la constatación de la autoejecutabilidad de su normativa, cuya labor se encontraba esencialmente situada en el ámbito doméstico y ligada a la concurrencia de condiciones predominantemente objetivas (asociadas a su precisión y suficiencia normativa), que las hicieran susceptibles de ser aplicadas directa e inmediatamente. Justamente dicha etapa, verificada la entrada en vigor del Convenio, constituye el área en que incide directamente la referida clasificación entre normas autoejecutables y no autoejecutables, la que, no obstante, en caso alguno cuestionan su obligatoriedad.

²³⁰ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Op. Cit., 2014, p.9.

²³¹ Artículo 34 del Convenio N.º 169 de la OIT: “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”. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=279441>

En efecto. ¿Cómo podía conciliarse, por una parte, la obligación de cumplir de buena fe un tratado como el Convenio, habiendo cumplido todos los requerimientos constitucionales, y por otra, categorizar su normativa a partir de la clasificación entre cláusulas autoejecutables y no autoejecutables para condicionar su aplicación directa?. Para responder dicha interrogante, justamente era necesario en estos párrafos, distinguir entre la obligatoriedad de su normativa y la procedencia de su aplicabilidad directa, por cuanto la primera no está puesta en duda, requiriéndose para la procedencia de la segunda, como dijimos, la concurrencia de su autoejecutabilidad. En esa línea, cobra relevancia para estos efectos, hacer hincapié en que el Convenio se erige como un Tratado Internacional plenamente en vigor, cuya vigencia se extiende tanto a su normativa autoejecutable como no autoejecutable, categorías que, sin distinción, ostentan tal calidad y consecuente obligatoriedad interna, justificándose, en definitiva, su producción de efectos en el plano doméstico, tanto para el Estado como para sus ramificaciones, en sus vertientes ejecutiva, legislativa y judicial²³²de conformidad al principio de buena fe.

En ese sentido, la doctrina de la autoejecutabilidad termina relacionándose directamente con la obligación del Estado de darle cumplimiento de buena fe al Convenio (más aún cuando la misma termina incidiendo justamente en la procedencia de su aplicabilidad inmediata y directa, a partir de la comentada clasificación), configurándose como parte integrante de dicha obligación, y debiendo traducirse, ya sea en la efectiva aplicación de la normativa autoejecutable (por parte de nuestros tribunales), o bien en la satisfacción de la obligación de hacer (por parte de los demás órganos del Estado pertinentes), consistente en desarrollar la normativa necesaria para darle pleno cumplimiento, bajo tales parámetros.

A ese efecto, uno de los principios elementales que cobra relevancia a propósito de la obligación de darle cumplimiento de buena fe del Convenio en lo que respecta a su normativa autoejecutiva como no autoejecutiva, justamente es el de Responsabilidad Internacional del Estado, por cuanto, como bien señala Benadava: “es evidente que un Estado no podrá alegar la falta o insuficiencia de su legislación interna para dejar de cumplir

²³² Como acertadamente explica Meza-Lopehandía: “las obligaciones internacionales están dirigidas al Estado en su conjunto, y no a un poder en particular de éste. Es por ello que resulta inadmisibles la pretensión de los gobiernos en orden a eximirse de responsabilidad aduciendo que tal o cual tratado internacional se ha incumplido por falta de voluntad del legislador para dictar la normativa correspondiente o la mala aplicación del derecho por parte de los tribunales. La lógica de la separación de poderes no opera como eximente de responsabilidad internacional”. AYLWIN, J., CARMONA, C., MEZA-LOPEHANDÍA, M., SILVA, H., & YÁÑEZ, N. Op. cit., 2011, p. 81.

o aplicar las disposiciones de un tratado, aunque éstas disposiciones sean non-self-executing. Si las disposiciones del tratado tienen este carácter, corresponderá al Estado dictar, dentro de un tiempo razonable, la legislación complementaria, destinada a dar a tales disposiciones aplicación concreta en el plano interno”²³³, agregando que “de otra manera, el Estado está expuesto a incurrir en responsabilidad internacional al dejar sin aplicación una estipulación contractual que lo obliga internacionalmente. Y es sabido que el Estado no puede eludir esta responsabilidad alegando falta o insuficiencia de su legislación interna”²³⁴.

Por lo demás, dicha perspectiva se ve reforzada, no sólo por la normativa constitucional e internacional anteriormente destacada, sino también por la propia normativa del Convenio en orden a darle un cumplimiento de buena fe (especialmente sus artículos 2 N°1 y 33 N°1 y 2). De no proceder lo anterior, ¿qué sentido tendría obligarse a cumplir de buena fe un tratado como el Convenio?. En general, tal planteamiento debe ser asociado a la idea de tomarse el derecho internacional en serio y efectivamente cumplirlo, aspecto del que no está libre la doctrina de la autoejecutabilidad, más aún cuando la misma es determinante en lo que a su aplicabilidad doméstica se refiere. Como destaca Troncoso “No es posible que por una parte señalemos que un tratado está en vigor en el ámbito internacional y por otra parte no le demos efectivo cumplimiento en nuestro derecho”²³⁵.

De esta forma, atendido el acervo de disposiciones que interactúan a la hora de darle un cumplimiento de buena fe a los tratados, cabe concluir que el rol de la doctrina de la autoejecutabilidad a propósito del Convenio, no está exenta, en caso alguno, de la obligación de darle un cumplimiento de buena fe, más aún cuando la misma es determinante en lo que a la susceptibilidad de su aplicabilidad directa se refiere.

Por lo demás, según fue posible advertir de los párrafos anteriores, existe una clara inclinación por una perspectiva predominantemente no autoejecutiva de su contenido, razones por las cuales interesaba dar cuenta de la responsabilidad del Estado en darle cumplimiento de buena fe al Convenio, no tan sólo respecto a su normativa autoejecutiva, que por cierto constituyen la facción mínima, sino también a aquellas que no reunían dicho carácter. Según veremos con mayor detalle en el capítulo siguiente, dicha perspectiva predominantemente no autoejecutiva se confirmaría con posterioridad a su entrada en vigor

²³³ BENADAVA, Santiago. Op. Cit., 1992, p.43.

²³⁴ Ibid., p.44.

²³⁵ TRONCOSO, Claudio. Op. cit., 2012, p. 462.

el año 2009, revelándose un complejo proceso de implementación, en que el cumplimiento y aplicación de su normativa no estaría exenta de polémicas en nuestra jurisprudencia.

2.5. EL CONVENIO COMO TRATADO INTERNACIONAL EN MATERIA DE DD.HH. Y SU RELEVANCIA A PROPÓSITO DE SU AUTOEJECUTABILIDAD.

Según se abordó en el capítulo primero de esta memoria, parte importante de la doctrina se ha basado directamente en el estatus de DD.HH. de un tratado para analizar la procedencia de su autoejecutabilidad, razón por la cual cabe examinar, brevemente en estos párrafos, si acaso concurre dicha calidad a propósito del Convenio.

Según vimos, desde una óptica internacional, dicha calidad se fundamenta, inicialmente, a partir de los distintos aspectos involucrados a su proceso de elaboración, en el marco del proceso de desarrollo y especificación experimentado por el DIDH en el siglo XX, surgiendo como un instrumento que permitió que el DIDH pudiera extenderse, de manera más específica (y a la luz de un nuevo paradigma) a la problemática indígena, atendida la historia de marginalidad social, política, económica y cultural, profundamente arraigada en la sociedad, y que se buscaba solucionar²³⁶.

Otra arista relevante dice relación con su contribución al Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante, "SIDH"). En efecto, si bien el SIDH está basado en tres instrumentos internacionales, a saber: "la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA), La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana de los Derechos del Hombre"²³⁷, ninguno de ellos aborda con la especificidad requerida la problemática indígena, razón por la cual necesariamente debe recurrirse al Convenio, al ser: "(...) el único instrumento internacional de carácter convencional que se

²³⁶ Véase: p. 52. y ss. del Cap. II. de la presente memoria. Se ha destacado con respecto a su consideración como Tratado de DD.HH., por ejemplo, que: "La aprobación del Convenio N° 169 por la OIT como el primer tratado internacional de derechos humanos íntegramente referido a los pueblos indígenas no puede entenderse sin tener presente la evolución experimentada en el tratamiento de dichos pueblos y de sus derechos en el Sistema de Naciones Unidas". AYLWIN, José (2011). "El derecho internacional de los derechos humanos y los pueblos indígenas" En: AYLWIN, J., CARMONA, C., MEZA-LOPEHANDÍA, M., SILVA, H., & YÁÑEZ, N. Op. cit., 2011, p. 12.

²³⁷ NASH, Claudio (2004). "Los derechos humanos de los indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos" En: AYLWIN, José (Editor). Derechos Humanos y pueblos indígenas. Tendencias internacionales y contexto chileno. Temuco. Chile: Universidad de La Frontera. ISBN. 956-236-161-6, disponible en: <https://www.goredelosrios.cl/cultura2/wp-content/uploads/2016/02/Derechos-Humanos-y-Pueblos-Ind%C3%ADgenas-Jos%C3%A9-Aylwin-Editor.pdf>. p. 29-30.

encarga de regular sistemáticamente los derechos de los pueblos indígenas y establece importantes obligaciones para el Estado en esta materia”²³⁸.

Dado lo anterior, la Comisión Interamericana de DD.HH., ha afirmado, incluso, que el Convenio: “(...) es el instrumento internacional de derechos humanos específico más relevante para los derechos de los indígenas”²³⁹, destacando, entre otros aspectos, que sus disposiciones “(...) son un factor relevante al interpretar las normas interamericanas de derechos humanos en relación con peticiones presentadas contra todos los Estados miembros de la OEA”²⁴⁰. En el mismo sentido, el profesor Nash ha destacado que: “si bien es un tratado que surge en el marco de la OIT, no cabe duda alguna que es un tratado de derechos humanos, en tanto consagra y da contenido a derechos humanos y, como tal, ha sido incorporado a la normativa aplicable que viene siendo utilizada en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) para interpretar sus propias normas”²⁴¹.

A mayor abundamiento, Montt y Matta han destacado que: “Desde un punto de vista de Derecho internacional, se trata de uno de los capítulos más recientes del Derecho internacional de los derechos humanos”²⁴², agregando que tal estatus “(...) es consecuencia directa de la deuda histórica que las distintas naciones tienen con sus pueblos indígenas”²⁴³, y añadiendo que, sin perjuicio de que tal análisis deba realizarse norma por norma: “(...) desde una perspectiva internacional, los artículos 6, 7 y 15.1 del Convenio 169 constituyen derechos humanos colectivos o de tercera generación, pues se enmarcan dentro de los mencionados conceptos de autodeterminación, identidad y propiedad”²⁴⁴.

²³⁸ *Ibid.* p. 66.

²³⁹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2009), Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay. Doc. OEA/Ser.L/VII.110, Doc. 52, 9 de marzo de 2001, Capítulo IX, párr. 12. CIDH, Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú. Doc. OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 59 rev., 2 de junio de 2000, Capítulo X, párr. 7. p. 5. [En línea]<<https://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/tierras-ancestrales.esp.pdf>> [Fecha de consulta: 15-06-2019].

²⁴⁰ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2009), Informe No. 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002, párr. 127, [En línea] <<https://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/tierras-ancestrales.esp.pdf>> [Fecha de consulta: 15-06-2019], p. 6.

²⁴¹ NASH, Claudio. *Op Cit.*, 2014, p. 8.

²⁴² MONTT, Santiago y MATTA, Manuel. *Op. cit.*, 2011, p. 138.

²⁴³ *Ibid.*, p. 139.

²⁴⁴ *Ibid.*, p. 169. En suma, véase: *Ibid.*, p. 169. Nota N° 121; y, Comité de Derechos Humanos, Comentario General, N° 23, n. 23, N° 7, En: *Ibid.*, p. 169. Nota N° 125, donde se destaca: “Como ha señalado el Comité de Derechos Humanos, los pueblos indígenas tienen un derecho humano a sus formas tradicionales de vida y subsistencia, lo que se extiende a aquellas actividades económicas que forman parte esencial de la cultura”.

En suma, además de destacar su calidad de tratado de DD.HH. desde una óptica internacional, señalaron, a la hora de contestar a las voces disidentes que se oponían a reconocerle tal estatus al Convenio en el plano doméstico (especialmente en virtud del artículo 5, inciso 2°, de la CPR), que: “Nuestra divergencia se debe a una posición de respeto institucional por las interpretaciones constitucionales explícitas o implícitas que haga el Congreso Nacional, autoridad interpretativa central —aunque no única ni última— de la Constitución. Si el Congreso y el Presidente ratifican un tratado que conforme al Derecho internacional es de derechos humanos, debe entenderse que no han querido crear una situación de conflicto con el Derecho interno y que, por el contrario, estiman que dicho tratado contiene normas de derechos humanos para los efectos del artículo 5°”²⁴⁵. Y, agregaron, en definitiva, que: “Al revisar la historia de la tramitación de la ratificación del Convenio 169 en el Congreso Nacional (Boletín 233-10), queda claro que en todo momento los parlamentarios tuvieron presente estar discutiendo un tratado sobre derechos humanos. Así, por ejemplo, en el informe emitido en primer trámite constitucional por la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía, de la Cámara de Diputados, se señala que el Convenio: “(...) ha tenido también como antecedente numerosos otros pactos internacionales, precursores del reconocimiento de los derechos humanos de las minorías, los grupos étnicos y las poblaciones indígenas”. Asimismo, en segundo trámite constitucional, la Comisión de Relaciones Exteriores del Senado informó que el fundamento del Convenio “[s]e halla en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en aquellos instrumentos internacionales que persiguen prevenir la discriminación”²⁴⁶.

A mayor abundamiento, similar fundamentación sería desarrollada por Matías Meza-Lopehandía, a la hora de contestar a las voces disidentes que sostenían: “(...) que sólo los derechos individuales pueden ser considerados como “esenciales que emanan de la naturaleza humana”²⁴⁷. En esa línea, el presente autor respondería que los mismos “(...) deben explicar de qué manera las personas pertenecientes a pueblos indígenas -que fundan su identidad en su relación con sus territorios- pueden ejercer sus derechos individuales si no les son reconocidos derechos colectivos, que les permitan sustentar la identidad cultural

²⁴⁵ MONTT, Santiago y MATTA, Manuel. Op. cit., 2011, p. 171.

²⁴⁶ Ibid., p. 171-172. Nota N° 132.

²⁴⁷ MEZA-LOPEHANDÍA, Matías (2011). “VI. El Convenio N° 169 de la OIT en el sistema normativo chileno”. En: AYLWIN, J., CARMONA, C., MEZA-LOPEHANDÍA, M., SILVA, H., & YÁÑEZ, N. Op. cit., 2011, p. 76.

desde donde aquellos puedan tener sentido. A esto hay que agregar que indiscutiblemente el derecho internacional considera los derechos colectivos como derechos humanos y particularmente los de los pueblos indígenas²⁴⁸. Añade que “Asimismo, el Preámbulo del propio Convenio N° 169 recuerda que “que en muchas partes del mundo esos pueblos no pueden gozar de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los Estados en que viven y que sus leyes, valores, costumbres y perspectivas han sufrido a menudo una erosión”, lo que evidencia que la intención del mismo es contribuir a superar esta situación. Por último, tanto el Congreso como el Ejecutivo tuvieron siempre a la vista el hecho de estar ratificando un tratado de derechos humanos²⁴⁹; “Es más, la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Diputados ratificó la idea de que es necesario reconocer derechos de tercera generación a los pueblos indígenas”²⁵⁰. Así las cosas, sentenciaría finalmente que: “Toda esta argumentación nos permite concluir que el Convenio N° 169 es un tratado internacional de derechos humanos, y que por lo tanto las normas que contenga que tengan tal carácter, serán límite al ejercicio de la soberanía”²⁵¹.

De esta forma, atendida la pluralidad de aspectos destacados, y sin perjuicio de las discrepancias que puedan suscitarse, nos inclinamos en la presente memoria por la consideración del Convenio como un tratado en materia de DD.HH., dado lo categórico de los argumentos, y la sintonía de esta concepción con la tendencia especificadora del DIDH, que, a través del Convenio, introduce un innovador cambio de paradigma, atendida la naturaleza colectiva de los DD.HH. colectivos o de tercera generación que el Convenio establece a favor de los pueblos indígenas²⁵². El hecho de reconocer dicha calidad de tratado de DD.HH. al Convenio, ha posibilitado que gran parte de la doctrina sostenga interesantes consideraciones a propósito de su autoejecutabilidad, configurando la principal

²⁴⁸ Ibid. p. 76. Agrega que: “Basta recordar la Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas de Naciones Unidas, en la que se los considera como titulares del derecho a la autodeterminación concretada en autonomía. Cabe mencionar también la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los diversos informes y recomendaciones del Relator Especial de NN.UU. para los Derechos y Libertades de los Indígenas, que se refieren permanentemente a los derechos de los pueblos indígenas”. Ibid. p. 76. Nota N° 263.

²⁴⁹ Ibid. p. 76.

²⁵⁰ Ibid. p. 76.

²⁵¹ Ibid. p. 76.

²⁵² “(...) la naturaleza jurídica de parte importante [de] los derechos consagrados en el Convenio, es de derechos colectivos, es decir, se reconoce que el ejercicio de ciertos derechos sólo puede entenderse en una perspectiva colectiva cuando nos encontramos ante pueblos indígenas (...) Para entender correctamente el tema de los derechos colectivos es preciso distinguir entre derechos humanos que fructifican en sociedad o que requieren de la sociedad para ejercerse (por ejemplo, derecho a voto) y los derechos cuyo titular es un colectivo (por ejemplo, autodeterminación). Los primeros claramente están protegidos por el sistema de derechos humanos tradicional; los segundos, constituyen el cambio de paradigma que introduce el Convenio”. NASH, Claudio. Op Cit., 2014, p. 9.

corriente doctrinaria, crítica del tratamiento jurisprudencial chileno, según veremos con mayor detención en la parte final del próximo capítulo.

2.6. OBSERVACIONES Y CRÍTICAS GENERALES.

A partir de todo lo desarrollado con anterioridad, cabe destacar, a modo complementario, ciertas consideraciones relacionadas a la compleja incorporación que experimentó el Convenio en nuestro derecho interno.

Así las cosas, cobra relevancia destacar en primer término, la percepción que emanaba por parte de los pueblos indígenas en lo que se relacionaba a su implementación, asociada, desde un punto de vista general, a un mayor grado de aplicación y reconocimiento de los derechos que establecía. A modo ilustrativo, durante su discusión parlamentaria, “Entre los representantes del pueblo atacameño, quechua, la señora Julia Quispe solicitó la aprobación del Convenio, por tratarse de una normativa que protege los derechos de los pueblos originarios”²⁵³; por su parte, la señora Carmen Flores, en representación del pueblo Aymara “(...) destacó los aspectos de la educación y salud, temas en los que la Convención reconoce derechos para que se instaure la enseñanza con su cosmovisión propia. Añadió que lo que hasta ahora ha sido programático, este Convenio lo hace obligatorio”²⁵⁴; y, a su vez, el señor Domingo Colicoy Caniulen, miembro de la Organización Territorial Wenteche Lof Mapu Kayupvl, “Manifestó que el Convenio 169 es un instrumento jurídico emblemático y que forma parte de las aspiraciones más profundas de los pueblos originarios, porque reconoce el status de pueblos a los indígenas (...) Añadió que, en el marco del Convenio 169, se reconoce el derecho a la propiedad y utilización de su territorio ancestral, el derecho a la consulta colectiva ante proyectos de desarrollo, a la utilización, administración y conservación de los recursos naturales, entre otros”²⁵⁵. Si bien eran palpables las altas expectativas depositadas en el Convenio por parte de los pueblos indígenas, su proceso de incorporación no sería del todo satisfactorio.

A modo ilustrativo, uno de los primeros puntos de consideración, lo constituye el hecho mismo de haber sido objeto de una discusión de casi 20 años para su ratificación, revelando tal extensión temporal, lo problemático y poco expedito que fue su tratamiento, caracterizado

²⁵³ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Op. Cit., 2008, p.251.

²⁵⁴ Ibid. p. 252.

²⁵⁵ Ibid. p. 253.

por una serie de prácticas que muchas veces entraban en conflicto con lo querido por los pueblos indígenas.

En general, el hecho mismo de haberse extendido casi 20 años su tramitación parlamentaria (por las razones señaladas en los párrafos anteriores), a riesgo de quitarle valor y peso político y jurídico con el paso del tiempo, constituía una clara muestra de la tensión que se generaba para con estos pueblos, lo que sumado, entre otros puntos, a la declaración interpretativa del artículo 35 del Convenio que se propuso incluir en la ratificación presidencial (para destrabar la discusión parlamentaria, en orden a limitar sus implicancias excluyendo la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos indígenas), y la promulgación del Decreto Supremo N°124 a manos del MIDEPLAN, que reglamentaba el artículo 34 de la ley indígena (el cual con claridad buscaba reducir las implicancias del Convenio, no satisfaciendo los estándares mínimos que establecía en materia de consulta y participación²⁵⁶), constituían claras prácticas que entorpecían una más expedita incorporación, entrando directamente en conflicto con lo establecido por el artículo 18 de la Convención de Viena²⁵⁷, relativa a la obligación de no frustrar el objeto y el fin de un tratado antes de su entrada en vigor, así como con los artículos 26, 27 y 31 N°1 de la misma, los que sumados a los preceptos constitucionales, y la propia normativa del Convenio ya destacada, constituían del todo aspectos que tensionaban aún más la ya complicada relación que existía con los pueblos indígenas.

Por lo demás, tal extensión de tiempo, hasta su entrada en vigor el año 2009, revelaba una esperable desactualización del Convenio en lo relativo a la satisfacción de las demandas indígenas. En efecto, si consideramos que se trata de un tratado adoptado en el año 1989 por parte de la OIT, por cuestiones evidentemente temporales, éste instrumento internacional se quedaría bastante atrás en ciertas materias de las que posteriormente daría cuenta la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos indígenas²⁵⁸

²⁵⁶ Véase. INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. Op. Cit., 2010, p. 99- 101.

²⁵⁷ Artículo 18 Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969: Obligación de no frustrar el objeto y el fin de un tratado antes de su entrada en vigor. Un Estado deberá abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y el fin de un tratado: a) si ha firmado el tratado o ha canjeado instrumentos que constituyen el tratado a reserva de ratificación, aceptación o aprobación, mientras no haya manifestado su intención de no llegar a ser parte en el tratado; o b) si ha manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado, durante el período que preceda a la entrada en vigor del mismo y siempre que ésta no se retarde indebidamente.

²⁵⁸ Donoso destaca a este respecto que: “algunos de los derechos consagrados en la Declaración -por ejemplo- el Derecho de la Libre Determinación, no están reconocidos en forma abierta en el Convenio y por lo mismo no pugnan necesariamente con las disposiciones de este último. En cambio, el derecho a que el Estado consulte a los pueblos indígenas para obtener su consentimiento libre, previo e informado antes de adoptar medidas

(favorablemente votada por Chile en el año 2007), la cual, al recoger todo el desarrollo posterior a 1989, se transformaría en el nuevo canon en materia de derechos de estos pueblos, dificultándose aún más la ya complicada implementación del Convenio. A ese efecto, resulta evidente la insuficiencia de una explicación exclusivamente jurídica para desestimar su interacción con nuestro ordenamiento interno. Como bien se preguntaba Donoso “¿qué explicación dará el Estado de Chile para preferir la implementación del Convenio a la Declaración en aquellas materias en que la segunda es más garantista que el primero?. Ciertamente el argumento jurídico en cuanto a que la Declaración es una recomendación y el Convenio un tratado internacional -por lo mismo vinculante- no será suficiente. Lo que resulta evidente es que los gobiernos no podrán desentenderse de la Declaración y tampoco desvincular al Convenio de aquella ya que, no obstante su diferente estatus jurídico, ambos fueron aprobados por Chile”²⁵⁹.

Por lo demás, otro de los puntos que chocó directamente con las altas expectativas depositadas por parte de los pueblos indígenas, sería la predominancia del carácter no autoejecutable en la mayoría de sus disposiciones. Como bien señalaría Donoso, “Esta tensión se verá aumentada por el hecho ya conocido que casi todas las disposiciones del Convenio consideradas como más relevantes, son, como se verá, “programáticas” o “no autoejecutables” (...)”²⁶⁰. Tal contraste desembocaría en una evidente tensión con los pueblos indígenas, concurriendo intereses que muchas veces resultaban contrapuestos, en materias ligadas, por ejemplo, al medioambiente, proyectos de inversión, recursos naturales, etc., en que cabe la aplicación del presente tratado, cobrando importancia la autoejecutabilidad de su normativa. Por lo demás, el hecho de considerar la calidad de tratado internacional en materia de DD.HH. del Convenio (aspecto con el que coincidimos en la presente memoria), incorpora un factor que tensiona, aún más, la ya problemática relación con los pueblos indígenas, según veremos con mayor detención en el próximo capítulo, especialmente a propósito de la autoejecutabilidad de la normativa del Convenio.

Así las cosas, atendida la pluralidad de aspectos destacados, principalmente relacionados al complejo procedimiento de incorporación del Convenio al ordenamiento

administrativas y legislativas que los afecten, supera ampliamente los alcances de la obligación de consulta que establece el Convenio”. DONOSO, Sebastián. Op. Cit., 2009, p.7.

²⁵⁹ Agrega Donoso que: “Sintomático a lo anterior es el hecho que el manual de la OIT sobre el Convenio analiza los alcances de cada una de las secciones del Convenio en paralelo con los capítulos correspondientes de la Declaración”. Ídem.

²⁶⁰ Ídem.

jurídico nacional, es posible extraer, esencialmente, una anticipada y predominante concepción no autoejecutiva del Convenio, que, según veremos, persistiría en los razonamientos desplegados en la generalidad de nuestra jurisprudencia, con posterioridad a su entrada en vigor en septiembre del año 2009.

CAPÍTULO 3: INTERACCIÓN PARTICULAR ENTRE LA DOCTRINA DE LA AUTOEJECUTABILIDAD Y EL CONVENIO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO, A LA LUZ DE SU TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL.

Revisadas las distintas consideraciones desarrolladas a propósito del procedimiento de incorporación del Convenio a nuestro derecho interno, cabe pasar a revisar en el presente capítulo, como se ha llevado a cabo su tratamiento jurisprudencial posterior, por parte de los Tribunales nacionales chilenos, buscando revelar como se ha materializado el cumplimiento y aplicación de su normativa autoejecutable y no autoejecutable en el plano doméstico, a la luz de los principales razonamientos desplegados, tanto por nuestra magistratura constitucional, como por nuestros Tribunales Superiores de Justicia.

3.1. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO.

Sin perjuicio de la variada jurisprudencia en esta materia, cabe señalar, de antemano, que el protagonismo propiamente tal de esta doctrina se ha materializado en Chile, sin lugar a dudas, en el ámbito de nuestra jurisprudencia constitucional, razón por la cual se analizarán en mayor medida sus sentencias, especialmente en materia de consulta y participación de los pueblos indígenas, piedras angulares del Convenio. Para comenzar, se revisará en primer término, la pluralidad de aspectos involucrados a las categorías autoejecutable y no autoejecutable de normas en el Convenio, desarrollados por las sentencias roles N°s. 309 y 1050 del TC, fallos estructurales y primigenios en esta materia, que fijaron las bases jurídicas elementales a su respecto; para luego revisar, cómo la jurisprudencia posterior, en líneas generales, parece reproducir en gran parte los distintos razonamientos desarrollados por estos dos fallos basales del TC en consideración.

3.1.1. SENTENCIAS ROLES N°s. 309 Y 1050 DEL TC. FALLOS ESTRUCTURALES.

3.1.1.1. HECHOS.

Según destacamos en el capítulo primero de esta memoria, la sentencia Rol N° 309 del TC, del 4 de agosto del año 2000, dio cuenta de un requerimiento de inconstitucionalidad, formulado por un grupo de Diputados, por una serie de cuestiones de forma y fondo, en contra del Convenio, planteándose que, además de atentar contra las Bases de la Institucionalidad, el proyecto de acuerdo aprobatorio relativo al mismo, debió ser aprobado por la Cámara de Diputados de conformidad al Quórum especial exigido por el artículo 63 de la CPR (no con Quórum simple, pues sus normas modificaban tácitamente Leyes Orgánicas Constitucionales, en adelante “LOC”), de conformidad al artículo 82, N° 2°, de la CPR. Por su parte, la sentencia Rol N° 1050 del TC, del 3 de abril del año 2008, dio cuenta del control preventivo obligatorio de constitucionalidad, respecto de aquella preceptiva modificatoria de LOC y autoejecutable presente en el Convenio, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 93 N° 1° de la CPR.

Como se ha destacado, sobre la base de estos dos fallos estructurales, es posible extraer los parámetros fundamentales de operatividad que se fijaron en relación a las cláusulas autoejecutables y no autoejecutables del Convenio, los cuales, además de tener que considerarse obligatoriamente para el análisis de la generalidad de fallos subsiguientes, pueden ser sistematizados, principalmente, a partir de los siguientes puntos:

3.1.1.2. CONSIDERACIONES RELATIVAS A LAS CLÁUSULAS AUTOEJECUTABLES DEL CONVENIO.

(i) Identificación de las cláusulas self-executing del Convenio: Resulta relevante identificar, en primer término, qué cláusulas del Convenio responden efectivamente a la categoría de normas autoejecutables, cuestión que, justamente, las sentencias roles N°s. 309 y 1050, se encargan de esclarecer y delimitar, con respecto a su facción mínima de disposiciones.

En efecto, el primer fallo (en que el TC terminaría desechando, en todas sus partes, el requerimiento formulado), destacó que, si bien la mayoría de los preceptos impugnados no modificaban normativa propia de LOC, aquello sí concurría en relación a los artículos 6, N° 1°, letra a), y N° 2°; y 7, N°1°, oración segunda, del Convenio, destacándose, además, que dichos preceptos, justamente, eran autoejecutables²⁶¹. En efecto, es posible notar que la

²⁶¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N°309, sentencia de 4 de agosto de 2000, Considerandos 6, 7 y 8.

procedencia del carácter self-executing en el Convenio, alcanzó sólo a su facción mínima de disposiciones, operando sólo en relación a sus artículos 6 y 7, relativos a los derechos de consulta y participación indígena, cuya concurrencia, por lo demás, operaba, no desde un punto de vista global, sino que parcial, en relación a los numerales 1° letra a), y N° 2° del artículo 6; y el numeral 1°, oración final, del artículo 7, que disponen lo siguiente:

i. Artículo 6, N° 1°, letra a), y N° 2°: preceptiva autoejecutable relativa a la consulta indígena:

“1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”,

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

ii. Artículo 7, N°1°, oración final: preceptiva autoejecutable relativa a la participación indígena:

“(…) Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente”.

En suma, es posible sostener que la presente delimitación, sería confirmada con posterioridad, en la sentencia, Rol, N°1050, del TC, del año 2008, que, en sede de control preventivo obligatorio de constitucionalidad (de normas que modificaban normativa propia de LOC presentes en el Convenio), delimitaría tal control a los artículos 6, N°1°, letra a), y N° 2°, y 7, N°1°, oración segunda, preceptos que, justamente, la sentencia rol N°309 había fijado como self-executing y modificatorios de LOC²⁶². Incluso, además de estos dos fallos basales, la limitación del carácter autoejecutable sólo a estos preceptos, sería confirmada, adicionalmente, por el DS, N° 124°, del MIDEPLAN, que reglamentó el artículo 34 de la Ley N° 19.253, a fin de regular la consulta y la participación de los pueblos indígenas, y que, sin perjuicio de sus críticas, destacaría: “[q]ue una vez que el Convenio entre en vigencia, los artículos 6 N° 1 letra a) y N° 2, y 7 N° 1 oración segunda del Convenio N° 169 pasarán a

²⁶² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N°1050, sentencia de 3 de abril de 2008, Considerandos 1 al 4; y, 12 al 17.

formar parte de la legislación vigente, ya que dichas normas tienen el contenido y precisión necesarios que las habilita para ser aplicadas sin otros trámites como fuente del derecho interno”²⁶³.

Así las cosas, en líneas generales, la jurisprudencia basal del TC en esta materia, limitó la procedencia del carácter self-executing, sólo a los artículos 6, N° 1°, letra a), y N° 2°; y 7, N°1°, oración final, del Convenio, lo que, además de minimizar la concurrencia de dicho carácter a su facción mínima de disposiciones, permite desprender - a partir de un criterio de exclusión - que el resto de su normativa respondería a la categoría de normas non-self-executing, cuestión fundamental que, en líneas generales, parece reproducirse en la generalidad de su jurisprudencia posterior, según veremos.

(ii) Lenguaje perentorio o imperativo para la concurrencia del carácter autoejecutable:

Según se destacó en el capítulo primero de esta memoria, el considerando N°48 de la sentencia rol N°309, fijó las bases fundamentales para la procedencia del carácter self-executing de una disposición, estableciendo que, en esencia, el mismo derivaba de la suficiencia y precisión normativa que albergase su contenido, posibilitando su aplicabilidad inmediata y directa, sin necesidad de un desarrollo reglamentario o legislativo posterior²⁶⁴. En esa línea, se extrae que el principal criterio utilizado por el TC radicó fundamentalmente en el examen del lenguaje de las disposiciones del Convenio.

En efecto, en primer lugar, a la hora de fundamentar la autoejecutabilidad del artículo 6, N° 1°, letra a) del Convenio, relativo a la consulta indígena, el TC, en su sentencia rol N° 309, señaló que: “Esta norma, a juicio del Tribunal, tiene el carácter de autoejecutable o de aplicación directa, (...) por los términos perentorios en que se encuentra redactada(...)”²⁶⁵. Mismo razonamiento desarrolló a la hora de referirse, implícitamente, a la autoejecutabilidad del artículo 6, N° 2°, del Convenio, atendida su incidencia automática en materia de LOC, aspecto que no era posible sin la concurrencia de un lenguaje imperativo en su redacción, según se desprende de los razonamientos relativos a los otros preceptos del Convenio²⁶⁶.

²⁶³ DECRETO SUPREMO N° 124 DEL MINISTERIO DE PLANIFICACIÓN, que reglamenta el artículo 34 de la Ley N° 19.253, 2009, Considerando 8°.

²⁶⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N°309, sentencia de 4 de agosto de 2000, Considerando 48.

²⁶⁵ *Ibíd.*, Considerando 7.

²⁶⁶ *Ibíd.*, Considerandos 7, 8 y 73 (Este último, en contraste, se refiere a la no autoejecutabilidad del art. 15, N°2).

En lo que respecta al artículo 7, N°1, oración final, relativo a la participación de los pueblos indígenas, la sentencia Rol N°309 del TC, destacó medularmente que: “La simple lectura de este precepto es suficiente para estimar que estamos en presencia de una norma autoejecutable como se infiere con claridad de la forma imperativa en que se encuentra redactada al disponer que los pueblos “deberán participar”²⁶⁷.

Tal conjunto de consideraciones, serían confirmadas posteriormente en la sentencia rol N° 1050 del TC del año 2008, al delimitar el control preventivo de constitucionalidad a los artículos 6, N° 1°, letra a), y, N° 2°; y 7, N°1°, oración final; preceptos que habían sido fijados como autoejecutables y modificatorios de LOC, justamente, por la sentencia rol N°309. En suma, el presente criterio sería confirmado en el DS, N° 124°, del MIDEPLAN, que reglamentó el artículo 34 de la Ley N° 19.253, según destacamos anteriormente²⁶⁸.

Como puede apreciarse, a partir de estos dos fallos elementales, los artículos 6, N° 1°, letra a), y N° 2°; y 7, N°1°, oración final, del Convenio, están redactados en términos imperativos o perentorios, cuya autosuficiencia posibilita la calificación de su autoejecutabilidad, de conformidad al considerando N°48, de la sentencia, Rol N°309.

(iii) Capacidad modificatoria o innovadora en materia de LOC: Además de su lenguaje imperativo o perentorio, una segunda arista relevante, y que ha sido ligada directamente a la procedencia del carácter autoejecutable de las cláusulas del Convenio, ha sido su incidencia o capacidad modificatoria en materias de LOC²⁶⁹.

En efecto, en materia de Consulta, el TC relacionó directamente al carácter self-executing del artículo 6, N° 1°, letra a), del Convenio, su carácter modificatorio en relación a la LOC N° 18.918 del Congreso Nacional, destacándose, en la sentencia rol N°309, esencialmente que: “En efecto, la norma versa sobre una materia relativa a la tramitación de

²⁶⁷ *Ibíd.*, Considerando 6.

²⁶⁸ DECRETO SUPREMO N° 124 DEL MINISTERIO DE PLANIFICACIÓN, que reglamenta el artículo 34 de la Ley N° 19.253, 2009, Considerando 8°, “[q]ue una vez que el Convenio entre en vigencia, los artículos 6 N° 1 letra a) y N° 2, y 7 N° 1 oración segunda del Convenio N° 169 pasarán a formar parte de la legislación vigente, ya que dichas normas tienen el contenido y precisión necesarios que las habilita para ser aplicadas sin otros trámites como fuente del derecho interno”.

²⁶⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N°309, sentencia de 4 de agosto de 2000, Considerando 7. “Esta norma, a juicio del Tribunal, tiene el carácter de autoejecutable o de aplicación directa, tanto por los términos perentorios en que se encuentra redactada como, porque, como bien lo afirma el Presidente de la República en su contestación, el artículo 22 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional regula “La facultad de las comisiones- se refiere a las comisiones legislativas – para solicitar informes u oír a las personas o instituciones que estimen convenientes en el procedimiento legislativo, es un procedimiento apropiado (...)”.

una ley que si bien, por cierto, no tiene la entidad o alcance de reformar los preceptos de los artículos 62 a 72 de la Carta Fundamental, si está modificando las disposiciones de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, ya sea, por la vía de introducir una norma nueva que deberá observarse en la tramitación interna de la ley, ya sea, según algunos por estar convirtiendo en obligatorio para la comisiones legislativas, en cuanto a este punto se refiere, una atribución enteramente facultativa que las referidas comisiones pueden o no ejercer, según su leal saber y entender²⁷⁰. Mismo razonamiento desarrolló la sentencia rol N° 1050²⁷¹.

Por su parte, en lo que respecta a la autoejecutabilidad del artículo 7, N°1°, oración final, del Convenio, relativo a la participación indígena, la sentencia rol N° 309 destacó que: “Esta disposición en los términos en que está concebida, modifica parcialmente el artículo 16, letra a), de la Ley N° 19.175, Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional, pues establece la obligación de participar a los pueblos indígenas en una función propia del gobierno regional que en el artículo 16, letra a), de la señalada ley se la entrega a dicho gobierno, sin limitaciones²⁷². Misma consideración se verificaría en la sentencia rol N°1050, que precisaría su cualidad modificatoria a propósito de las LOC N° 18.575, de Bases Generales de la Administración del Estado; la LOC N°19.175, sobre Gobierno y Administración Regional; y la LOC N° 18.695, de Municipalidades²⁷³.

Dadas estas consideraciones, la sentencia rol N°309 señalaría respecto a la naturaleza de estos preceptos autoejecutables, que: “(...) los artículos 7°, N° 1°, oración segunda y 6°, N° 1°, letra a), y N° 2°, constituyen preceptos que modifican normas propias de leyes orgánicas constitucionales y, por ende, como lo ha declarado reiteradamente este Tribunal, tienen el carácter de esta clase de leyes²⁷⁴. A mayor abundamiento, cabe señalar que la relevancia de considerar tal capacidad modificatoria en materia de LOC, genera dos efectos relevantes: El primero relativo al quórum exigible para su aprobación legislativa (quedando sujetas al establecido para las LOC) y, el segundo, relativo a la oportunidad para

²⁷⁰ *Ibíd.*

²⁷¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N°1050, sentencia de 3 de abril de 2008, Considerando 12.

²⁷² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N°309, sentencia de 4 de agosto de 2000, Considerando 6.

²⁷³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N°1050, sentencia de 3 de abril de 2008, Considerando 12.

²⁷⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N°309, sentencia de 4 de agosto de 2000, Considerando 8. “Que corolario de lo expuesto en los dos considerandos precedentes es que los artículos 7°, N° 1°, oración segunda y 6°, N° 1°, letra a), y N° 2°, constituyen preceptos que modifican normas propias de leyes orgánicas constitucionales y, por ende, como lo ha declarado reiteradamente este Tribunal, tienen el carácter de esta clase de leyes;”.

efectuar su control de constitucionalidad (que no necesita postergación, sin perjuicio de quedar sometidas al control preventivo de constitucionalidad, a que se refiere el artículo 93 N°1 de la CPR, de las normas referidas a materias de LOC).

(iv) Exigencia de un Quórum especial: De conformidad a los artículos 54, N°1, inciso primero; y 66, inciso segundo, de la CPR, cobra relevancia destacar que, atendida la virtud modificatoria en materia de LOC, por parte de la preceptiva autoejecutable del Convenio, su aprobación legislativa quedó sujeta al quórum especial exigido para la aprobación tal clase de leyes, requiriendo del voto favorable de las cuatro séptimas partes de los Diputados y Senadores en ejercicio. En efecto, la exigencia de tal requisito de forma, reveló la enorme importancia de considerar el carácter autoejecutable de una disposición en un tratado, al punto condicionar la aprobación del proyecto de acuerdo relativo al Convenio, la necesidad de que su normativa autoejecutable se viera aprobada de conformidad al quórum especial exigido por la CPR para la aprobación de LOC, no obstante contener mayoritariamente preceptiva no autoejecutable, dada la necesidad de aprobar legislativamente la normativa de los tratados, según sea su naturaleza, pero totalmente, según razonó el TC²⁷⁵).

De esta forma, la concurrencia de tal quórum especial se constituiría como un requisito de forma fundamental para la aprobación legislativa de los tratados con normativa autoejecutable, quedando sujetas estas últimas, además, al control preventivo de constitucionalidad presente en el artículo 93, N°1, de la CPR. No obstante, cabe señalar que, para la derogación, modificación o suspensión de su preceptiva, debe atenderse a la forma prevista por los propios tratados, o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional, según consagra el artículo 54, N°1, inciso quinto, de la CPR.

²⁷⁵ *Ibíd.*, Considerandos 24 y 25: “24°. Que así las cosas nos encontramos ante una situación en que, aparentemente, existiría una contradicción entre dos normas de la Constitución. En efecto, por una parte, el artículo 50, N° 1), de la Carta Fundamental, estatuye que al Congreso sólo le corresponde aprobar o rechazar el tratado como un todo y, en cambio, el artículo 63, por la otra, obliga a que las disposiciones del tratado se voten con distintos quórum, según sea la naturaleza de sus normas - orgánicas constitucionales, de quórum calificado o comunes u ordinarias - precepto que, por ende, está permitiendo que las normas del tratado se voten con el quórum correspondiente a su naturaleza; 25°. Que, sin embargo, tal contradicción es más aparente que real, ya que interpretando ambas normas en forma armónica y teniendo en vista la finalidad perseguida por ambos preceptos (...) fuerza es concluir que las disposiciones del tratado – en el caso que este contemple normas de distinta naturaleza - se aprobarán o rechazaran aplicando el quórum que corresponde a los distintos grupos de ellas; pero el proyecto de acuerdo de aprobación del tratado sólo se entenderá sancionado por la respectiva Cámara Legislativa cuando todas las disposiciones del tratado hubiesen sido aprobadas en ella. En caso que una o más disposiciones de la respectiva Convención fuere desestimada, el proyecto de acuerdo debe entenderse rechazado como un todo”.

(v) Procedencia inmediata de un pronunciamiento sobre su constitucionalidad: Según fijó la sentencia rol N°309, las disposiciones autoejecutables del Convenio, son susceptibles de un pronunciamiento inmediato relativo a su constitucionalidad, dada su capacidad modificatoria en materia de LOC, pudiendo entrar efectivamente en contradicción con la CPR (sin necesidad de un desarrollo legislativo o reglamentario), excluyéndose de tal examen aquellas que no eran autoejecutables, por cuanto era necesario que antes se desarrollasen normativamente por parte del Estado, en ejercicio de su propia potestad pública²⁷⁶.

De esta forma, la sentencia Rol N°309, definió que la oportunidad para efectuar el control de constitucionalidad a las cláusulas no autoejecutables, no operaba sino hasta la concurrencia de la normativa que les posibilitara su debida concreción doméstica²⁷⁷. No obstante, tal consideración sería matizada posteriormente en la sentencia Rol N° 383, (destacándose que, excepcionalmente, no cabía postergar un examen sobre su constitucionalidad, cuando fuera posible prever razonablemente que, del desarrollo legislativo o reglamentario que la misma demandaba dictar, se configurase una inconstitucionalidad de fondo²⁷⁸). Sin perjuicio de ello, es posible sostener que en el caso específico del Convenio, no concurrió tal excepcionalidad, manteniéndose la tesis sostenida en la sentencia rol N°309, según da cuenta la sentencia rol N°1050, al limitar el control preventivo de constitucionalidad a los preceptos modificatorios de LOC, y fijados como autoejecutables, justamente, por la sentencia rol N°309.

(vi) Delimitación de los efectos producidos por las cláusulas autoejecutables del Convenio, sus cualidades jurídicas especiales, y su diferenciación a propósito de las regulaciones previstas en nuestro derecho interno: Atendida la capacidad modificatoria en materia de LOC por parte de estos preceptos autoejecutables, cabe examinar bajo qué parámetros el TC ha delimitado sus implicancias en el marco de nuestro ordenamiento jurídico interno, de qué forma ha revelado sus cualidades jurídicas especiales, y cómo dichas características los han diferenciado de las regulaciones previstas en nuestro derecho interno.

Primeramente, en lo que respecta a la autoejecutabilidad de los artículos 6, N°1°, letra a), y N° 2°, relativos a la consulta indígena, el TC, en sus sentencias Roles N°s. 309 y 1050, ha destacado, principalmente, el carácter obligatorio que puede configurarse para la

²⁷⁶ *Ibíd.*, Considerando 48, letra a).

²⁷⁷ Véase tal tesis, además, en las sentencias del TC: Roles N°s. 1483, C° 8; y la Rol N° 1504, C° 20 y 25.

²⁷⁸ Véase las sentencias del TC, Roles N°s. 383, C° 4; y, la Rol N° 1988-11-CPT, C° 17.

comisiones legislativas, el tener que llevar a cabo la consulta en la tramitación interna de leyes, tornándose eventualmente como obligatorio algo que antes era puramente facultativo, atendida la modificación producida por estos preceptos a la LOC del Congreso Nacional²⁷⁹.

No obstante lo anterior, el TC delimitaría en mayor medida sus efectos, al precisar, primeramente que, dado que los mismos no tenían la entidad o alcance para reformar preceptos de la CPR²⁸⁰, ni implicaban un ejercicio de la soberanía en ese sentido²⁸¹, no cabía interpretarse que, de su ejercicio, operase la concurrencia de un plebiscito o consulta popular de carácter vinculante en los términos que establecía la CPR²⁸².

Dado lo anterior, y atendido el artículo 6, N° 2, del Convenio, el TC precisaría que, si bien la consulta podía adquirir carácter obligatorio, la misma (...) no importa una negociación obligatoria, sino que constituye una forma de recabar opinión, misma que no resultará vinculante, ni afectará las atribuciones privativas de las autoridades que la Constitución Política de la República establece²⁸³; destacándose, como corolario de lo anterior, que: "(...) En este entendido el precepto resulta plenamente compatible con la participación democrática que contempla el artículo 1° de la Carta Fundamental y con la radicación de la soberanía y de su ejercicio que contempla el artículo 5° de la misma Ley Fundamental."²⁸⁴.

Atendidas tales delimitaciones, similares razonamientos se expresaron a propósito del artículo 7, N°1°, oración final, del Convenio, relativo a la participación indígena. En efecto, según dan cuenta las sentencias roles N°s. 309 y 1050, su aplicación, si bien podía resultar obligatoria, no implicaba un ejercicio de la soberanía en los términos del artículo 5 de la CPR²⁸⁵, ni podía adquirir carácter vinculante: "(...) al establecer una participación consultiva obligatoria no vinculante 'en los actos de gobierno', expresión que debe entenderse en un sentido amplio, como sinónimo de ejercicio de potestad pública no jurisdiccional, puede alterar procedimientos administrativos, hacer obligatorio consultar ciertas materias a los

²⁷⁹ Véase las sentencias del TC: Rol N° 309, Considerandos 7 y 8; y, la Rol N° 1050, Considerando 12.

²⁸⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N°309, sentencia de 4 de agosto de 2000, Considerando 7.

²⁸¹ *Ibíd.*, Considerando 46; y, sentencia del TC, Rol N° 1050, Considerando 13.

²⁸² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N°1050, sentencia de 3 de abril de 2008, Considerando 13. "Que la consulta a los pueblos interesados que dispone el N° 1 del artículo 6° del Acuerdo remitido no podrá, desde luego, entenderse que implique el ejercicio de soberanía, pues ella, conforme al claro tenor de lo dispuesto en el artículo 5° de la Carta Fundamental, reside esencialmente en la Nación y se ejerce por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que la propia Constitución establece".

²⁸³ *Ibíd.*, Considerando 14. Tal criterio se deduce además de la STC, Rol N° 1504, Considerandos 19 y 20.

²⁸⁴ *Ibíd.*, Considerando 14.

²⁸⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N°309, sentencia de 4 de agosto de 2000, Considerando 46 y, sentencia del TC, Rol N° 1050, Considerando 17.

consejos regionales y contemplar modos de participación en el ámbito municipal, lo que es materia de las leyes orgánicas constitucionales N°s. 18.575, de Bases Generales de la Administración del Estado, 19.175, sobre Gobierno y Administración Regional, y 18.695, de Municipalidades, respectivamente”²⁸⁶.

Como corolario de lo anterior, se destaca esencialmente: “(...) Que la posibilidad de participación que las normas en análisis del Convenio entregan a los pueblos indígenas no pugnan con el principio de participación con igualdad de oportunidades en la vida nacional, que consagra el artículo 1° de la Carta Fundamental, toda vez que ellas disponen, para un grupo socioeconómicamente vulnerable, con la especificidad histórica cultural que le es propia, un mecanismo de participación que no tiene carácter vinculante,”²⁸⁷.

Si bien se revela que la preceptiva autoejecutable del Convenio, operaría más bien, como un mecanismo orientado a la recopilación de información de los afectados, que no genera efectos vinculantes (al quedar en manos del órgano dotado de competencia pública respectivo, la tarea de tomar la decisión definitiva, sin perjuicio de considerar la información recopilada); es posible destacar sus claras connotaciones jurídicas especiales, razones por las cuales el TC, precisamente, destacaría su diferenciación a propósito de las regulaciones previstas en nuestro ordenamiento jurídico interno²⁸⁸. Por lo demás, es posible extraer su claro sometimiento a la CPR (especialmente con relación a los artículos 1 y 5 de la carta

²⁸⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N°1050, sentencia de 3 de abril de 2008, Considerando 12.

²⁸⁷ *Ibid.*, Considerando 15.

²⁸⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N°309, sentencia de 4 de agosto de 2000, Considerandos 6, 7 y 8. A propósito de la Consulta indígena: “7°. La argumentación del Presidente de la República en orden a que este tipo de consultas ya se encuentra establecido en nuestra legislación, citando en abono de sus tesis los artículos 34, 39, letra j), y 48, de la Ley Indígena, no es compartida por este Tribunal, habida consideración de la diferencia esencial que tiene la consulta a que se refiere el artículo 6°, N° 1°, letra a), de la Convención N° 169, con aquellas otras que se establecen en el actual ordenamiento positivo. Para demostrarlo baste señalar que si bien la respuesta a la consulta a que se refiere el tratado no tiene un carácter vinculante stricto sensu si tiene una connotación jurídica especial que se encarga de precisarla el N° 2° del mismo artículo 6° que dice: “Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.”. A propósito de la modificación que el artículo 7, N°1°, oración final, del Convenio, generaba al artículo 16, letra a), de la LOC N°19.175, sobre Gobierno y Administración Regional, se señaló que: “7°. Es cierto que en el artículo 28 de la misma ley se dispone que el gobierno regional tendrá como finalidad hacer efectiva la participación regional; pero también lo es que entre la norma imperativa del tratado y la finalidad programática e indeterminada de la ley existe una diferencia sustantiva (...) “Tampoco resulta atendible la argumentación del Ejecutivo en su escrito de contestación en la que se afirma que la norma convencional en estudio no innova en ninguna disposición de nuestro ordenamiento, citando al efecto, para demostrar su aseveración, el artículo 19, letras b), e) y f), ya que todas estas normas - las que tienen por objeto velar por la protección y desarrollo de las etnias indígenas, participar en acciones destinadas a facilitar el acceso, de la población de escasos recursos o que vivan en lugares aislados a determinados beneficios y programas y, en fin, realizar estudios relacionados con las condiciones, nivel y calidad de vida de los habitantes de la región - se refieren a materias distintas del derecho que reconoce el artículo 7°, N° 1°, oración final”.

fundamental), sin perjuicio del carácter autoejecutable que se les atribuye, y su capacidad modificatoria a propósito de determinada normativa de LOC.

(vii) Aplicabilidad inmediata y directa sin necesidad de una complementación reglamentaria o legislativa posterior: Otro punto destacado por el considerando N° 48 de la sentencia rol N°309, es que la concurrencia del carácter autoejecutable de una disposición en un tratado, la hacían susceptible de ser aplicada inmediata y directamente en el plano doméstico, sin necesidad de una determinada complementación legislativa o reglamentaria posterior. Tal razonamiento importa considerar que, originalmente, los artículos autoejecutables 6, N° 1°, letra a), y N° 2°; y 7, N°1°, oración final, del Convenio, eran susceptibles de una aplicación inmediata y directa, sin necesidad de una complementación normativa adicional, asimilándose, incluso, la expresión “autoejecutable” con el término “aplicación directa”²⁸⁹. Tales consideraciones serían confirmadas tácitamente en la sentencia rol N°1050, que limitó el control preventivo de constitucionalidad a los preceptos que habían sido fijados como autoejecutables y modificatorios de LOC por la sentencia rol N°309, según se destacó.

(viii) El principio de flexibilidad en la norma de clausura del Convenio: Según destacamos en el capítulo primero de esta memoria, el fundamento principal con que se justifica la utilización de la doctrina de la autoejecutabilidad en relación al Convenio, dice relación con su norma de clausura, presente en su artículo 34. Como destaca la sentencia rol N°309: “El Convenio N° 169 contempla una norma de clausura, ubicada en su parte novena, “Disposiciones Generales”, que recoge el principio de flexibilidad aplicable a todas sus cláusulas. Su artículo 34° dispone: “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.”²⁹⁰. En esa línea, resulta evidente que a la hora de armonizarse la aplicabilidad inmediata y directa de las cláusulas autoejecutables del Convenio, con los distintos aspectos involucrados a su interacción con nuestro ordenamiento jurídico interno, de considerarse la presente norma de clausura.

(ix) La no implicancia de un ejercicio de la soberanía por parte de los pueblos indígenas: Otro punto relevante, y directamente relacionado, no sólo a las disposiciones

²⁸⁹ *Ibíd.*, Considerandos 6, 7 y 8.

²⁹⁰ *Ibíd.*, Considerando 48, letra b).

autoejecutables, sino que a la totalidad de la normativa del Convenio, dice relación con las implicancias asociadas a la expresión pueblos indígenas, y la hipotética contravención a las Bases de la Institucionalidad que se alegaba. Según destaca la sentencia Rol N° 309, a la hora de rechazar los cuestionamientos sostenidos por la parte requirente, de dicha expresión, y particularmente en relación a las normas fijadas como autoejecutables en el Convenio²⁹¹, no se seguía un supuesto ejercicio de la soberanía, destacándose su compatibilidad con el artículo 5 de la CPR, y el sometimiento general del Convenio al orden constitucional vigente. El mismo razonamiento se verificaría en la sentencia rol N°1050, a propósito de los artículos autoejecutables 6, N°1°, letra a), y N° 2°; y, 7, N°1°, oración final, del Convenio²⁹².

(x) Sometimiento general al ordenamiento constitucional vigente: Como corolario de todo lo expuesto, según se desprende de los dos fallos basales del TC en consideración, es posible apreciar un claro sometimiento al orden constitucional vigente por parte del Convenio. En el caso específico de sus cláusulas autoejecutables, cabe destacar que dicha conclusión se aprecia principalmente: al no tener la entidad o alcance de reformar preceptos de la CPR; al no implicar un ejercicio de la soberanía; al poder resultar obligatorios, más no adquirir carácter vinculante; al no afectar las atribuciones privativas de las autoridades constitucionales; y, fundamentalmente, al quedar sometidas al control obligatorio de constitucionalidad, según da cuenta la sentencia rol N°1050, siendo compatibles con la CPR, especialmente en relación al principio de participación democrática, presente en su artículo 1, y respecto al artículo 5 de la misma.

En esa línea, parece perfilarse con claridad una desconsideración de las cláusulas autoejecutables del Convenio como parámetros directos de constitucionalidad, debiendo anclarse a la normativa constitucional vigente y respectiva, revelándose tácitamente la atribución de un rango infraconstitucional a las mismas. En efecto, según destaca la prevención efectuada por el Ministro Sr. Enrique Navarro, en la sentencia rol N°1050, además de destacar la naturaleza predominantemente no autoejecutable del Convenio²⁹³, señalaría adicionalmente que, respecto de las cláusulas autoejecutables en comentario: “Los artículos 6 y 7 del Convenio no vienen sino a dar concreción al derecho fundamental de las

²⁹¹ *Ibíd.*, Considerandos 44, 45 y 46.

²⁹² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N°1050, sentencia de 3 de abril de 2008, Considerandos 13 y 17; Véase: prevención del Ministro Sr. Enrique Navarro, Considerando 7.

²⁹³ *Ibíd.*, prevención del Ministro Sr. Enrique Navarro, C° 1 y 2.

personas a participar con igualdad de oportunidades, como lo indica el artículo 1º de la Ley Fundamental, en estrecha vinculación con la libertad de opinión y el derecho de petición que se encuentran asegurados en el artículo 19 N°s 12 y 14²⁹⁴. Si bien tal aspecto aún no era del todo desarrollado explícitamente, posteriormente terminaría confirmándose, según veremos.

3.1.1.3. CONSIDERACIONES RELATIVAS A LAS CLÁUSULAS NO AUTOEJECUTABLES DEL CONVENIO.

La relevancia de delimitar las particularidades asociadas a la categoría non-self-executing de normas en el Convenio, radica justamente en el hecho de que, la mayor parte de su preceptiva, justamente responde a dicha categoría, razones por las cuales destacaremos las características fundamentales que las configuran, a la luz de las sentencias roles N°s. 309 y 1050 del TC, fallos estructurales y primigenios en esta materia relativa al Convenio.

(i) Identificación de las cláusulas non-self-executing del Convenio: De conformidad a la sentencia rol N° 309 del TC, se desprende esencialmente que, a partir de la limitación del carácter self-executing a los artículos 6, N° 1º, letra a), y N° 2º; y 7, N°1º, oración final, la concurrencia del carácter no autoejecutable procedería respecto de la generalidad de la restante normativa del Convenio (conforme un criterio de exclusión). En esa línea, al albergar una facción mínima de disposiciones autoejecutables, termina configurándose como un tratado predominantemente non-self-executing, aspecto que sería confirmado en la sentencia rol N°1050, al delimitar el control preventivo de constitucionalidad a los preceptos que la sentencia rol N°309 había fijado como self-executing y modificatorios de LOC²⁹⁵. Incluso, tal apreciación sería destacada por el Ministro Sr. Enrique Navarro, quién en su prevención a dicha sentencia, a partir de una serie de puntos derivados de su tramitación parlamentaria, destacó el carácter predominantemente no autoejecutable del Convenio²⁹⁶.

Según veremos, sin perjuicio de considerar que el resto de la normativa del Convenio, distinta a los artículos 6, N°1º, letra a), y N°2º; y 7, N°1º, oración final, ostentarían carácter non-self-executing (según deducimos, ya que el TC sólo se limita a señalar qué preceptos son autoejecutables), existen ciertas particularidades asociadas a las mismas.

²⁹⁴ *Ibíd.*, C° 6°. El Ministro Sr. Enrique Navarro agregó que tales preceptos: "(...) no deben interpretarse como emanación de la función consultiva, misma que se encuentra radicada en órganos constitucionales a quienes expresamente se ha otorgado dicha facultad en el ámbito legislativo o administrativo".

²⁹⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N°1050, sentencia de 3 de abril de 2008, C° 1 al 4; y, 12 al 17.

²⁹⁶ Véase: *Ibíd.*, prevención del Ministro Sr. Enrique Navarro, Considerandos 1 y 2.

(ii) Ausencia de un lenguaje perentorio o imperativo: Como hemos destacado, de conformidad a la sentencia rol N°309 del TC, las disposiciones no autoejecutables de un tratado son aquellas que requieren de una complementación legislativa o reglamentaria por parte del Estado, que posibilite su debida concreción doméstica. En esa línea, el primer y gran criterio utilizado por el TC para determinar aquello en el Convenio, radicó justamente en el lenguaje de sus disposiciones, destacando la improcedencia del carácter self-executing cuando el mismo no fuera perentorio o imperativo.

En efecto, a modo ilustrativo, a la hora de descartarse una transgresión al artículo 19, N° 24°, incisos 2°, y 3°, de la CPR (relativo a la expropiación), por parte del artículo 14 Convenio (relativo al reconocimiento de los derechos de propiedad y posesión de tierras, por parte de los pueblos indígenas), la presente sentencia destacó que de: "(...) la lectura de estos incisos del Convenio, se desprende que ellos son programáticos. En efecto, el número 1° expresa: "deberán reconocerse", "deberán tomarse medidas", "deberá prestarse particular atención", "los gobiernos deberán", "deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional", lo que permite concluir que tales disposiciones responden al tipo de preceptos no ejecutables con el sólo mérito del tratado"²⁹⁷.

Similar razonamiento se verificó, por ejemplo, en relación al artículo 15 del Convenio (relativo a los derechos de los pueblos indígenas, con respecto a los recursos naturales presentes en sus tierras o que le pertenezcan al Estado). Además de descartarse su contradicción con el artículo 19°, N° 24°, incisos sexto a décimo, de la CPR, se destacaría, en relación al numeral 2° del artículo en comentario (cuando los minerales o recursos naturales del subsuelo le pertenecieran al Estado), su carácter especialmente programático²⁹⁸, al señalarse que: "(...) el verbo rector de esta disposición es el que señala el Convenio, al usar las expresiones "siempre que sea posible", lo que debe entenderse en el sentido de que su aplicación ha de ajustarse al régimen constitucional y legal de la propiedad minera. Siendo así, esta disposición, al ser en su esencia programática y al confirmar el derecho de los pueblos indígenas de acceder a la propiedad minera, se ajusta a la preceptiva constitucional, no existiendo reproche que hacerle en este sentido"²⁹⁹.

²⁹⁷TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N°309, sentencia de 4 de agosto de 2000, considerando 65. Véase, en general, Considerandos 62 al 66.

²⁹⁸ *Ibíd.*, Considerando 70.

²⁹⁹ *Ibíd.*, Considerando 73.

(iii) Incapacidad modificatoria en materia de LOC: Otra arista relevante, radicó en la capacidad modificatoria en materia de LOC de los preceptos autoejecutables del Convenio. Según se infiere, al limitarse aquello sólo a los artículos autoejecutables 6, N° 1°, letra a), y N° 2°; y 7, N°1°, oración final, en la sentencia Rol N°309, se desprende que el resto de su normativa no contaría con tal capacidad modificatoria, ni otorga nuevas atribuciones a los órganos del Estado³⁰⁰. En efecto, a modo ilustrativo, a la hora de referirse a la no autoejecutabilidad del artículo 15, N° 2, del Convenio, tal sentencia destacaría que, consecuencial a su lenguaje no imperativo, operaba su incapacidad modificatoria en materia de LOC³⁰¹. Misma conclusión estableció respecto al artículo 22, N° 2°, y 3°³⁰². Tales consideraciones, serían confirmadas implícitamente en la sentencia rol N°1050, al limitar el control preventivo de constitucionalidad a los preceptos que, justamente, la sentencia rol N°309 había fijado como self-executing y modificatorios de LOC.

La relevancia de considerar esta incapacidad modificatoria en materia de LOC, por parte de las disposiciones de no autoejecutables, interactúa con dos aspectos relevantes de nuestro derecho interno, a saber, el quórum exigible para su aprobación legislativa, y la oportunidad para efectuar su control de constitucionalidad, según veremos.

(iv) Quórum exigible a partir del carácter non-self-executing: De conformidad al artículo 54, N° 1, inciso primero; y 66, inciso cuarto, de la CPR, y lo razonado por el TC, la preceptiva no autoejecutable del Convenio, al no generar efectos modificatorios en materia de LOC, respondería al quórum simple exigido a las leyes comunes para verse aprobado legislativamente, sin perjuicio de que, para su derogación, modificación o suspensión, deban observarse las formas previstas por el propio tratado o las normas generales de derecho internacional (artículo 54, N°1, inciso quinto, de la CPR).

Si bien tal requisito de forma era aplicable, desde un punto de vista aislado, a la preceptiva no autoejecutable del Convenio, el hecho de que contuviera conjuntamente preceptiva self-executing y modificatoria de LOC que exigía un quórum más alto³⁰³, y atendida la necesidad de que la totalidad de la normativa del Convenio se aprobase

³⁰⁰ Véase además, las sentencias del TC: Rol N° 1504, Considerandos 19 y 20; y, la Rol, N°1988. Voto disidente "D)", de los Ministros Sres. Carlos Carmona y Gonzalo García, Considerandos 5 y 6.

³⁰¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N°309, sentencia de 4 de agosto de 2000, Considerandos 5 y 73.

³⁰² *Ibíd.*, Considerando 5.

³⁰³ *Ibíd.*, Considerando 20: "(...) se está en presencia de un tratado internacional que contiene normas propias de ley común conjuntamente con disposiciones que pertenecen al ámbito de las leyes orgánicas constitucionales;".

legislativamente, hicieron necesaria la concurrencia de las cuatro séptimas partes de los Diputados y Senadores en ejercicio (artículo 66, inciso segundo, de la CPR), en relación a su preceptiva autoejecutable, toda vez que, en caso contrario, el proyecto de acuerdo aprobatorio relativo al mismo se vería rechazado como un todo³⁰⁴.

Lo anterior revela la trascendental importancia de considerar la categoría autoejecutable de normas en un tratado, al punto de poder determinar su incorporación a nuestro ordenamiento jurídico interno, atendido el requisito de forma más exigente que demandan, aun cuando la concurrencia mayoritaria de sus normas no sea autoejecutable.

(v) Improcedencia de un pronunciamiento sobre su constitucionalidad, sino hasta la concurrencia de su preceptiva implementatoria: Atendidas las particularidades asociadas a las cláusulas no autoejecutables del Convenio, la sentencia rol N°309 establecería que, por dicha razón, no podían - por lo pronto - producir efectos contradictorios con la CPR, sino hasta la concurrencia de la legislación o reglamentación complementaria que posibilitara su debida concreción doméstica, razones por las cuales no cabía un pronunciamiento sobre su constitucionalidad, sino hasta la concurrencia de lo anterior³⁰⁵. A modo ilustrativo, tal razonamiento sería destacado a propósito del artículo 14, N°1, del Convenio (que, por el sólo mérito de su lenguaje programático, sus disposiciones "(...) no pueden enfrentarse a la disposición constitucional del artículo 19°, N° 24°, que se refiere a la protección del derecho de propiedad"³⁰⁶); respecto al artículo 15, N°2, (al ser especialmente programático, y redactado en un lenguaje no imperativo³⁰⁷), y con relación al artículo 17, N°2, del Convenio³⁰⁸.

Si bien esta tesis relativa a la oportunidad para efectuar el control de constitucionalidad de las disposiciones no autoejecutables de un tratado, sería matizada posteriormente en la sentencia Rol N° 383 (al establecer que, excepcionalmente, no debía postergarse un examen sobre su constitucionalidad, cuando fuera posible prever o inferir razonablemente que, del desarrollo de las disposiciones legislativas o reglamentarias a las que la misma obligaba a dictar, se configurase una inconstitucionalidad de fondo³⁰⁹), es

³⁰⁴ Ibid., Considerandos 24 y 25:

³⁰⁵ Ibid., Considerando 48°, letra a).

³⁰⁶ Ibid., Considerando 65.

³⁰⁷ Ibid., Considerandos 70 y 73.

³⁰⁸ Ibid., Considerandos 76 y 77.

³⁰⁹ Véase la sentencia del TC: Rol N°383, Considerando 4; y la, Rol, N°1988-11-CPT, Considerando 17.

posible apreciar que, en el caso particular del Convenio, la sentencia rol N°1050, implícitamente, mantendría la tesis sostenida en la sentencia rol N°309, al limitar el control respectivo de constitucionalidad, sólo a los preceptos que el fallo rol N°309 había fijado como autoejecutables. Según destacamos en el capítulo primero, aquello fue objeto de múltiples críticas, principalmente por el hecho de sostenerse una posible evasión al principio de supremacía constitucional (atendido el hecho de que la gran mayoría de normas del Convenio respondía justamente a la categoría no autoejecutable).

(vi) La existencia de una obligación de hacer por parte del Estado: Como hemos destacado, las disposiciones no autoejecutables generan una obligación de hacer para el Estado, consistente en desarrollar la normativa complementaria que posibilite su debida aplicación. En esa línea, si se tiene en cuenta que la mayor parte de la normativa del Convenio no es autoejecutable, su efectivo cumplimiento y aplicación queda entregado, en gran parte, a la forma y premura con que el Estado cumpla tal obligación (de allí la relevancia de su labor). Considerando que la entrada en vigor del Convenio opera desde el año 2009, cabe hacer hincapié en la obligatoriedad de su normativa no autoejecutable y vigente, al erigirse, no como meros preceptos programáticos u orientadores, sino como normas plenamente en vigor que obligan al Estado a sancionar la normativa complementaria que les dé debida concreción doméstica, especialmente a través de sus vertientes ejecutiva y legislativa.

A modo ilustrativo de esta obligación, la sentencia rol N°309, destacaría a propósito del artículo 14, N°2, que: “(...) el Convenio no ejecuta por sí mismo las medidas sino que invita al Estado a ponerlas en ejecución”³¹⁰. Misma apreciación se realizaría a propósito de su artículo 17 N° 2° (relativo a la consulta que debe realizarse a los pueblos interesados, siempre y cuando concurra su capacidad para transferir tierras o transmitir sus derechos sobre ellas), al destacarse que tal artículo acude necesariamente al derecho interno para el reconocimiento de tal capacidad, por lo que no es automático, y en ese sentido, tampoco autoejecutable, no infringiendo el artículo 19, N° 24°, inciso segundo, de la CPR³¹¹.

(vii) Improcedencia de su aplicabilidad inmediata y directa: Atendido lo anterior, dada la insuficiencia normativa de esta categoría de normas, se desprende que aquellas no son

³¹⁰ *Ibíd.*, Considerando 66.

³¹¹ *Ibíd.*, Considerando 76 y 77.

susceptibles de aplicarse de forma inmediata y directa en el plano doméstico por parte de nuestros tribunales de justicia, mientras el Estado no las desarrolle normativamente³¹².

(viii) Carácter complementario e integrador: Sin perjuicio de lo anterior, al tratarse de normas vigentes y obligatorias para el Estado, no cabría sostener una exclusión absoluta de la preceptiva no autoejecutable del Convenio, con respecto a sus interacciones con nuestro derecho interno. En efecto, además de obligar al Estado a desarrollarlas normativamente, pueden adquirir un papel complementario e integrador. A modo ilustrativo, la sentencia rol N°309, destacó que el artículo 9, N° 2°, y, 10, N° 1°, y 2°, preceptos no autoejecutables en materia penal, contenían elementos que bien podían ser incorporados por un juez en la resolución de asunto en concreto (como ocurre, por ejemplo, con la costumbre, o las características económicas, sociales y culturales de los pueblos indígenas³¹³).

(ix) El principio de flexibilidad en la norma de clausura del Convenio: Según se ha destacado, el artículo 34 del Convenio configura el llamado principio de flexibilidad. Sin ánimos de reiterar su implicancia, cabe señalar que, específicamente en relación a la preceptiva no autoejecutable del Convenio, su observación resulta fundamental a la hora de armonizar el desarrollo reglamentario o legislativo que demandan al Estado, con respecto a nuestro derecho interno. En esa línea, ha sido el propio TC quien ha destacado el sentido de tales disposiciones non-self-executing, al señalar que: “(...) para la aplicación de sus disposiciones, deben tenerse en cuenta las condiciones del país, ya que cada Estado tiene sus propias regulaciones. Luego, este principio constituye una condición implícita para el cumplimiento de sus normas, al expresar que los países deberán tomar medidas para dar eficacia a su contenido, lo que significa que a cada Estado le corresponde determinar la naturaleza y alcance de tales actos, considerando para ello las condiciones de cada cual.”³¹⁴.

(x) Relevancia de considerar la posición predominantemente non-self-executing exteriorizada por el poder ejecutivo: Las interpretaciones hechas por el Ejecutivo cobran gran relevancia, incluso en materia de autoejecutabilidad, toda vez que, además de corresponderle la ratificación de los tratados, el mismo se constituye como el conductor y

³¹² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N°309, sentencia de 4 de agosto de 2000, Considerando 48.

³¹³ *Ibíd.*, Considerandos 54, 57 y 60.

³¹⁴ *Ibíd.*, Considerando 49.

responsable principal de las relaciones internacionales del país³¹⁵. Lo anterior, se fundamenta además en nuestra propia preceptiva constitucional (principalmente los artículos 32, N°s. 6, 8 y 15; y 54, N°1, incisos, sexto a décimo, de la CPR).

En esa línea, cobra relevancia destacar la perspectiva predominantemente no autoejecutable que el Ejecutivo ha exteriorizado en relación a la normativa del Convenio. En efecto, según da cuenta la sentencia Rol N° 309, el Ejecutivo, en su escrito de contestación, señaló que: “(...) La Cámara de Diputados consideró que el tratado no contenía normas de carácter orgánico constitucional, por lo cual hizo un juicio explícito, al establecer categóricamente la ausencia de normas susceptibles de calificarse con un quórum especial, e implícitamente, al rechazar la posibilidad que el tratado tuviera normas autoejecutables que modifiquen disposiciones de rango orgánico constitucional en nuestro ordenamiento. Con esta calificación está reconociendo que no hay normas en el tratado de ley orgánica. Son las que ejecuten dichos preceptos las que pueden tener ese carácter”³¹⁶. Según se aprecia, es en tal sentido, es decir, al sostener el carácter no autoejecutable del Convenio, que el Ejecutivo solicita se descarte la inconstitucionalidad del proyecto de acuerdo aprobatorio relativo al mismo, durante su tramitación legislativa. Lo anterior constituye la primera manifestación del Ejecutivo en esta controvertida materia, sustentando una perspectiva que, sin mayores modificaciones, se consolidaría posteriormente.

A modo ilustrativo, a la hora de descartar la inconstitucionalidad del artículo 14 del Convenio, el Ejecutivo señalaría que: “(...) se distinguen dos mandatos programáticos que impone a los Estados: a) les convoca a reconocer la propiedad en tierras ocupadas por los pueblos interesados y, b) a adoptar medidas de salvaguardia para la utilización de aquellas cuya ocupación no es exclusiva de dicho pueblo. Afirma que el Convenio no entrega a los pueblos respectivos la decisión unilateral para que ellos determinen las tierras que tradicionalmente ocupan, sino que a los propios Estados. El Convenio no ejecuta por sí mismo las medidas de que se trata, sino que invita al Estado parte a ponerlas en ejecución, debiendo adoptarse de acuerdo con el ordenamiento jurídico de cada Estado”³¹⁷. Similar argumentación desarrollaría para desestimar la inconstitucionalidad del artículo 15, N° 2, (a

³¹⁵ *Ibíd.*, “41°. (...) sin duda lo más importante para una adecuada interpretación del vocablo en estudio, es la intención y voluntad del Presidente de la República que resolvió someter a la aprobación del Congreso Nacional el Convenio N° 169 y también del actual Jefe de Estado a quien, de aprobarse dicho Convenio en el Congreso, le corresponderá como conductor de las relaciones políticas con las potencias extranjeras y organismos internacionales la decisión de su ratificación, conforme lo prescribe el artículo 32, N° 17, de la Carta Política;”.

³¹⁶ *Ibíd.*, véase: Vistos.

³¹⁷ *Ibíd.* Véase: Vistos.

partir de su carácter no autoejecutable, dado que: “(...) establece un deber atenuado a favor de los indígenas, pues emplea la expresión “siempre que sea posible”) y del artículo 17 N°2³¹⁸. Finalmente, la sentencia rol N°1050 confirmaría tácitamente esta perspectiva, al limitar el control de constitucionalidad a las disposiciones fijadas como autoejecutables por el fallo Rol N° 309.

(xi) La no implicancia de un ejercicio de la soberanía por parte de los pueblos

indígenas: Según establecen las sentencias Roles N°s. 309 y 1050, de la expresión pueblos indígenas, no se sigue un eventual ejercicio de la soberanía en los términos del artículo 5 de la CPR³¹⁹. Si bien ya se destacó este punto, cabe hacer hincapié en su relevancia, al operar con respecto a la totalidad de la normativa del Convenio, sometiénolo a la CPR.

(xii) Sometimiento general al ordenamiento constitucional vigente:

Atendida la pluralidad de aspectos involucrados a la categoría no autoejecutable de normas en el Convenio, resulta aún más claro su sometimiento general a la CPR. El hecho de que la mayor parte de su normativa responda a la categoría no autoejecutable de normas, y que, en ese sentido, la mayor parte de su preceptiva requiera de un desarrollo normativo posterior para poder aplicarse directamente (el cual, necesariamente ha de ajustarse al régimen constitucional vigente³²⁰), además de otros aspectos destacados en estos párrafos, revelan la tácita atribución de un rango infraconstitucional a la generalidad de su normativa.

A modo ilustrativo, la sentencia Rol N°309 destacó la compatibilidad del artículo 9, N°1, del Convenio, con nuestra carta fundamental. Dicha disposición, si bien contenía elementos incompatibles con nuestro sistema procesal penal, los mismos no podían ser tachados de inconstitucionales, dado que, según establecía esta propia disposición, no procedía la aplicabilidad, de aquella parte de la misma, que contradecía a la CPR, superponiéndose con claridad ésta última³²¹. Más evidente aún, resulta el control preventivo

³¹⁸ *Ibíd.*, Vistos. “(...) señala que no contempla un mandato imperativo a los Estados, sino que establece una convocatoria para que, en caso de transferencias o transmisión de derechos sobre las tierras que pertenecen al pueblo interesado, fuera de la comunidad, se le consulte ese hecho. Sin embargo, dicha consulta se encuentra condicionada, pues debe hacerse siempre y cuando el pueblo interesado disponga de la capacidad de enajenar sus tierras o transmitir de otra forma sus derechos sobre las mismas fuera de la comunidad”.

³¹⁹ *Ibíd.*, Considerandos 44 al 46; STC, Rol N° 1050, C° 13, y la prevención del Sr. Ministro Enrique Navarro, C° 7.

³²⁰ Dicha observación se extrae de la sentencia del TC, Rol N° 309, Considerando 73.

³²¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N°309, sentencia de 4 de agosto de 2000, Considerando 53. Es posible deducir su no autoejecutabilidad, al no poder aplicarse directamente, sin antes, por ejemplo, reformar la CPR para que lo compatibilizase con la misma, es decir, la concurrencia de un desarrollo normativo posterior para su eventual compatibilidad y aplicabilidad directa, aspecto coincidente con la categoría non-self-executing de normas

de constitucionalidad efectuado al Convenio en la sentencia rol N° 1050, así como el hecho de que no implique un ejercicio de la soberanía en los términos del artículo 5 de la CPR, según se ha destacado.

Así las cosas, atendido el hecho de que la mayor parte de la normativa del Convenio responde a la categoría no autoejecutable, resultaba del todo relevante precisar, con la mayor integridad posible, la pluralidad de aspectos asociados a las mismas. En esa línea, identificadas las aristas fundamentales asociadas a las cláusulas autoejecutables y no autoejecutables del Convenio, conforme el examen de las sentencias roles N°s. 309 y 1050 en comento, cabe pasar a revisar cómo ha evolucionado su tratamiento jurisprudencial posterior, analizando los principales fallos referidos a la materia que, en líneas generales, parecen reproducir en gran parte los distintos razonamientos de estos dos fallos basales.

3.1.2. SENTENCIAS ROLES N° s. 383, 1483 Y 1504, DEL TC.

3.1.2.1. HECHOS:

La sentencia Rol N° 383 del TC, del 5 de septiembre del año 2003, tuvo por objeto la resolución de un requerimiento de inconstitucionalidad formulado por un grupo de Senadores, en contra del proyecto de acuerdo aprobatorio relativo a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, de conformidad al artículo 82, N° 2º, de la CPR. Por su parte, la sentencia Rol N° 1483, del 29 de septiembre del año 2009, también se refirió a la resolución de un requerimiento de inconstitucionalidad formulado por un grupo de Diputados, en contra del proyecto de acuerdo aprobatorio relativo a la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las Desapariciones Forzadas, de conformidad a lo dispuesto en el N° 1, del inciso primero, del artículo 93, de la CPR. A su respecto, la sentencia Rol N° 1504, del 3 de noviembre del año 2009 también tuvo por objeto un requerimiento de inconstitucionalidad, deducido por un grupo de Diputados en virtud del artículo 93, inciso primero, N° 3º, de la CPR, en contra de la actuación de la Cámara de Diputados que desechó, en general, el proyecto de acuerdo relativo a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (tratada en el fallo Rol N°383), solicitando se declarara la aprobación de dicho proyecto de acuerdo.

3.1.2.2. CONSIDERACIONES RELEVANTES ASOCIADAS A LAS CATEGORÍAS AUTOEJECUTABLES Y NO AUTOEJECUTABLES DE NORMAS EN EL CONVENIO:

Para efectos prácticos, conviene agrupar en nuestro primer análisis estas tres sentencias, dada su importancia común a propósito de la operatividad del pronunciamiento relativo a la constitucionalidad de las disposiciones no autoejecutables de un tratado, antes de ver materializada su legislación o reglamentación implementatoria. Si bien no se refieren directamente al Convenio, revelan importantes consideraciones estrechamente relacionadas a la autoejecutabilidad y no autoejecutabilidad de su normativa:

(i) Atendida la tesis presente en la sentencia Rol N°309, que limitaba sólo a las disposiciones autoejecutables la emisión de un pronunciamiento sobre su constitucionalidad, excluyendo aquellas non-self-executing, por no generar, por lo pronto, efectos contradictorios con la CPR (debiendo posponerse aquello, tan pronto como se desarrollase la preceptiva complementaria que posibilitara su debida concreción doméstica), cabe recordar que tal tesis sería matizada posteriormente en la sentencia Rol N° 383 del año 2003, al señalar que, excepcionalmente, no cabía postergar un examen sobre su constitucionalidad cuando fuera posible prever o inferir razonablemente que, del desarrollo normativo que la misma demandaba, se configurase una inconstitucionalidad de fondo³²².

(ii) Sin perjuicio de tal excepción, es posible apreciar que, en el caso particular del Convenio, la sentencia rol N°1050 del año 2008, implícitamente mantendría la tesis sostenida en la sentencia rol N°309, al limitar el control respectivo de constitucionalidad, sólo a los preceptos modificatorios de LOC y autoejecutables fijados por esta última. En esa línea, se desprende que no concurrió la condición destacada por la sentencia rol N°383, para que procediera excepcionalmente el pronunciamiento sobre la constitucionalidad de los preceptos no autoejecutables del Convenio. Según destacamos en el capítulo primero, lo razonado por el

³²² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N°383, sentencia del 5 de septiembre de 2003, Considerando 4. “Que, por otra parte, la distinción efectuada por la ya citada sentencia de este Tribunal de 4 de agosto de 2000, Rol N° 309, entre normas autoejecutables y no autoejecutables, debe ser precisada para una comprensión cabal de la jurisprudencia de esta Magistratura, siendo ésta la oportunidad de hacerlo. Tal doctrina, desde luego y naturalmente, tiene una excepción importante. Esta consiste en que si la norma no autoejecutable requiere de la aprobación por el Estado de Chile de preceptos que, conforme a la Constitución, conduzcan o puedan conducir a una inconstitucionalidad de fondo que afecte a la Convención, como podría ocurrir en la especie, no resulta aceptable ni razonable postergar una resolución sobre ella, habida consideración, en especial, de las disposiciones sobre cumplimiento de los tratados, con singular significación su artículo 27, contenidas en la Convención de Viena publicada en el Diario Oficial de 22 de junio de 1981. La excepción anotada cobra mayor fuerza si existe una jurisprudencia de este Tribunal que pudiera estimarse aplicable al caso en estudio, como acontece con la sentencia dictada el 8 de abril de 2002, Rol N° 346;”.

TC en su fallo Rol N°309 fue objeto de múltiples críticas, principalmente por el hecho de sostenerse, por ciertos autores, una elusión al principio de supremacía constitucional, atendido el hecho de que la mayoría de normas del Convenio no eran autoejecutables³²³.

(iii) Sobre la base de lo anterior, cabe señalar que la relevancia de traer a colación las sentencias Roles N°s. 1483, y 1504 del TC, del año 2009, a este respecto, dice relación, justamente, con la confirmación y consolidación posterior de los distintos criterios aportados por la sentencia rol N°309, a propósito del Convenio, en nuestra jurisprudencia constitucional, sin perjuicio de la excepción prevista en la sentencia rol N°383.

En efecto, la sentencia Rol N°1483 revelaría tal sintonía jurisprudencial al reiterar, en primer término, los distintos criterios desarrollados por la sentencia rol N°309³²⁴, declinando pronunciarse sobre la constitucionalidad del artículo 9 del tratado impugnado, por estimar que se trataba de un precepto no autoejecutable³²⁵ y no modificadorio de LOC³²⁶.

Por su parte, la sentencia Rol N°1504 también reproduciría tales criterios³²⁷, al basarse en la no autoejecutabilidad³²⁸ e incapacidad modificadoria de LOC³²⁹ de la preceptiva impugnada, para fundamentar tanto la posposición del control de constitucionalidad a su respecto³³⁰, como para resolver que el proyecto de acuerdo relativo al tratado examinado, debía tenerse por aprobado por la cámara de diputados, al no estar sujeto a quórum

³²³ Véase: Cap. I. de la presente memoria; y, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N° 309, Considerando 48.

³²⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N°1483, sentencia del 29 de septiembre de 2009, Considerandos 6 y 11.

³²⁵ *Ibíd.*, Considerandos 7 y 8. “Octavo: Que del tenor de la disposición se desprende que se trata de un precepto no autoejecutable, esto es, que impone a cada Estado Parte la obligación previa de hacer uso de su propia potestad pública para sancionar las normas que sean necesarias para darle a ésta efectiva vigencia. En consecuencia, por sí sola no le otorga jurisdicción alguna a ninguno de ellos, los cuáles deben adecuar al efecto su propio ordenamiento jurídico interno con tal objeto”.

³²⁶ *Ibíd.*, Considerando 9. “Que, de este modo, el artículo noveno de la Convención en estudio no regula por sí mismo una materia que sea propia de la ley orgánica constitucional a que se refiere el artículo 77 de la Constitución Política y, por lo tanto, no le corresponde a esta Magistratura pronunciarse sobre dicho precepto;”

³²⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N°1504, sentencia del 3 de noviembre de 2009, Considerandos 16 y 25.

³²⁸ *Ibíd.*, Considerandos 18, 19, 20, y 25.

³²⁹ *Ibíd.*, Considerandos 13, 14, 21, 22, 23 y 24. “Vigesimoprimer: Que, en consecuencia, la cláusula IV de la Convención, al no conferirle por sí sola nuevas facultades a los tribunales de justicia en relación con el tipo delictual a que alude el Tratado Internacional, no tiene incidencia en su “organización” y “atribuciones” que, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 77, inciso primero, parte primera, de la Carta Fundamental, son las materias que corresponden a la ley orgánica constitucional a que dicho precepto se refiere y, por lo tanto, no regula un asunto que sea propio de ella;”

³³⁰ *Ibíd.*, Considerando 25. “Vigesimoquinto: Que, sin perjuicio de lo anterior y al igual como tuvo ocasión de señalarlo este Tribunal en las sentencias de 4 de agosto de 2000, dictada en los autos Rol N° 309, y aquella mencionada en el considerando vigesimotercero, si los preceptos legales que han de dictarse para aplicar el artículo IV del Tratado ‘llegaren a contener disposiciones contrarias a la Constitución, ello será decidido en su oportunidad por los órganos de control de constitucionalidad que la propia Carta Fundamental establece”.

especial³³¹. Una de las particularidades asociadas a esta sentencia, radica en que los fundamentos desarrollados por los diputados requirentes, basados en los criterios de la sentencia Rol N°309, serían compartidos por la Presidenta de la República en su presentación, cuya relevancia, además de consolidar la vigencia de los criterios desarrollados por la sentencia Rol N°309 a propósito del Convenio (principalmente con relación a la oportunidad en que debía efectuarse el control de constitucionalidad de los preceptos non-self-executing, la necesidad de posponerlo y su incapacidad modificatoria en materia de LOC), radica justamente en el rol de conductor y responsable principal de las relaciones internacionales del país que le corresponde al Ejecutivo, razones por las cuales su interpretación en esta materia debe tenerse en consideración, por consolidar los criterios establecidos a propósito del Convenio³³².

3.1.3. SENTENCIA ROL N° 1988-11-CPT, DEL TC.

3.1.3.1. HECHOS.

De conformidad al artículo 93, inciso primero, N° 3°, e inciso cuarto, de la CPR, la presente sentencia, dictada el 24 de junio del año 2011, tuvo por objeto un requerimiento de inconstitucionalidad, deducido por un grupo de senadores en contra del Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (conocido como “UPOV-91”). En lo que respecta a la problemática objeto de nuestra memoria, se destacaría en la audiencia pública llevada a tal efecto por el TC, que si bien tal tratado fue votado favorablemente por la Cámara de Diputados el 7 de mayo de 2009 (previo a la entrada en vigor del Convenio, el 15 de septiembre de tal año), el mismo fue aprobado por el Senado, el 11 de mayo de 2011, sin haberse practicado la normativa autoejecutable y vigente relativa a la consulta³³³. Si bien el TC declinaría referirse a lo anterior (al no ser planteado ni por los requirentes, ni por el ejecutivo³³⁴), señalaría sucintamente que, en el caso sub-lite, se afectaba de forma indirecta a las comunidades indígenas (no de manera directa, supuesto necesario para su aplicación³³⁵), desarrollándose, más bien, el debate en los distintos razonamientos desplegados por los ministros disidentes.

³³¹ *Ibíd.*, Considerando 22.

³³² *Ibíd.*, Vistos y Considerandos 4, 5, 9.

³³³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N° 1988-11-CPT, sentencia del 24 de junio de 2011, Considerando 21.

³³⁴ *Ibíd.*, Considerando 23.

³³⁵ *Ibíd.*, Considerando 22.

3.1.3.2. CONSIDERACIONES RELEVANTES ASOCIADAS A LAS CATEGORÍAS AUTOEJECUTABLES Y NO AUTOEJECUTABLES DE NORMAS EN EL CONVENIO:

(i) Lo primero que cabe destacar, dice relación con la sintonía jurisprudencial mostrada por el TC con relación a su jurisprudencia anterior, destacando primeramente los distintos criterios establecidos en los fallos estructurales Roles N°s. 309 y 1050 en esta materia, especialmente con relación a la oportunidad para efectuar el control de constitucionalidad a los preceptos autoejecutables³³⁶, y la caracterización a la que estaba sujeta la consulta indígena en nuestro ordenamiento, destacándose tanto su carácter autoejecutivo como su incidencia modificatoria en materias de LOC³³⁷. En suma, se traería a colación lo resuelto por el fallo Rol N°1483³³⁸, y lo señalado por la sentencia Rol N°383, a propósito del carácter excepcional que tenía efectuar la tarea de examinar la constitucionalidad de preceptos no autoejecutables³³⁹. Tales aspectos revelan la estabilidad de esta línea jurisprudencial desarrollada por el TC, cuya evolución se ha desplegado sin grandes modificaciones³⁴⁰.

(ii) En segundo término, cabe destacar la posición adoptada por el Ejecutivo en esta materia, al argumentar, en su escrito de contestación, que conforme la doctrina sentada por el TC en sus sentencias Roles N°s. 309, 1483 y 1504 (previamente analizadas), sólo en el evento de que la norma sea autoejecutable cabía un pronunciamiento sobre su constitucionalidad³⁴¹. Atendido el rol del Ejecutivo como conductor y responsable principal de las relaciones internacionales del país, su interpretación no resulta menor, al confirmar la vigencia los criterios nacidos y desarrollados a propósito de la autoejecutabilidad del Convenio. En efecto, lo anterior sería destacado incluso por los Ministros disidentes Srs. Carlos Carmona y Gonzalo García, al señalar: “Que dicho alegato tiene una enorme fuerza, porque se trata de

³³⁶ *Ibíd.*, Considerandos 13, 14 y 18. Véase: Voto disidente “D”, de los Ministros Srs. Carlos Carmona y Gonzalo García, quienes disienten del voto de mayoría, agregando otras razones a las ya señaladas, C° 4 al 10.

³³⁷ *Ibíd.*, Considerando 20. Véase además: voto disidente “B”, de los Ministros Srs. Carlos Carmona y Gonzalo García, quienes fueron partidarios de señalar una serie de consideraciones en relación a la consulta a los pueblos indígenas, C° 3, 4 y 5.

³³⁸ *Ibíd.*, Considerando 15.

³³⁹ *Ibíd.*, Considerando 16.

³⁴⁰ *Ibíd.*, Voto disidente “D”, de los Ministros Srs. Carlos Carmona y Gonzalo García, quienes disienten del voto de mayoría, agregando adicionalmente otras razones a las ya señaladas. C° 10.

³⁴¹ *Ibíd.*, Vistos y Considerando 12. “Duodécimo: Que a fojas 276 de estos autos, el Presidente de la República, al formular sus observaciones al requerimiento, ha planteado la improcedencia del mismo sosteniendo que las disposiciones objetadas del Convenio Internacional para la Protección de Obtenciones Vegetales requieren de un acto legislativo para su implementación, por lo que son normas non self executing (no autoejecutables), lo que, al tenor de la jurisprudencia previa de este Tribunal (sentencias Roles N°s. 309, 1483 y 1504), debiera llevar a decidir su constitucionalidad o inconstitucionalidad una vez que se dicten los preceptos necesarios para implementar las disposiciones del tratado respectivo”.

la interpretación que hace el conductor y responsable de las relaciones internacionales del país. Así, por lo demás, lo ha reconocido esta Magistratura (STC Rol 309/2000, C. 41);³⁴².

(iii) En tercer término, los sentenciadores destacaron lo importante que resultaba la labor que del Estado y sus órganos involucrados, en la tarea de desarrollar y precisar los criterios y mecanismos necesarios para la aplicabilidad doméstica de la consulta indígena³⁴³. No obstante, el TC destacaría, desde un punto de vista crítico, que al año 2011 el desarrollo de tal normativa aún era insuficiente a la fecha, dado que: "(...) Hasta el presente, el establecimiento de tales mecanismos de consulta, aunque sea en forma provisoria, ha sido sólo parcial. En efecto, el Gobierno ha dictado un Reglamento provisorio del artículo 34 de la Ley Indígena N° 19.253, mediante Decreto N° 124, de MIDEPLAN, de 25 de Septiembre del 2009, actualmente en proceso de consulta. A su vez, el Congreso Nacional está estudiando la materia para perfeccionar el artículo 22 de la Ley N° 18.918 o implementar adecuadamente su aplicación vía cambios a sus reglamentos. Por último, no existe un catastro de las correspondientes ordenanzas municipales o de lo actuado por órganos constitucionalmente autónomos al respecto"³⁴⁴. Lo anterior resulta llamativo, pues conforme la sentencia Rol N°309, del carácter self-executing no resulta necesario un desarrollo normativo posterior para su aplicabilidad. No obstante, la presente sentencia establecería un incipiente cambio de criterio, que sería confirmado posteriormente en la sentencia roles N°s. 2387 y 2388 acumulados del TC, que, según veremos, señalaría que el carácter autoejecutable de una disposición no obstaba su desarrollo legislativo posterior, sino que lo impelía³⁴⁵. Por lo demás, al señalarse que el establecimiento de los criterios y mecanismos necesarios para la consulta, constituía un asunto dirigido al Gobierno, al Congreso, los

³⁴² *Ibíd.*, Voto disidente "D)", de los Ministros Srs. Carlos Carmona y Gonzalo García, quienes disienten del voto de mayoría, agregando adicionalmente otras razones a las ya señaladas. C° 3.

³⁴³ *Ibíd.*, Considerando 19. "(...) Que respecto a la observación formulada durante la audiencia pública y luego planteada como interrogación por un señor Ministro a los abogados durante la vista de la causa – no en el requerimiento ni en el escrito de contestación del Gobierno – en orden a que la aprobación del Convenio UPOV 91 debió ser sometida a consulta de los pueblos indígenas en virtud del artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, esta Magistratura estima que dado el carácter flexible de las normas de dicho tratado, según se establece en su artículo 34 y es reconocido por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT en su Informe del año 2011 y por el Relator Especial sobre Pueblos Indígenas de la ONU James Anaya, corresponde al Gobierno, al Congreso Nacional y a los Municipios y demás órganos autónomos del Estado establecer los mecanismos apropiados para realizar las consultas debidas y fijar, hasta donde sea posible, los criterios con el propósito de determinar si una medida administrativa o legislativa afecta directamente o no a los pueblos originarios;"

³⁴⁴ *Ibíd.*, Considerando 20.

³⁴⁵ Conforme la sentencia del TC, Rol N°309, C°48, del carácter self-executing, no resulta necesario un desarrollo normativo posterior para su aplicabilidad. No obstante la presente sentencia establecería un incipiente cambio de criterio, que sería confirmado en la STC roles N°s. 2387-12-CPT y 2388-12-CPT acumulados, C° 23.

Municipios, y demás órganos autónomos, se extrae que no constituye un asunto de constitucionalidad para el TC.

(iv) En cuanto término, otro punto relevante fue el desarrollado por los Ministros disidentes Carlos Carmona y Gonzalo García, quienes defenderían la efectiva omisión a la obligación de haber practicado la consulta, durante la discusión senatorial del Convenio UPOV-91 al año 2011 (al no apreciarse en los informes de las comisiones legislativas de RR.EE. y de agricultura), pese a estar vigente y ser autoejecutable³⁴⁶. En ese sentido, destacarían que efectivamente concurrían los supuestos necesarios para su aplicabilidad directa: “En primer lugar, porque el Convenio cuya constitucionalidad se discute en estos autos, es una medida legislativa. Se trata nada menos que de un Convenio Internacional”³⁴⁷; Y, “(...) en segundo lugar, porque el Convenio objetado contiene medidas de carácter legislativo “susceptibles de afectarles directamente”³⁴⁸; sustentando lo anterior, en virtud de lo dispuesto por el DS. N°124 del MIDEPLAN, que precisaba la concurrencia de una afectación directa: “(...) cuando la medida legislativa “diga relación exclusiva con las tierras indígenas” o se refiera “a una mayoría significativa de comunidades, asociaciones y organizaciones indígenas determinadas o determinables”³⁴⁹. Esto último fue objeto de especial detención por parte de los Ministros disidentes, quienes adujeron que efectivamente las normas del tratado impugnado afectaban directamente a los pueblos indígenas, al tener que ver con sus tierras y su cultivo, parte esencial de su cultura; porque afectaban a una mayoría significativa de comunidades; y porque la consulta debía llevarse a cabo de buena fe, destacándose que “(...) Ello significa respetar los intereses, valores y necesidades de los pueblos interesados. De ahí que no pueda prescindirse de la consulta sobre la base de la opinión a priori que tiene quien está llamado a llevarla a cabo, sobre los efectos positivos o negativos”³⁵⁰.

³⁴⁶ *Ibíd.*, Voto disidente “B”, de los Ministros Srs. Carlos Carmona y Gonzalo García, quienes fueron partidarios de señalar una serie de consideraciones en relación a la consulta a los pueblos indígenas, C° 7, 8, 9 y 10. Se destaca además, la no observancia del DS. N° 124, de 2009, del MIDEPLAN, que en su artículo 15, obliga a los órganos de la administración del Estado a consultar las medidas legislativas antes de su envío al Congreso o durante su tramitación legislativa (esto último se fundamentaba con relación al caso sub-lite).

³⁴⁷ *Ibíd.* Considerando 11.

³⁴⁸ *Ibíd.* Considerando 12.

³⁴⁹ *Ibíd.* Considerando 12.

³⁵⁰ *Ibíd.* Considerandos 13 y 14. “Que consideramos que las normas objetadas del presente convenio afectan directamente a las comunidades, por las siguientes razones: Por de pronto, porque tienen que ver con sus tierras. El cultivo es parte esencial de la cultura indígena (...) La vinculación de los pueblos indígenas con su tierra tiene claro reconocimiento en distintas disposiciones del Convenio 169, sobre Pueblos Indígenas. En especial, su artículo 13, que obliga a “respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos”. Dicho vínculo con la tierra forma parte de su cultura, de sus costumbres, de sus tradiciones, de su identidad social y cultural (artículo 2°, Convenio 169, OIT) (...) Que una segunda razón que hace que las medidas objetadas afecten directamente al mundo indígena, radica en que afecta a una mayoría de comunidades. Basta observar la heterogeneidad de miembros o

(v) Otra gran arista, giró en torno a la discusión desarrollada por los Ministros disidentes, a propósito de la naturaleza, legal o constitucional, que debía atribuírsele a la infracción producida por la omisión de la normativa autoejecutable relativa a la consulta indígena, en relación a la aprobación legislativa del tratado impugnado en el presente fallo.

Aquella postura que abogaba por la naturaleza legal de esta infracción, fue desarrollada por los Ministros disidentes Srs. Carlos Carmona y Gonzalo García, quienes, sin perjuicio de haber defendido la efectiva omisión a la obligación de haber practicado la consulta indígena en el caso sub-lite, atendido su carácter autoejecutable, descartaron que la misma fuera de índole constitucional, por cuanto: en primer término, el artículo 6 del Convenio modificaba una normativa legal (LOC del Congreso Nacional), la que, al estar consagrada entre las materias de ley, no era asimilable a la Constitución³⁵¹; En segundo término, por cuanto, al haber sido sometido al control preventivo de constitucionalidad, el Convenio quedaba subordinado a la CPR, adquiriendo rango o fuerza de ley, no un estatus constitucional (“Los tratados no pueden ser, a la vez, norma examinada y norma examinante”³⁵²); y, en tercer lugar, porque el TC, al ser un órgano del Estado, no tenía más potestades que las atribuidas por la propia CPR, razones por las cuales, como todo órgano, debía respetarlas. Dado que al TC le correspondía la tarea de interpretar la CPR, más no su creación (procediendo ello sólo mediante reforma constitucional), no le correspondía referirse a una infracción de legalidad como la derivaba de la omisión a la consulta, toda vez que ello implicaría excederse de sus atribuciones al constitucionalizar implícitamente preceptos legales, “(...) Esto es, darle rango constitucional a normas dictadas por el poder legislativo, no por el poder constituyente”³⁵³.

Por su parte, a diferencia de lo sostenido en el párrafo anterior, los Ministros disidentes Hernán Vodanovic y Francisco Fernández sostuvieron que la naturaleza de la infracción producida por la omisión a la consulta, en relación a la aprobación parlamentaria del Convenio UPOV-91 (el que, a su juicio, afectaba directamente a los pueblos indígenas al

representantes de las distintas etnias que expresaron su opinión ante este Tribunal (...) Que una tercera razón, y tal como lo reconoció esta Magistratura con ocasión de la sentencia Rol 309/2000, esta consulta debe llevarse a cabo de buena fe. Ello significa respetar los intereses, valores y necesidades de los pueblos interesados. De ahí que no pueda prescindirse de la consulta sobre la base de la opinión a priori que tiene quien está llamado a llevarla a cabo, sobre los efectos positivos o negativos.”.

³⁵¹ *Ibíd.*, Considerando 15.

³⁵² *Ibíd.*

³⁵³ *Ibíd.*

contener normas self-executing³⁵⁴), se configuraba realmente como una infracción de constitucionalidad, por tener, el inciso segundo del artículo 5° de la CPR, “(...) el efecto de atraer los respectivos preceptos internacionales a su propia esfera garantística, configurando lo que algunos autores han dado en denominar “bloque de constitucionalidad””³⁵⁵. Sin perjuicio de descartar el rango constitucional del Convenio per se, destacaron que: “De este modo, el desconocimiento o no efectivización del derecho de los pueblos originarios a ser oídos en audiencia consultiva antes de concretar la adopción de medidas que, como en el caso de autos, pueden afectar sensiblemente y de manera perdurable sus propios modos de vida y subsistencia, da lugar a una infracción constitucional de un tipo de garantía que, en una democracia moderna y crecientemente participativa, no puede ser ignorada, so riesgo de convertir en letra muerta los compromisos que el Estado de Chile ha contraído en esta materia ante su propio pueblo y la comunidad internacional.”³⁵⁶.

(vi) Finalmente, otro punto relevante fue la consideración de una serie de variables constitucionales asociadas a los pueblos indígenas y el Convenio, señaladas por los Ministros disidentes Srs. Hernán Vodanovic, Francisco Fernández, Carlos Carmona y Gonzalo García, quienes destacaron fundamentalmente: El mandato claro e inequívoco con que el Convenio buscaba proteger a estos grupos³⁵⁷; El hecho de que el TC haya considerado a estos pueblos como “un grupo socioeconómicamente vulnerable, con la especificidad histórica cultural que le es propia” (STC Rol 1050/2008), y que, en tal sentido, el Estado debía velar por que participasen “con igualdad de oportunidades en la vida nacional” (artículo 1°, inciso final, CPR)³⁵⁸; La estrecha relación entre el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (artículo 19 N°8 de la CPR) y el Convenio, al disponer, este último, que deben adoptarse medidas especiales para “salvaguardar el medio ambiente” de los pueblos indígenas (en sus artículos 4 y 7)³⁵⁹; El hecho de que forme parte de la cultura indígena, de su identidad social y cultural, de sus costumbres y tradiciones, de

³⁵⁴ Ibid., Voto disidente “A)”, de los Ministros Srs. Hernán Vodanovic y Francisco Fernández, quienes se pronunciaron por declarar la inconstitucionalidad del Convenio objeto de examen, Considerandos 2 y 3.

³⁵⁵ Ibid., C° 4. “(...) el perentorio mandamiento contenido en el inciso segundo del artículo 5° de la Carta Fundamental, en orden a que los órganos del Estado deben respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, ya sea que se garanticen por la propia Constitución o por tratados internacionales vigentes ratificados por Chile, tiene el efecto de atraer los respectivos preceptos internacionales a su propia esfera garantística, configurando lo que algunos autores han dado en denominar “bloque de constitucionalidad””

³⁵⁶ Ibid., Considerando 4.

³⁵⁷ Ibid., Los Ministros disidentes, Srs. Hernán Vodanovic Schnake, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander y Gonzalo García Pino, además, concuerdan en señalar una serie de consideraciones. C° 2.

³⁵⁸ Ibid. Considerando 3.

³⁵⁹ Ibid. Considerando 4.

sus valores espirituales, la “importancia especial” que “reviste su relación con las tierras o territorios” (artículo 13, Convenio 169, OIT).; Que, de acuerdo al inciso final del artículo 7° de la Ley N° 19.253, “el Estado tiene el deber de proteger las culturas indígenas, las que forman parte del patrimonio de la Nación chilena”³⁶⁰; Y que, fundamentalmente “Todo ello tiene impacto constitucional, pues, por mandato de la Constitución, el Estado debe “estimular la protección e incremento del patrimonio cultural de la Nación” (artículo 19 N° 10) y debe “promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación” (artículo 1°, inciso final)”³⁶¹.

Si bien al presente conjunto de aspectos fueron desarrollados mayormente por los Ministros disidentes, su consideración resulta del todo relevante a la hora de dimensionar y analizar los distintos aspectos involucrados a la autoejecutabilidad y no autoejecutabilidad de la normativa del Convenio en el ordenamiento jurídico interno, siendo en gran medida considerados en la jurisprudencia posterior del TC, según veremos.

3.1.4. SENTENCIA ROLES N° s. 2387-12-CPT Y 2388-12-CPT ACUMULADOS, DEL TC.

3.1.4.1. HECHOS:

La presente sentencia, dictada el 23 de enero de 2013, tuvo por objeto un requerimiento de inconstitucionalidad formulado por un grupo de senadores, en contra de determinadas normas del proyecto de ley que modificaba, en el ámbito de la sustentabilidad de recursos hidrobiológicos, acceso a la actividad pesquera industrial y artesanal y regulaciones para la investigación y fiscalización, la Ley General de Pesca y Acuicultura contenida en la ley N° 18.892 y sus modificaciones. En esencia, la parte requirente sostuvo la concurrencia de una infracción de constitucionalidad formal, al haber sido aprobado legislativamente el proyecto impugnado, sin haberse practicado la normativa autoejecutable relativa a la Consulta (y otras disposiciones no autoejecutables) del Convenio; acusando el incumplimiento de un tratado de DD.HH. con rango constitucional (conforme el artículo 5 inciso 2 de la CPR), pese a la afectación directa que se generaba a los pueblos originarios, configurándose un vicio en la formación de la ley³⁶². En subsidio, plantearon que en caso de estimarse con rango

³⁶⁰ Ibid. Considerando 5.

³⁶¹ Ibid.

³⁶² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Roles N°s. 2387-12-CPT Y 2388-12-CPT, acumulados, sentencia del 23 de enero de 2013, Considerandos 1, 2, 3 y 5. Entre otros aspectos, los dirigentes indígenas sostuvieron que el

simplemente legal tales normas, el proyecto de ley impugnado era Nulo de Derecho Público (por infracción de los artículos 6° y 7° de la CPR), al no haberse dado cumplimiento, durante su formación, a esta normativa del Convenio³⁶³.

3.1.4.2. CONSIDERACIONES RELEVANTES ASOCIADAS A LAS CATEGORÍAS AUTOEJECUTABLES Y NO AUTOEJECUTABLES DE NORMAS EN EL CONVENIO.

(i) Contrario a lo sostenido por los requirentes, el Ejecutivo, en su escrito de contestación, defendió la constitucionalidad del proyecto, descartando, tanto el rango constitucional del Convenio (escapando el asunto de las atribuciones del TC, al tener, a su juicio, naturaleza legal, correspondiéndole a los jueces del fondo), como la procedencia de la consulta en el caso sub-lite, (al no concurrir una afectación directa de los pueblos indígenas, sino que una afectación general no dirigida exclusivamente a ellos), razones por las cuales solicitó se rechazara el requerimiento, por la imprecisión de la supuesta infracción de constitucionalidad que se alegaba³⁶⁴. Según se ha señalado, la importancia de considerar las interpretaciones del Ejecutivo son relevantes, incluso en esta materia, razones por las cuales cabe destacar, por ejemplo, el hecho de que haya traído a colación los criterios desarrollados por las sentencias Roles N°s. 309, 1050 y 1988³⁶⁵, y que haya sostenido que la preceptiva autoejecutable relativa a la consulta no operaba como parámetro directo de constitucionalidad, sino como parámetro del juicio legalidad de la acción de protección

proyecto de ley impugnado constituía una medida legislativa que afectaba directamente a las comunidades indígenas, señalándose que “se incurrirá en un grave vicio de ilegalidad”, en la medida que en base a la Ley N° 20.249 los lafkenche pueden acceder al uso del borde costero, sin que tengan cabida en la Ley de Pesca y Acuicultura.

³⁶³ *Ibíd.*, Considerandos 3 y 5.

³⁶⁴ *Ibíd.* Vistos y Considerando 4. “Vistos (...) Expone el Ejecutivo que, por la vía de la Ley N° 20.249, los indígenas pueden acceder a la pesca por la ley general o por la norma especial, con acceso diferenciado y garantizado a los recursos de pesca, cuestión que es distinta a la expectativa de cuota o reconocimiento de calidad de pescador artesanal, debate que no se produjo y que por ende no puede generar afectación directa, ya que no se les otorga derechos exclusivos ni se les impone gravamen alguno, sino que es una ley general”. “Cuarto (...) la medida legislativa que se tramitaba no era susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas, debido a que éstos tienen una legislación especial que les garantiza dicho acceso de una manera diferente, por lo cual se entienden resguardados sus intereses (...) el proyecto de ley contenido en el Boletín N° 8091-21, es una propuesta legislativa de alcance general, que modifica o precisa una serie de aspectos de la ley general de pesca y acuicultura y que no aborda de manera directa, ningún elemento esencial de afectación indígena”.

³⁶⁵ Véase: *Ibíd.*, Vistos. Con relación a las sentencias roles N°s. 309 y 1050, el Ejecutivo destacó los criterios desarrollados a propósito de los derechos de consulta y participación, su autoejecutabilidad y su capacidad modificatoria en materia de LOC, no modificatoria de la CPR; Y, el control de constitucionalidad del que fue objeto el Convenio, cuestión que lo hacía inferior jerárquicamente a la CPR. En virtud de la sentencia rol N°1988, destacó que la determinación de los criterios y mecanismos necesarios para la consulta, al corresponderle al Gobierno, al Congreso, Municipios, y demás órganos autónomos, no constituía un asunto de constitucionalidad; Y, que la no concurrencia de la consulta no era un vicio de constitucionalidad, según votos particulares.

(según razona la Corte Suprema), teniendo rango legal³⁶⁶. En general, tales aspectos revelan como el Ejecutivo busca reafirmar la línea jurisprudencial desarrollada por el TC, en orden a sustentar el rango infraconstitucional de la normativa autoejecutable y no autoejecutable del Convenio que se invoca.

(ii) En segundo término, cabe destacar como el TC acogería en gran parte la fundamentación desarrollada por el Ejecutivo, al confirmar que la normativa autoejecutable y no autoejecutable del Convenio no operaba como parámetro directo de constitucionalidad, rechazándose el requerimiento formulado por la imprecisión y generalidad de la pretendida infracción de constitucionalidad que se alegaba³⁶⁷. En efecto, para llegar a tal conclusión, el TC fundamentaría el rango infraconstitucional al que se encontraban sometidos los Tratados, señalando: “Que la sola lectura de las normas contenidas en los artículos 5°, inciso segundo, 32, N° 17°, y 54, N° 1, de la Constitución chilena, que se refieren a los tratados internacionales, es suficiente para concluir que nuestro texto fundamental no contiene una mención explícita al rango normativo de los tratados internacionales, ni siquiera cuando éstos versan sobre derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Con todo, de su contexto se infiere que los tratados internacionales tienen un rango inferior a la Constitución, porque están sometidos a control preventivo obligatorio de constitucionalidad cuando tratan materias de ley orgánica constitucional, conforme al artículo 93, inciso primero, N° 1°, de la Carta Fundamental, lo que no sería posible si su valor fuere igual o superior a la Constitución misma (...)”³⁶⁸. En esa línea, se destacaría que el Convenio se incorporó como ley de la república al ordenamiento jurídico interno³⁶⁹, y que, incluso, “(...) podría simplemente procederse a rechazar los requerimientos deducidos por la imposibilidad de declarar una inconstitucionalidad de forma contrastando normas de un proyecto de ley con otra -artículo 6° del aludido Convenio- que no tiene rango constitucional”³⁷⁰. En suma, se señalaría en relación a las cláusulas autoejecutables relativas a los derechos de consulta y participación, que no eran: “(...) sino emanación de la garantía de la igualdad de trato ante la ley, en cuanto importa una medida de discriminación positiva tendiente a corregir, eventualmente, determinadas situaciones disminuidas, en línea con los instrumentos internacionales sobre derechos de los pueblos indígenas y no discriminación racial, de

³⁶⁶ *Ibíd.*, Vistos.

³⁶⁷ *Ibíd.*, Considerandos 6, 7, 8, 9 y 10.

³⁶⁸ *Ibíd.*, Considerando 12.

³⁶⁹ *Ibíd.*, Considerando 14.

³⁷⁰ *Ibíd.*, Considerando 17. Véase además, la prevención efectuada por los Ministros Srs. Raúl Bertelsen (Presidente), Marcelo Venegas e Iván Aróstica, Considerandos 1, 2, 3, 4, y 5.

manera que ningún sector del pueblo se atribuya el ejercicio de la soberanía, excluyendo a otro”³⁷¹.

En general, el presente conjunto de aspectos permite concluir que la normativa del Convenio, tanto autoejecutable como no autoejecutable, ostentaría a todas luces rango infraconstitucional, cuya relevancia en materia constitucional llega a tal punto, que determina la prosperidad de un requerimiento fundado en su normativa. De esta forma, se sustenta una vez más que el Convenio no opera como parámetro directo de constitucionalidad, sustentándose, aún más, la tesis de que la naturaleza de una eventual infracción derivada por omisión a su normativa self-executing, no alcanza rango constitucional. No obstante ello, si bien se determina con claridad el rango infraconstitucional de su normativa, a mi juicio, no resulta del todo claro si la misma concurre con jerarquía supralegal o legal para el TC.

(iii) Atendido lo anterior, es posible desprender, a mi juicio, la tácita atribución de un estatus supralegal a la normativa de los tratados, según se infiere del Considerando Duodécimo de la presente sentencia, que destaca la tesis sostenida por el profesor Alejandro Silva Bascuñán a propósito de la constitucionalidad del Estatuto de Roma que creó la Corte Penal Internacional. Si bien tal autor fundamenta la infraconstitucionalidad de los tratados, incluso en materia de DD.HH., destaca, al mismo tiempo, la jerarquía supralegal que ostentarían³⁷².

(iv) Una cuarta arista relevante, dice relación con el reconocimiento del estatus de tratado en materia de DD.HH. que el TC atribuye al Convenio³⁷³, y con ello la clarificación de las

³⁷¹ *Ibíd.*, Considerando 23.

³⁷² *Ibíd.*, Considerando 12. “Duodécimo (...) Precisamente ésta fue la conclusión sentada por este Tribunal Constitucional en la sentencia Rol N° 346, al pronunciarse sobre la constitucionalidad del Estatuto de Roma que creó la Corte Penal Internacional, oportunidad en la que, haciendo suya la tesis explicada 33 por el profesor Alejandro Silva Bascuñán, en la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, se sostuvo que: “En esta forma queda consagrada la jerarquía normativa de los tratados, que es inferior a la de la Carta Fundamental, pero superior a cualquiera otra norma jurídica (...)”; y que “las afirmaciones anteriores conservan, a mi juicio, pleno valor, incluso respecto de los tratados sobre derechos humanos esenciales. Revisten éstos, en efecto, una fuerza jurídica superior a la de la ley, sin dejar de estar comprendidos, desde el punto de vista formal, en el nivel de ésta, en virtud de que, de acuerdo con la Carta Fundamental, toda normativa sobre derechos de los gobernados pertenece a la órbita legislativa” (considerando 75°). El Tribunal Constitucional reiteró, en esta sentencia, el criterio previamente vertido en la sentencia Rol N° 46, de 1987, donde había advertido que el Capítulo XIV de la Constitución, sobre reforma de la misma, quedaría parcialmente sin sentido si por la vía de los tratados internacionales sobre derechos humanos se pudiera enmendar su texto (considerando 70°), con lo cual descartó la tesis de que a tales tratados pudiera reconocérseles rango constitucional;”

³⁷³ *Ibíd.*, Considerando 12. “Decimosegundo: Que resulta necesario reflexionar sobre el artículo 5°, inciso segundo, de la Carta Fundamental, que subraya y resalta, especialmente, el deber de todos los órganos del Estado de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana garantizados por la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, como ocurre con el mencionado Convenio 169”.

implicancias asociadas al artículo 5 inciso 2° de la CPR a su respecto. En primer lugar, el TC descartaría que tal precepto constitucional otorgara rango constitucional a los tratados, por cuanto, no obstante el deber que impone a los órganos del Estado de respetar y promover los DD.HH. contenidos en tratados internacionales ratificados y vigentes: “(...)Si bien se mira, esa obligación o deber les correspondería a los órganos del Estado de Chile aunque esa norma específica no existiera, en virtud del principio internacional *pacta sunt servanda* –que se deriva del artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados-, que obliga a todos los órganos del Estado parte a cumplir, de buena fe, las obligaciones adquiridas en virtud del tratado, sin admitir excusas fundadas en la aplicación del derecho interno (artículo 27 de la Convención de Viena). Lo que hace, entonces, esa norma constitucional es reforzar mediante un enunciado específico, esa obligación en materia de derechos humanos, pero no tiene la virtud de elevar –ni podría hacerlo, ya que no fueron aprobados en ejercicio del Poder Constituyente tales tratados a rango constitucional”³⁷⁴; Y, en segundo lugar, esclarecieron: “(...) Que, en el mismo orden de consideraciones, el deber de “respetar” los derechos consagrados en tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes se refiere al imperativo que pesa sobre los órganos del Estado de hacer cumplir las normas que los contienen cuando éstas son suficientemente autónomas para ejecutarse sin necesidad de una regulación adicional. En cambio, la obligación de “promover” tales derechos alude a la necesidad de remover los obstáculos que dificultan su libre ejercicio;”³⁷⁵. Como es posible notar, el TC relaciona directamente el carácter autoejecutable de una norma, al deber de “respetar” los DD.HH. contenidos en tratados ratificados y vigentes como el Convenio, atendida la suficiencia y autonomía de la norma que posibilita su ejecutabilidad, sin necesidad de una regulación adicional. En lo que respecta al deber de “promover”, su sentido es claro y, a mi juicio, resulta aplicable tanto a la normativa autoejecutable (para su efectiva aplicabilidad directa) como no autoejecutable de un tratado (atendida la obligación que tiene el Estado de desarrollar su normativa complementaria que posibilite su aplicación).

(v) Otro punto relevante, dice relación con el cambio de criterio establecido, a propósito de las implicancias del carácter autoejecutable. Atendida la conceptualización original del TC, en sus sentencias roles N°s. 309 y 1050, la concurrencia del carácter autoejecutable, implicaba la aplicabilidad directa e inmediata de una norma, sin necesidad de un desarrollo normativo adicional, asimilándose, incluso, la expresión “autoejecutable” con el término

³⁷⁴ *Ibíd.*, Considerando 12.

³⁷⁵ *Ibíd.*, Considerando 13.

“aplicabilidad directa”³⁷⁶. No obstante, si bien el presente fallo destacó la autoejecutabilidad de la consulta indígena según lo establecido en estos fallos³⁷⁷, la misma establecería un claro cambio de criterio con relación a su jurisprudencia anterior, al señalar que: “(...) ello debe conciliarse con la modalidad abierta con que están redactadas, en general, las normas de los tratados internacionales, lo que posibilita diversas interpretaciones de aplicación, en el derecho interno, de los parámetros conceptuales que ellas contienen. Este margen de discrecionalidad sobre la oportunidad y materia de la consulta puede ser perfectamente delimitado por la experiencia, guías y buenas prácticas que la Organización Internacional del Trabajo ha acumulado a lo largo de los años de vigencia del Convenio N° 169. Así, por lo demás, se desprende del artículo 40 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales;”³⁷⁸. Atendido lo anterior, junto con llamar la atención por el insuficiente desarrollo legislativo del que había sido objeto el Convenio por parte del Congreso Nacional (que recién al año 2013 aprobaría una glosa en la ley de presupuesto público, N° 20.641, para la constitución de una comisión bicameral que tuviera por objeto dar cumplimiento a la totalidad de su normativa³⁷⁹), el TC señalaría, junto a la necesidad de regular urgentemente el procedimiento de consulta³⁸⁰: “Que, consecuentemente, la autoejecutividad de un tratado internacional no obsta al desarrollo legislativo del mismo sino que, por el contrario, lo impele. Es el legislador quien debe definir las autoridades u organismos representativos de las etnias originarias con derecho a participar en la consulta; la oportunidad y forma de participación en los procesos legislativos pertinentes, de modo libre, informado y no coaccionado, además de fijar el procedimiento (...) Sólo en esas condiciones este Tribunal Constitucional estará en situación de controlar si, efectivamente, se han creado condiciones de participación igualitarias para los pueblos indígenas, que equilibren sus oportunidades y propendan a un desarrollo equitativo, franqueando un especial derecho de consulta y participación operativo, que no es sino emanación de la garantía de la igualdad de trato ante la ley (...)”³⁸¹.

Tal conjunto de consideraciones, revelan que la concurrencia del carácter self-executing de una norma, no resulta un criterio suficiente e infalible a la hora de evaluar la

³⁷⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N° 309, sentencia del 4 de agosto de 2000, Considerandos 7 y 48.

³⁷⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Roles N°s. 2387-12-CPT Y 2388-12-CPT, acumulados, sentencia del 23 de enero de 2013, Considerando 19.

³⁷⁸ *Ibíd.*

³⁷⁹ *Ibíd.*, Considerandos 20 y 21.

³⁸⁰ *Ibíd.*, Considerando 22. En su Considerando 24, se destaca que tal desarrollo legislativo, debía basarse en los criterios de las sentencias roles N°s. 309 y 1988, ya analizadas.

³⁸¹ *Ibíd.*, Considerando 23.

procedencia de la aplicabilidad inmediata y directa de un tratado en el plano doméstico, pudiendo requerir, como ocurre en el caso sub-lite, de un desarrollo legislativo que posibilite aquello.

(vi) Atendido lo anterior, otra arista relevante dice relación con el rol fundamental que tiene el Estado en esta materia. Atendidas las distintas consideraciones en que el TC claramente le llama la atención al Congreso Nacional para que desarrollase la regulación apropiada que le diera curso efectivo a la normativa del Convenio³⁸²; el hecho de que se estableciera que, no obstante el carácter self-executing de una norma, el mismo no obstaba su desarrollo legislativo; y el hecho de que sólo en el evento de presentarse tal desarrollo legislativo, el TC estaría en condiciones de controlar si, efectivamente, se habían creado las condiciones de participación igualitarias para los pueblos indígenas (aspecto que es reafirmado en las prevenciones efectuadas a dicha sentencia, llamándose la atención para que se desarrollase una pronta y certera regulación, en miras, además, a dar cumplimiento efectivo al deber del Estado, consistente en promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación, conforme el artículo 1º, inciso final, de la CPR³⁸³), revelan, esencialmente, la enorme importancia que el TC atribuye a la labor del Estado en la tarea de posibilitar el cumplimiento y aplicación de la normativa autoejecutable y no autoejecutable del Convenio. En ese sentido, la responsabilidad que tienen los órganos co-legisladores, consistente en desarrollar normativamente la preceptiva del Convenio, aun cuando sea autoejecutable, es tal, al punto de que, en cierta forma, al ser insuficiente a la fecha, impidió que el TC evaluase con mayor profundidad las disposiciones aducidas en el caso. En esa línea, es posible observar que la concurrencia de tal desarrollo legislativo posibilitaría, al menos entrar a discutir, la naturaleza de la infracción producida por la omisión de la consulta indígena y, en esa línea, examinar si acaso cabría la procedencia de un control de constitucionalidad de forma (sin perjuicio de que el TC considerase que los preceptos autoejecutables del Convenio no eran sino emanación de la garantía de la igualdad de trato ante la ley).

(vii) A mayor abundamiento, cabe destacar la sintonía jurisprudencial mostrada por el TC en el presente fallo, no estableciendo mayores modificaciones con relación a sus anteriores sentencias, salvo con respecto a las implicancias asociadas al carácter autoejecutable de

³⁸² *Ibíd.*, Considerandos 18 al 24. En el mismo sentido, véase la prevención efectuada por los Ministros Srs. Raúl Bertelsen (Presidente), Marcelo Venegas e Iván Aróstica, Considerandos 6 y 9.

³⁸³ *Ibíd.*, Prevención de los Ministros Srs. Raúl Bertelsen (Presidente), Marcelo Venegas e Iván Aróstica, Considerandos 6 y 9.

una norma, que al menos en el caso sub-lite, no obsta su desarrollo legislativo posterior. Tal aspecto revela que, en la praxis, el carácter autoejecutable de una disposición pareciera no posibilitar de manera infalible su aplicabilidad inmediata y directa en el plano doméstico (toda vez que puede ser necesario, como en el fallo sub-lite, una complementación normativa que posibilite aquello). Sin perjuicio de lo anterior, cabe destacar que, en general, se reprodujeron los distintos criterios establecidos en los fallos Roles N°s. 309, 1050 y 1988, especialmente en materia de consulta indígena³⁸⁴, y con respecto a la urgente necesidad de que los órganos co-legisladores internos regularan prontamente el procedimiento de consulta³⁸⁵.

3.1.5. SENTENCIA ROL N° 2523-13-CDS DEL TC.

3.1.5.1. HECHOS.

De conformidad al artículo 93, inciso primero, N° 16°, de la CPR, la presente sentencia, dictada el 30 septiembre del año 2013, tuvo por objetivo la resolución de un requerimiento de inconstitucionalidad, deducido por grupo de diputados, en contra del DS N° 40, del Ministerio de Medio Ambiente, que aprobó el reglamento del sistema de evaluación de impacto ambiental (SEIA), específicamente con relación a dos categorías de normas³⁸⁶, sosteniéndose su contradicción con la CPR, el Convenio, y la Convención para la Protección de la Flora, la Fauna y las Bellezas Escénicas Naturales de América. Específicamente con relación al Convenio, se sostuvo que los artículos 85 y 86 del DS impugnado, además de constituir una materialización del artículo 6 del mismo, adolecían de 3 vicios principales: El primero, contrario a la igualdad ante la ley (al no establecerse un procedimiento adecuado y operativo de consulta que corrigiera la discriminación del que eran objeto los pueblos

³⁸⁴ *Ibíd.*, Considerandos 15, 16 y 19. En el mismo sentido, véase: Prevención de los Ministros Srs. Raúl Bertelsen (Presidente), Marcelo Venegas e Iván Aróstica, Considerando 5.

³⁸⁵ *Ibíd.*, Considerando 24. “Que en esa dirección esta Magistratura desea señalar que esa necesidad urgente de regular el procedimiento de consulta se debe hacer en el marco de los claros criterios establecidos respecto de su vigencia, jerarquía, naturaleza jurídica y características, enunciados en sentencia de 4 de agosto de 2000 (Rol 309) y luego reiterados en sentencia de 24 de junio de 2011 (Rol 1988).. Ahí se precisó que se trata de una consulta diversa a la prevista en la Ley Indígena; que no implica ejercicio de la soberanía; que no importa una negociación obligatoria sino una forma de recabar opinión; que no tiene carácter vinculante ni afecta las atribuciones privativas de las autoridades constitucionales. Finalmente, se destacó que resultaba plenamente compatible con la participación democrática que contempla el artículo 1° de la Constitución y la radicación del ejercicio de la soberanía prevista en su artículo 5°”.

³⁸⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N° 2523-13-CDS, sentencia del 30 septiembre de 2013, Considerando 5. Se impugnaron dos categorías de normas del reglamento: “En primer lugar, se objetan los artículos 85 y 86 del D.S. N° 40, de 2012, del Ministerio del Medio Ambiente. El primero regula la consulta a los pueblos indígenas. El segundo, establece la reunión con grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas. En segundo lugar, se objetan los artículos 120, 121, 122, 128 y 129 del mismo cuerpo normativo, que regulan permisos sectoriales para la evaluación de impacto ambiental”.

indígenas); El segundo, vulneratorio del artículo 5 de la CPR (al restringirse a determinadas situaciones la consulta, incumpléndose el deber de respetar y promover los derechos establecidos en los tratados ratificados y vigentes); Y, el tercero, vulneratorio de la reserva legal, al incursionarse en la regulación de derechos (vulnerándose, en ese sentido, el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas, sobre el que se basaba la consulta establecida en el Convenio³⁸⁷).

3.1.5.2. CONSIDERACIONES RELEVANTES ASOCIADAS A LAS CATEGORÍAS AUTOEJECUTABLES Y NO AUTOEJECUTABLES DE NORMAS EN EL CONVENIO.

(i) Sin perjuicio de la pluralidad de aspectos involucrados, cabe destacar primeramente que el presente fallo basó su razonamiento en los requisitos de admisibilidad que debía cumplir el requerimiento formulado, fundamentando, para su rechazo, la imposibilidad de verse configurado un vicio de constitucionalidad contrastando normas de un DS con otras de unos tratados (al no tener, estos últimos, rango constitucional), razones por las cuales, al configurarse los reproches como vicios de legalidad, no de constitucionalidad, se determinó que escapaban de los asuntos que le correspondía conocer al TC³⁸⁸. En esa línea, en sintonía con su jurisprudencia anterior, el TC descartaría nuevamente que la normativa self-

³⁸⁷ *Ibíd.*, Considerando 6. “(...) Específicamente, los requirentes denuncian tres vicios en esta materia. Primeramente, se sostiene que se vulnera la igualdad ante la ley. Los grupos indígenas son un grupo históricamente discriminado. Por lo mismo, el reglamento debió haber establecido un procedimiento adecuado y operativo de consulta para corregir esa discriminación. Es decir, se reprocha al reglamento una ausencia de desarrollo normativo destinado a establecer una medida de discriminación positiva, que contuviera estándares más elevados que los establecidos en él. El reglamento, se agrega, es insuficiente, al consagrar una mera declaración genérica de principios, no normando sustantivamente el mecanismo de consulta. El segundo vicio que se reprocha al reglamento es que la consulta es restringida a determinadas situaciones. A juicio de los requirentes, la consulta debió establecerse no sólo respecto de medidas graves, sino en relación a cualquiera que afecte los derechos colectivos que asisten a la comunidad indígena. En tal sentido, el reglamento no cumple el deber de respetar y promover los derechos establecidos en tratados ratificados por Chile y vigentes. Se afecta, en su concepto, el artículo 5° de la Constitución. El tercer vicio que se reprocha al reglamento es que la consulta que establece el Convenio N° 169 de la OIT, sobre Pueblos Indígenas, se construye sobre la base de un derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas, que les permite definir sus propias prioridades, tutelando de esa manera sus derechos. El reglamento vulneraría, por lo mismo, la reserva legal, toda vez que incursiona en regulación de derechos”;

³⁸⁸ *Ibíd.*, Considerandos 9 al 12; y, 15 al 20. Se destaca medularmente que: “11°. (...) la Constitución descarta el vicio de legalidad, es decir, la eventual contradicción del precepto reglamentario con la normativa legal, entre los asuntos que puede conocer esta Magistratura. El examen que debe practicar el Tribunal consiste en determinar la compatibilidad o incompatibilidad entre dos normas, una de las cuales es la Constitución y la otra una norma reglamentaria (...) No examina la sujeción de la normativa administrativa a la ley (...) Tampoco examina la sujeción del decreto supremo impugnado con los tratados internacionales. Estos no son texto constitucional que le permitan al Tribunal determinar armonías o desarmonías con ese tipo de disposiciones”; “17°. Que este Tribunal, como ya se indicó, ha sustentado la doctrina de que los tratados internacionales no tienen rango constitucional (STC 2387 y 2388/2013). Por lo mismo, una eventual contradicción entre las normas del reglamento y dichos tratados, tanto por acción como por omisión, no constituye un vicio de constitucionalidad. No está, por tanto, entre sus competencias resolver este reproche”; “20°. Que, en consecuencia, se dan los supuestos que establece el artículo 111 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en cuanto a que debe declararse inadmisibles un requerimiento cuando “se funda en vicios de ilegalidad”;

executing y non-self-executing del Convenio operase como parámetro directo de constitucionalidad.

(ii) En segundo lugar, cabe destacar la clara sintonía jurisprudencial desplegada por el TC, con respecto a su jurisprudencia anterior. En efecto, según es posible notar, el TC reproduce con claridad los criterios esenciales que configuraron la preceptiva autoejecutable relativa a la consulta indígena, a partir de las sentencias roles N°s. 309, 1050 y 2387-2388 acumulados³⁸⁹; En suma, confirmaría además el cambio de criterio establecido en la sentencia Roles acumulados N°s. 2387-2388, al destacar que la autoejecutividad de un tratado no obstaba su desarrollo legislativo posterior, sino que, por el contrario, lo impelía, añadiendo la enorme relevancia que tiene en ello, la labor desplegada por el legislador³⁹⁰.

(iii) Atendido lo anterior, el presente fallo daría cuenta también, de la urgente necesidad que tenía el hecho de avanzar en el desarrollo legislativo y reglamentario que diera curso efectivo a la normativa del Convenio. En efecto, en primer término, se destacó la gran relevancia que tenía la labor del Ejecutivo en esta materia, al señalarse que, si bien el TC no podía enjuiciar como inconstitucionales, los eventuales vacíos o insuficiencias que tuviera un reglamento con relación a un tratado, destacaría en esa misma línea que: “La potestad reglamentaria de ejecución está radicada en el Presidente de la República por mandato constitucional. Corresponde a esta autoridad definir la manera de complementar o desarrollar la ley;”³⁹¹. En segundo lugar, como señalamos, se destacaría que la autoejecutividad de un tratado no obstaba su desarrollo legislativo, sino que lo impelía, acentuándose la enorme relevancia que tenía en ello la labor desplegada por el legislador³⁹²; y finalmente, se destacaría también la necesidad urgente de regular el procedimiento de consulta por parte de los órganos colegisladores, con fidelidad a los criterios establecidos en las sentencias roles N°s. 309, 1988, y 2387-2388, acumulados³⁹³, al punto de que, sólo en dicha circunstancia, el TC estaría en condiciones de controlar si, efectivamente, se habían creado condiciones de participación

³⁸⁹ *Ibíd.*, Considerando 21: “Que, sin perjuicio de lo señalado, este Tribunal cree necesario insistir en lo siguiente respecto de la consulta establecida en el Convenio N° 169, de la OIT, sobre Pueblos Indígenas. Por de pronto, que “se trata de una consulta diversa a la prevista en la Ley Indígena; que no implica el ejercicio de la soberanía; que no importa una negociación obligatoria sino una forma de recabar opinión; que no tiene carácter vinculante ni afecta las atribuciones privativas de las autoridades constitucionales. Finalmente, se destacó que resultaba plenamente compatible con la participación democrática que contempla el artículo 1° de la Constitución y la radicación del ejercicio de la soberanía prevista en su artículo 5°.” (STC 309/2000, 1050/2008, 2387/2013)”.

³⁹⁰ *Ibíd.*, Considerando 22.

³⁹¹ *Ibíd.*, Considerando 18.

³⁹² *Ibíd.*, Considerando 22.

³⁹³ *Ibíd.*, Considerando 23.

igualitarias para los pueblos indígenas³⁹⁴. El presente conjunto de consideraciones, además de revelar la clara sintonía jurisprudencial desplegada por el TC, con respecto a su jurisprudencia anterior, revela la importancia fundamental que tiene la labor del Estado en el cumplimiento y aplicación de la preceptiva autoejecutable y no autoejecutable del Convenio, que al año 2013, parecía no ser suficiente, según se llama nuevamente la atención a los órganos co-legisladores en la presente sentencia.

(iv) Finalmente, otra arista relevante tuvo relación con el voto disidente desarrollado por el Ministro sr. Gonzalo García, quien estuvo por declarar la admisibilidad del requerimiento. Para fundamentar aquello, destacó primeramente la sistemática doctrina desarrollada por el TC, que dejaba para un análisis de fondo (no en sede de admisibilidad) la discusión relativa a la naturaleza, legal o constitucional, que debía atribuírsele a una cuestión alegada³⁹⁵. En segundo término, cuestionaría la supuesta configuración de un vicio de legalidad a partir de los tratados invocados, al señalar que: “(...) este caso es aún más complejo, puesto que ni siquiera nos encontramos frente a un conflicto de legalidad bajo ningún aspecto. La sentencia de inadmisibilidad cuestiona que el parámetro utilizado sea el de un tratado internacional de derechos humanos. De acuerdo a nuestra jurisprudencia, el Convenio N° 169 de la OIT ¿es auténticamente una ley? Las STC roles N°s 2387 y 2388, sobre la Ley de Pesca, no establecen que el tratado internacional tenga rango de ley. Simplemente sostienen que es una fuente de derecho infraconstitucional. Es una fuente de derecho diferente a la ley. En ella, por ejemplo, la Constitución exige que se le preserven ciertas reservas normativas explícitas diferentes a las de una reserva de ley ordinaria. Así, por ejemplo, se debe cautelar las “normas generales de derecho internacional” tratándose de reservas, declaraciones interpretativas, derogaciones, modificaciones o suspensiones (artículo 54, N° 1, incisos tercero y quinto, de la Constitución). Si esa es la regla general para todo tipo de tratados, ¿cómo puede existir conflicto de legalidad tratándose de tratados internacionales en materia de derechos humanos regulados por el artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución?”³⁹⁶. En suma, criticaría el razonamiento desarrollado por el TC, por cuanto, el requerimiento, no sólo utilizó como parámetro de impugnación en contra del DS, al Convenio, sino también la vulneración del artículo 19, N° 2°, de la CPR, relativo a la igualdad ante la ley, razones por las cuales sostuvo que: “(...) bajo ningún aspecto se puede

³⁹⁴ *Ibíd.*, Considerando 23.

³⁹⁵ *Ibíd.*, Voto disidente del Ministro Sr. Gonzalo García, quien estuvo por declarar la admisibilidad del requerimiento. Considerando 4°.

³⁹⁶ *Ibíd.*, Considerando 6.

desconocer que plantea un problema constitucional real: la inexistencia de consulta indígena en materia ambiental, la determinación selectiva de su uso para ciertas inversiones de intensa afectación de derechos fundamentales y su alcance relativo al principio de igualdad³⁹⁷. En virtud de ello, defendió la admisibilidad del requerimiento formulado, argumentando que la cuestión alegada debió ser discutida en el fondo del proceso constitucional³⁹⁸.

Tales reflexiones, revelan las discrepancias existentes con respecto a la jerarquía normativa de los tratados, sobre todo en materia de DD.HH.. Con respecto al Convenio, y los efectos relativos a sus normas autoejecutables y no autoejecutables, tal aspecto resulta del todo relevante, al punto de determinar, según se aprecia, la inadmisibilidad de un requerimiento por inconstitucionalidad (no obstante las críticas), limitándose los efectos con que se manifiesta el carácter autoejecutable de su normativa en nuestro derecho interno.

3.2. JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA CHILENOS.

Si bien el desarrollo de las bases jurídicas elementales de la doctrina de la autoejecutabilidad a propósito del Convenio ha tenido como protagonista indiscutido al TC, siendo más superficial el tratamiento de nuestros tribunales superiores de justicia (quienes se han referido casi con exclusividad a la consulta indígena, por controversias nacidas fundamentalmente a la luz de acciones de protección, en contra de resoluciones administrativas que han aprobado determinados proyectos de inversión), no es menos cierto que, estos últimos, han aportado interesantes consideraciones, especialmente ligadas al grado de eficacia con que se manifiesta el carácter autoejecutable de la consulta en nuestro derecho interno. Si bien estos últimos no desarrollan un examen pormenorizado, norma por norma, a propósito de la autoejecutabilidad del Convenio, el hecho de que se refieran con profundidad a la consulta indígena (piedra angular y base para la aplicabilidad del resto de sus disposiciones), da luces fundamentales que permiten comprender el comportamiento general de su restante normativa en el marco de esta materia.

³⁹⁷ *Ibíd.*, Considerando 7.

³⁹⁸ *Ibíd.*, Considerando 7: "En fin, no se puede soslayar el debate acerca de las reglas del trato aplicable tratándose de pueblos indígenas ni tampoco es razonable la ausencia de legislación que implemente medidas que propicien la ejecución de políticas inclusivas que importan la aplicación del principio de igualdad por diferenciación. Todas estas cuestiones, más allá de la determinación definitiva sobre el reglamento, debieron ser discutidas en el fondo de este proceso constitucional que parecía perfectamente admisible"

Así las cosas, con el objeto de identificar las aristas principales asociadas al Convenio a la luz de la doctrina de la autoejecutabilidad –desde la jurisprudencia de nuestros tribunales superiores de justicia - se destacará primeramente qué disposiciones del mismo han sido reconocidas dentro de la categoría de normas autoejecutables en sede ordinaria.

En segundo término, dado que nuestros tribunales superiores de justicia han tenido por objeto, casi exclusivamente, la resolución de cuestiones relativas al derecho de consulta contenida en el artículo 6 del Convenio, en el marco del sistema de evaluación de impacto ambiental (en adelante, “SEIA”), impugnándose mediante acciones de protección, Resoluciones de Calificación Ambiental (en adelante “RCA”) que han calificado favorablemente Declaraciones de Impacto Ambiental (en adelante, “DIA”) o bien Estudios de Impacto Ambiental (en adelante, “EIA”) de proyectos de inversión privada, es que analizaremos brevemente en qué medida la autoejecutabilidad del derecho de consulta se ha manifestado en el marco de dicha materia, en tanto aspecto fundamental sin el cual no es posible dimensionar la traducción de su carácter self-executing en sede ordinaria.

Finalmente, y sin perjuicio de lo anterior, se destacará también el interesante rol que han cumplido otras disposiciones del Convenio (distintas al derecho de consulta), que, pese a no ser autoejecutables, han desempeñado una importante labor a la hora de interpretar y dar sentido a nuestra legislación doméstica, como por ejemplo la Ley N° 19.253 (en adelante, “ley indígena”), y la Ley N°19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente (en adelante “LBGMA”; o simplemente “legislación o ley ambiental”), incidiendo especialmente en la ampliación del concepto legal de tierras indígenas, integrándose el concepto de territorios y la comprensión del estrecho vínculo que los pueblos indígenas tienen con ellos.

3.2.1. DELIMITACIÓN DE LA PRECEPTIVA QUE RESULTA AUTOEJECUTABLE EN EL CONVENIO A LA LUZ DE NUESTROS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA:

En general, existe escasa jurisprudencia de nuestros tribunales superiores de justicia referida explícitamente a la autoejecutabilidad de la preceptiva del Convenio. No obstante, es posible advertir una reproducción de los criterios asentados por el TC a la hora conceptualizar el carácter self-executing (con base a criterios objetivos, relativos a la suficiencia y precisión normativa de una disposición), destacándose la mayor parte de las veces la autoejecutabilidad del artículo 6, N°1, letra a), y, N° 2), relativo a la consulta indígena (de

manera más explícita por parte de las Cortes de Apelaciones, en tanto, desde la Corte Suprema, habría un reconocimiento más implícito, por ejemplo, a la hora de acoger acciones de protección que sostienen su vulneración). Lo anterior se explica por el hecho de que, justamente, dicha preceptiva ha sido la que mayor trabajo ha generado a estos tribunales.

Desde un punto de vista paradigmático, cabe destacar por ejemplo la sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco, Rol N° 1705-2009, del 21 de enero de 2010, que, en sintonía con el TC, señaló (a la hora de referirse a una acción de protección presentada por dos comunidades Mapuche): “Que en consecuencia lo que jurídicamente corresponde analizar es si hubo por parte de la autoridad ilegalidad o arbitrariedad al dictar la resolución antes aludida en cuanto debió o no considerar el trámite de la consulta al tenor de lo dispuesto en el artículo 6 N° 1 letra a) y N° 2 y artículo 7 N°1 del Convenio 169 antes referido y en relación artículo 34 de la Ley 19.253”³⁹⁹. En esa línea, agregaría: “Que en el sentido anterior tanto recurrente como recurrido están contestes en la cita de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional, en los roles 309-2000 y 1050-2008, en cuanto que el Convenio 169 citado tiene normas autoejecutables o de aplicación directa, es decir aquellas que su contenido y precisión pueden aplicarse de forma inmediata en el órgano interno; como son los antes citados artículos del Convenio. Asimismo, existen normas de carácter programático, las que requieren a diferencia de las anteriores que se complementen mediante leyes, reglamentos y decretos. Este concepto es ratificado por el Decreto 124 de MIDEPLAN de fecha 4 de septiembre de 2009, que en su considerando octavo señala respecto a las normas del Convenio ya señaladas que pasarán a formar parte de la legislación vigente ya que dichas normas tienen el contenido y precisión necesarias que las habilita para ser aplicadas sin otros trámites como fuente de derecho interno”⁴⁰⁰.

Como se observa, la autoejecutabilidad de estos preceptos, además de reconocerse en sede ordinaria (en sintonía con el TC), se confirma también a partir de una norma administrativa interna, sin perjuicio de las críticas por su disconformidad con los estándares internacionales que llevaron a que actualmente se encuentre derogada, según vimos⁴⁰¹.

³⁹⁹ CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO, Rol N° 1705-2009, sentencia del 21 de enero de 2010. Considerando 4.

⁴⁰⁰ Ibid. Considerando 5.

⁴⁰¹ Véase: Cap. II, de la presente memoria.

Ahora bien, específicamente en lo relativo a la autoejecutabilidad de la preceptiva de la consulta indígena, cabe destacar, entre otras, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol N° 36-2010, que señaló que: “Así las cosas, ya sea una declaración o estudio de impacto ambiental, los pueblos indígenas involucrados deben ser consultados, puesto que el Convenio consagra el derecho a la participación. En efecto, una cuestión es el derecho a participación que consagra la Ley de Impacto Ambiental y una cuestión distinta es el derecho a participación que consagra el artículo 6 N° 1 y 2 del Convenio 169, tal derecho, como lo reconoce el Tribunal Constitucional Chileno, es auto ejecutable, esto es, no requiere de otra ley para que pueda invocarse ante los Tribunales (...)”⁴⁰².

Por su parte, si bien de manera más implícita, cabe señalar que desde la Corte Suprema también se ha reconocido la autoejecutabilidad de la consulta indígena contenida en el artículo 6 del Convenio, por ejemplo, a la hora de ordenar la continuación de un proceso de consulta que se había terminado abruptamente, meses antes de la aprobación de un proyecto, anulando la RCA respectiva (lo que no se entiende sin concebir su autoejecutabilidad⁴⁰³).

Así las cosas, sin perjuicio de la escasa jurisprudencia referida a la delimitación de aquellos preceptos del Convenio que pertenecen a las categorías de normas self-executing y non-self-executing, en líneas generales parecen confirmarse los criterios asentados por el TC, en sus sentencias roles N°s. 309 y 1050 (fallos estructurales en esta materia), no observándose mayores reparos ni discrepancias al respecto en sede ordinaria.

No obstante, cabe destacar que un reciente fallo de la Corte Suprema abriría la puerta a la posibilidad de considerar la autoejecutabilidad, no sólo de la consulta contenida en el artículo 6 del Convenio, sino también aquella contenida en el artículo 15, N°2, oración primera, del mismo (referida a aquella consulta, antes de emprenderse o autorizarse programas de prospección o explotación de recursos naturales existentes en tierras indígenas). En efecto, y sin perjuicio de la pluralidad de aspectos involucrados, la sentencia de la Corte Suprema, Rol N°25.142-2018, de 22 de abril de 2019, señaló en lo pertinente que: “(...) Así, lo relevante para el análisis del caso de autos, es que la obligatoriedad de la

⁴⁰²CORTE DE APELACIONES DE PUERTO MONTT, Rol N° 36-2010, sentencia del 27 de julio de 2010, Considerando 9. Véase, entre otras, a modo ilustrativo: Corte de Apelaciones de Temuco, Rol N° 1705-2009, sentencia del 21 de enero de 2010, Considerando 4 y 11°; Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol 148-2010, sentencia del 26 de mayo de 2010, Considerando 10°.

⁴⁰³ CORTE SUPREMA, Rol N° 65349-2016, sentencia de 30 de enero de 2017, Considerando 8.

consulta indígena prevista en el artículo 6° letra a), debe definirse en el procedimiento previsto en la ley, que se vincula, indudablemente, a la eventual modificación de la RCA 226/2006, proceso ambiental en que la autoridad deberá evaluar no sólo la procedencia de la consulta derivada de tal norma, sino que también analizar su factibilidad derivada de lo establecido en el numeral 15 N° 2 del referido convenio, debiendo en tal procedimiento definir la autoridad de calidad de normas autoejecutables de ambas, para efecto de establecer la procedencia de aplicación directa"⁴⁰⁴.

Como se observa, la Corte Suprema abre la puerta a la posibilidad de que, en el marco del procedimiento a que se refiere la legislación ambiental, la autoridad respectiva defina la autoejecutabilidad, no sólo de la consulta indígena contenida en el artículo 6 del Convenio, sino también aquella contenida en el artículo 15, N°2. Si bien tal consideración no es del todo consistente, ni ahonda en los criterios necesarios para evaluar la procedencia del carácter self-executing, al menos abre la puerta a una discusión que parecía cerrada, y que se limitaba a reconocer como autoejecutables sólo a aquellos preceptos definidos por el TC, en su sentencia rol N°309, en el Convenio (aspecto fundamental por cuanto, según sostendremos, no existen razones de peso para reconocer la autoejecutabilidad sólo de la consulta contenida en su artículo 6, y excluir de ello a aquella contenida en el artículo 15, N°2, oración primera).

Así las cosas, desde un punto de vista general, tanto para nuestra jurisprudencia constitucional como para aquella derivada de nuestros tribunales de justicia (así como desde el poder Ejecutivo a través del citado decreto, no obstante su actual derogación), parece haber acuerdo en que la cualidad self-executing procedería respecto del artículo 6 N°1, letra a), y N°2, y del artículo 7 N°1, relativos a los derechos de consulta y participación (piedras angulares del Convenio), no obstante las críticas a dicha delimitación, y la posibilidad de reconocerle dicho carácter self-executing a la consulta contenida en el artículo 15, N°2, oración primera, del Convenio, según sostendremos al final de este capítulo.

3.2.2. CONSIDERACIONES RELATIVAS AL GRADO DE MANIFESTACIÓN DEL CARÁCTER AUTOEJECUTABLE DE LA CONSULTA INDÍGENA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNO: LA EVOLUCIÓN DESDE UNA TESIS RESTRICTIVA, A UNA MAS CERCANA A LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES.

⁴⁰⁴ CORTE SUPREMA, Rol N°25.142-2018, sentencia de 22 de abril de 2019, Considerando 8.

Como destacamos, la jurisprudencia de nuestros tribunales superiores de justicia ha abordado casi exclusivamente problemáticas asociadas al derecho de consulta indígena en el marco del SEIA (resolviendo acciones de protección que impugnan RCA emanadas de la autoridad ambiental que han calificado favorablemente EIA o DIA de proyectos de inversión privada), refiriéndose escasamente a su autoejecutabilidad. No obstante, si bien el examen pormenorizado de esta materia no se constituye como objeto estricto de esta memoria, el hecho de que la consulta se erija como la piedra angular del Convenio (y la base para la aplicabilidad del resto de sus disposiciones), justifican su breve revisión, en tanto aspecto fundamental sin el cual, no sólo no se comprenden los efectos fundamentales asociados a su autoejecutabilidad en nuestro derecho interno, sino tampoco los alcances concretos con que se traduciría el resto de la normativa del Convenio.

Así las cosas, en líneas generales, no parecen haber discrepancias respecto a la autoejecutabilidad de la consulta contenida en el artículo 6 del Convenio (en los términos establecidos por el TC), sino más bien con relación al grado de manifestación con el que debiera traducirse tal carácter self-executing en nuestro derecho interno, a saber, si acaso más conforme a una tesis restrictiva (ajustando su alcance a lo previsto en la legislación doméstica, predominando en los primeros años de vigencia del Convenio), o bien una más cercana a los estándares internacionales (cuya tendencia progresivamente ha ido creciendo en el tiempo). Con el objeto de ilustrar lo anterior, cabe destacar sucintamente cada una de estas perspectivas, para efectos de dimensionar en qué medida se ha traducido el carácter autoejecutable de la consulta en nuestro derecho interno.

De conformidad a lo señalado, cabe destacar que aquella línea jurisprudencial predominante en los primeros años de vigencia del Convenio (sobre todo en la Corte Suprema, hasta el año 2011), fue representativa de una tesis restrictiva de la consulta, y se caracterizó por ajustar sus alcances a lo previsto en la legislación doméstica (en sintonía con el TC) muchas veces en discrepancia con los estándares internacionales, homologando la consulta, por ejemplo, al mecanismo de participación ciudadana previsto en la ley ambiental N°19.300, o bien a lo dispuesto en el DS, N°124, del año 2009, del MIDEPLAN.

Como bien observaron Contesse y Lovera, al año 2011: "(...) mientras algunas Cortes de Apelaciones se han acercado a una lectura del Convenio respetuosa de sus objetivos, las

decisiones de la Corte Suprema han sido (en su mayoría) fieles a una tesis restrictiva impulsada por el Ejecutivo desde la entrada en vigencia del tratado, en oposición a los compromisos adquiridos con la comunidad internacional⁴⁰⁵. En esa línea, desde un punto de vista crítico, señalaron que: “En primer lugar, la jurisprudencia parece equiparar las normas sobre participación ciudadana contenidas en la legislación ambiental con los estándares sobre consulta del Convenio, cuestión que no tiene asidero. En segundo lugar, en vez de abrazar una interpretación pro libertatis, como ordena la implementación de tratados internacionales de derechos humanos, la jurisprudencia ha ido restringiendo el alcance de las normas sobre consulta, ya sea validando el decreto supremo 124 de 2009, que ilegítimamente reduce el ámbito de la consulta, o amplificando la sentencia del Tribunal Constitucional para negar valor a las normas del Convenio. En tercer lugar, a la luz de las conclusiones a las que arriba parte importante de las sentencias reseñadas, la aprobación del Convenio habría resultado jurídicamente irrelevante toda vez que, antes de su incorporación, el ordenamiento jurídico ya habría contado con herramientas legales que permiten satisfacer –al menos en materia de consulta– los mismo objetivos⁴⁰⁶.”

En esa línea, con el objeto de ilustrar lo anterior, cabe destacar brevemente la controversia suscitada entre la comunidad indígena Palguín vs. la Comisión Regional del Medioambiente (en adelante, “COREMA”) de la región de la Araucanía, en el año 2010, en tanto caso paradigmático en la configuración de la tesis restrictiva. Tal caso, en donde si bien, la Corte de Apelaciones de Temuco acogió la acción de protección presentada por dos comunidades Mapuche en contra de la resolución exenta N° 242 de la COREMA de la Araucanía, que calificó favorablemente la DIA de un proyecto de piscicultura en el sector de Palguín (atendidos, entre otros argumentos, la omisión de la consulta), dicha decisión sería revocada con posterioridad a manos de la Corte Suprema.

En efecto, para la Corte de Apelaciones de Temuco, la RCA impugnada resultó arbitraria e ilegal por cuanto, al haberse tratado de una medida administrativa que afectó

⁴⁰⁵ CONTESSE, Jorge; y, LOVERA, Domingo (2011). "El Convenio 169 de la OIT en la Jurisprudencia Chilena: Prólogo del Incumplimiento", en Anuario de Derecho Público 2011, Universidad Diego Portales (Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales) pp. 127-151. p. 127.

⁴⁰⁶ Ibid., p. 150. En el mismo sentido, Fuenzalida, a propósito de nuestra Corte Suprema, destacó que: “(...) En un principio sus fallos se asentaron sobre la doctrina fijada por el Tribunal Constitucional, asimilando la consulta indígena a los mecanismos que contempla la legislación ambiental en materia de participación ciudadana”. FUENZALIDA, Sergio (2015). “Desarrollo de la jurisprudencia en Chile sobre la consulta indígena: los casos del tribunal constitucional y la corte suprema”. In: Revue Québécoise de droit international, hors-série mars 2015. L'État de droit en Amérique latine et au Canada. pp. 149-177. Disponible en: www.persee.fr/doc/rqdi_0828-9999_2015_hos_1_1_2105. p. 151.

directamente a los recurrentes⁴⁰⁷, no se justificó la omisión del artículo 6, N°1, letra a), del Convenio, relativo a la consulta, desconsiderándose su calidad imperativa y autoejecutable⁴⁰⁸, así como el hecho de que estaba sujeta a mayores estándares (más amplios que los establecidos en el DS N° 124 del MIDEPLAN⁴⁰⁹), por lo que debió: “ejecutarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias con la finalidad de llegar a un acuerdo acerca de las medidas propuestas (...) no a simples actos denominados de sociabilización que distaban mucho en forma y contenido de lo que pretende el Convenio”⁴¹⁰. Lo anterior, es un claro ejemplo de cómo la manifestación del carácter autoejecutable de la consulta se concibió a la luz de sus estándares internacionales.

No obstante, posteriormente la Corte Suprema revocaría tal decisión, indicando que el hecho de que haya procedido una DIA, y no un EIA (donde la primera no daba lugar a espacios de participación, a diferencia de los segundos) no era cuestionable, en tanto, se ajustó a las normas sobre participación ambiental a las que también estaba sujeta la consulta, motivo por el cual no cabía la aplicación de esta última al haber procedido una DIA⁴¹¹; añadiéndose además que: “(...) tampoco es posible constatar una afectación a las comunidades indígenas”⁴¹². Lo anterior fue objeto de profundas críticas, no sólo por el hecho de desconsiderarse los estándares internacionales de la consulta, sino también por configurarse una tesis restrictiva que se instalaría con firmeza en la jurisprudencia. Como bien destacaron Contesse y Lovera: “Este razonamiento, que se va asentando en la jurisprudencia, es problemático porque subordina lo dispuesto por un tratado internacional a la normativa chilena, lo que atenta contra el derecho de los tratados y expone a Chile a verse apuntado como un país que no cumple con los compromisos internacionales”⁴¹³.

Dicha tesis restrictiva a propósito de la consulta se impondría con claridad en la jurisprudencia de nuestros tribunales superiores de justicia hasta el año 2011, sobre todo en

⁴⁰⁷ CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO, Rol N° 1705-2009, sentencia del 21 de enero de 2010, Considerando 9.

⁴⁰⁸ Ibid. Considerando 11: Se destaca que: “(...) efectivamente la resolución objeto de esta causa (...) es ilegal por cuanto existiendo como derecho vigente el artículo 6 N° 1 letra a) del Convenio 169 ya citado, la autoridad recurrida no la ha aplicado a este caso concreto, debiendo haberlo hecho, pues como lo señaló con precisión el Tribunal Constitucional (...) dicho artículo es imperativo para la autoridad y autoejecutable (...)”.

⁴⁰⁹ Ibid. Considerando 7.

⁴¹⁰ Ibid. Considerando 10.

⁴¹¹ CORTE SUPREMA, Rol N°1525-2010, sentencia del 17 de mayo de 2010. Considerandos 12 y13.

⁴¹² Ibid., Considerando 14.

⁴¹³ CONTESSÉ, Jorge y LOVERA, Domingo, Op. Cit., 2011, p.135-136.

la Corte Suprema, sin perjuicio de los diversos razonamientos desplegados por nuestras Cortes de Apelaciones en dicho periodo, más cercanos a los estándares internacionales⁴¹⁴.

No obstante, progresivamente irían surgiendo distintos razonamientos que abogarían por la observación de los estándares internacionales del Convenio. En efecto, entre sus principales aspectos, se destacaría fundamentalmente el hecho de concebir al derecho de consulta como una institución autónoma, diversa de lo previsto en la legislación doméstica, de mayor alcance, y afecta a determinadas particularidades (como por ejemplo, la necesidad de que fuera previa a una determinada medida que afectara a los pueblos indígenas, que fuera mediante procedimientos adecuados, a través de sus instituciones representativas, de buena fe y especialmente con la finalidad de llegar a un acuerdo).

De allí que, conforme esta perspectiva, se establezca que las reuniones meramente informativas y la mera entrega de antecedentes, no cumplan con los estándares internacionales de la consulta, al no implicar la posibilidad real de que los pueblos indígenas pudieran influir en las decisiones que se buscan adoptar a su respecto, ni la realización de un procedimiento desde su propia especificidad cultural (concibiéndola como un mecanismo de participación que busca asegurarles el ejercicio del derecho esencial que el artículo 1 de la CPR brinda a todos los integrantes de la nación, cual es el de intervenir con igualdad de condiciones en su mayor realización espiritual y material posible, atendida además la garantía de igualdad ante la ley, contenida en el artículo 19, N°2, de la CPR).

En esa línea, con el objeto ilustrar lo anterior, cabe destacar brevemente un fallo de la Corte Suprema pronunciado en el año 2011, donde, por primera vez, desde la jurisprudencia del máximo tribunal, se instalaría con propiedad una concepción cercana a los estándares internacionales. En efecto, en dicho caso, relativo al proyecto “Estación de Transferencias de Residuos Sólidos Laco-Panguipulli”, Integrantes de Comunidades indígenas Mapuche y

⁴¹⁴ Véase: FUENZALIDA, Sergio. Op. Cit., 2015, p. 161-167. A modo ilustrativo, véase, entre otras, las sentencias: Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol 148-2010, sentencia del 26 de mayo de 2010, Considerandos 10°, 11° y 12°; y, Corte Suprema, Rol 4078-2010, sentencia del 14 de octubre de 2010, Considerandos 2°, 6°, 7°, 9°, 10° y 11°, y voto en contra del Ministro Sr. Haroldo Brito, Considerando 2° (relativas a la controversia entre la Planta Celulosa Arauco y Constitución S.A., y una decena de comunidades indígenas, conocido como caso: “Ducto Celco”); En el mismo sentido, véase: Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 401-2010, del 1 de diciembre de 2010, Considerandos 8, 9 y 10 (relativa a la aprobación del proyecto “Mini-Central Cayucupil”); Véase además: Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol N° 36-2010, sentencia del 27 de julio de 2010, Considerando 9; y Corte Suprema, Rol N° 5757-2010, sentencia del 15 de septiembre de 2010 (relativas al proyecto de la empresa pesquera “Los Fiordos”); En el mismo sentido: Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 1794-2010, sentencia del 31 de enero de 2011, Considerandos 7 y 8; Ratificada por la sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 1608-2011, de 6 de mayo de 2011 (relativas al proyecto “Aeropuerto Maquehue”).

otros, interpusieron ante la Corte de Apelaciones de Valdivia una acción de protección en contra de la COREMA de la Región de Los Ríos, con motivo de la dictación de la Resolución Exenta N° 041, de 5 de abril de 2010 que calificó favorablemente la DIA del proyecto en comento (y cuyo titular era la Ilustre Municipalidad de Lanco), resolución que a juicio de los recurrentes constituía un acto arbitrario e ilegal por cuanto, además de sostener que debió haber procedido un EIA, estimaban que debió haberse efectuado la consulta, cuestión que no se había cumplido, pese a la afectación que podía producirse a las comunidades indígenas aledañas, al emplazarse el proyecto en un sector denominado Lof Kilche, reconocido como centro del kimun (sabiduría) para los mapuches⁴¹⁵.

Como se señaló, la relevancia de este caso, además de verse acogido lo sostenido por los recurrentes ante la Corte de Apelaciones de Valdivia⁴¹⁶, radicaría en el hecho de que, por primera vez, desde la Corte Suprema se desplegaría un razonamiento más acorde a los estándares internacionales. Atendido el riesgo generado para la salud de la población aledaña, y la afectación de un sitio de significación cultural para la comunidad recurrente, la Corte Suprema, además de estimar que debió haber procedido un EIA en el caso (dados sus estándares más exigentes⁴¹⁷), señalaría que: “(..) la autoridad administrativa debió considerar el procedimiento de participación ciudadana de los artículos 26 a 31 de la Ley N° 19.300, contemplando además los estándares del Convenio N° 169⁴¹⁸; es decir: “(..) era necesaria la consulta de acuerdo a los términos de la Ley 19.300 y el Convenio 169⁴¹⁹”.

Como destaca Fuenzalida, la relevancia de este caso radicó en que, por vez primera, desde el máximo tribunal: “(..) se hizo una distinción entre el mecanismo de participación ciudadana contemplado en la legislación ambiental del procedimiento específico de la consulta indígena que dispone el Convenio 169 de la OIT. Ello constituye un punto crucial para la eficacia de la consulta indígena (...)”⁴²⁰.

⁴¹⁵ CORTE DE APELACIONES DE VALDIVIA, Rol N° 243-2010, sentencia de 4 de agosto de 2010, Considerando 1.

⁴¹⁶ *Ibíd.*, Considerando 4°.

⁴¹⁷ CORTE SUPREMA, Rol N° 6062-2010, sentencia de 4 de enero del año 2011, Considerando 2°.

⁴¹⁸ *Ibíd.*, Considerando 3°.

⁴¹⁹ *Ibíd.*, Considerando 4°.

⁴²⁰ FUENZALIDA, Sergio. Op. Cit., 2015, p. 167.

Lo anterior, marcaría el inicio de una serie de razonamientos más acordes a los estándares internacionales⁴²¹. No obstante, si bien progresivamente se iría instalando en nuestro derecho interno dicha línea jurisprudencial, con posterioridad, también concurrirían abruptos cambios de criterio, que evidenciarían una desafortunada inestabilidad a la hora de observarse las exigencias internacionales sobre la materia.

En efecto, a modo ilustrativo, cabe destacar brevemente el fallo, Rol N°1515, del año 2014, de nuestra Corte Suprema, relativo al caso Comunidad indígena Mapuche Ramón Chincolef vs. Secretaria Regional Ministerial De Obras Públicas de la XIV Región De Los Ríos, en relación con el proyecto de agua potable rural emplazado en territorio Mapuche “Comité de Agua Potable Rural de Ko Winkul Pocura”, y en virtud del cual el máximo tribunal rompería con su propia línea jurisprudencial construida dos años anteriores⁴²². Dicho fallo revocaría la decisión de la Corte de Apelaciones de Valdivia en enero de 2014 (que había acogido lo sostenido por la comunidad indígena recurrente, ordenando la necesidad de practicar un proceso de consulta de conformidad a las exigencias del Convenio⁴²³), y señalaría medularmente que, la consulta, ya se había efectuado al haberse ajustado a lo previsto en el DS N°124 del año 2009 del MIDEPLAN, estableciendo, en ese sentido, que en virtud de tal decreto: “(...) la consulta tenía por objeto la información de los pueblos indígenas y la recepción de observaciones respecto del proyecto, requisitos que en la especie se cumplieron”⁴²⁴. Como es posible apreciar, resulta criticable que para la Corte Suprema, la manifestación del carácter autoejecutable de la consulta se haya visto satisfecho a partir de lo previsto en una norma administrativa interna, que al igual que los mecanismos de participación ciudadana contenidos en la legislación ambiental, restringía severamente sus alcances. Como bien destacó Fuenzalida a propósito de este fallo, la

⁴²¹A modo ilustrativo, como bien destaca Fuenzalida, durante los años 2012 y 2013, nuestra Corte Suprema: “(...) fue exigiendo para aquellos proyectos económicos susceptibles de afectar las tierras y recursos naturales de los pueblos indígenas llevar adelante un proceso de consulta de conformidad con las exigencias propias del Convenio 169 de la OIT”. FUENZALIDA, Sergio. Op. Cit., 2015, p. 151. Véase, a modo de ejemplo del acercamiento a los estándares internacionales de la consulta, entre otras, las sentencias: Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol N° 782-2010, sentencia de 21 de diciembre de 2010, C° 10 y 11; y, Corte Suprema, Rol N° 258-2011, sentencia del 13 de julio del año 2011, Considerando 8° (relativas al proyecto “Actualización Plan Regulador San Pedro de Atacama”); véase también: Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol N° 239-2011, sentencia de 11 de octubre de 2011, Considerando 8°; y Corte Suprema, Rol N° 10.090-2011, sentencia del 22 de marzo del año 2012, Considerandos, 8° y 10° (relativas al proyecto: “Parque Eólico Chiloé”). En esa misma línea, véase: La sentencia de la Corte Suprema, Rol N°11.040-2011, de 30 de marzo de 2012, Considerando 7 (relativa al proyecto minero “Sondajes de Prospección Paguanta”); Otro ejemplo lo constituye la Sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 3010-2013, del 26 de septiembre de 2013, considerandos 8°, 9° y 10°.

⁴²² Véase: FUENZALIDA, Sergio. Op. Cit., 2015, p. 171-174.

⁴²³ CORTE DE APELACIONES DE VALDIVIA, Rol N° 2149-2013, sentencia del 3 de Enero de 2014, Considerando 8°.

⁴²⁴ Corte Suprema, Rol N° 1515-2014, sentencia del 22 de abril de 2014, Considerando 8°.

jurisprudencia de nuestra Corte Suprema: “(...) ha tenido una involución dramática y sin precedentes en la materia, que de consolidarse pone en grave riesgo la efectividad del derecho a la consulta indígena”⁴²⁵.

Así las cosas, si bien esta breve revisión jurisprudencial revela una clara tendencia a desarrollar razonamientos más acordes a los estándares internacionales⁴²⁶, también revela (especialmente en la jurisprudencia de la Corte Suprema), la existencia de abruptos cambios de criterio, que configuran una problemática que aún persiste en la actualidad⁴²⁷. En ese sentido, es esperable que a futuro se pueda superar tal inestabilidad, atendido lo perentorio que resulta otorgar la necesaria seguridad jurídica en la aplicabilidad de la consulta, y cuya coherencia demanda observar los estándares internacionales a la hora de materializar su cualidad autoejecutable (en tanto demostración básica del compromiso asumido voluntaria y soberanamente por el Estado de Chile, de cumplir de buena fe el Convenio). Lo contrario, no sólo terminaría amputando el grado de manifestación del carácter self-executing de la consulta en nuestro derecho interno, sino de la generalidad de la normativa del Convenio, en tanto tal derecho (como hemos enfatizado), se erige como su piedra angular y la base para la aplicabilidad de sus demás disposiciones.

3.2.3. CONSIDERACIONES RELATIVAS A OTRAS DISPOSICIONES DEL CONVENIO:

Si bien la preceptiva autoejecutable de la consulta ha sido la protagonista indiscutida de los razonamientos judiciales en sede ordinaria, cabe destacar el interesante rol que han cumplido otras disposiciones del Convenio que, pese a no ser autoejecutables, han

⁴²⁵ FUENZALIDA, Sergio. Op. Cit., 2015, p. 151.

⁴²⁶ Véase, a modo ilustrativo del acercamiento a los estándares internacionales de la consulta: Corte Suprema, Rol N° 65349-2016, sentencia de 30 de enero de 2017, Considerando 8° (relativa al proyecto “Terminal GNL Penco Lirquen”); En esencia, el máximo tribunal, atendido los estándares internacionales del Convenio, e implícitamente el carácter self-executing del derecho de consulta, ordenó la continuación del proceso de consulta, que se había terminado abruptamente meses antes de la RCA del proyecto aludido.

⁴²⁷ Véase, a modo ilustrativo de la persistencia de la tesis restrictiva de la consulta: 2° Tribunal Ambiental, Rol N° 54-2014, sentencia del 1 de diciembre de 2015, Considerando 40; Ratificada por: Corte Suprema, Rol, N° 817-2016, sentencia del 19 de mayo de 2016 (donde, el estándar de susceptibilidad de afectación, para la procedencia de la consulta indígena, se concibió en términos de certeza y no posibilidad, en discrepancia con los estándares internacionales). Véase, además: Corte Suprema, Rol N° 2025-2019, sentencia de 6 de enero de 2020, C° 16, 24 y 25, y voto en contra del Ministro Sr. Sergio Muñoz, C° 4 (relativa al Caso: Comunidad indígena Diaguita Patay Co y otros, y proyecto denominado “Modificaciones Proyecto Pascua Lama”). En esencia, el máximo tribunal desestimaría la procedencia de la consulta por cuanto bastó el hecho de que la autoridad ambiental haya satisfecho los requerimientos exigidos por la Ley N° 19.300, en concordancia con la Ley N° 19.880. Como bien discrepó el Ministro Muñoz en su voto disidente: “(...) la sola información no constituye un acto de consulta, porque cuando únicamente se entregan antecedentes, quien los recibe no tiene posibilidad de influir en la decisión. Por ello es que este diálogo ha de tenerse de buena fe, con la intención de alcanzar acuerdos y con la libre y efectiva participación de organismos representativos”.

desempeñado una importante labor a la hora de interpretar y dar sentido a nuestra legislación doméstica (por ejemplo, respecto de la Leyes Indígena y Ambiental), incidiendo especialmente en la ampliación del concepto legal de tierras indígenas, integrándose el concepto de territorios y el estrecho vínculo que los pueblos indígenas tienen con ellos.

Por lo demás, lo anterior también se encuentra íntimamente ligado a la procedencia de la consulta, específicamente a la hora de evaluarse la susceptibilidad de afectación a una comunidad ante un determinado proyecto (requisito para su aplicabilidad). En efecto, como bien destaca Meza-Lopehandía, una cuestión significativa: “(...) es la afectación entendida en su dimensión cultural, es decir, el modo en que el concepto de afectación se diversifica y amplía al adoptar la perspectiva del multiculturalismo liberal. Un indicador relevante en este punto es el grado en que la noción de hábitat indígena ha permeado el concepto legal de tierra indígena”⁴²⁸. En esa línea: “(...) el Convenio protege la relación, identitariamente constitutiva, que los pueblos indígenas mantienen con sus tierras y territorios, aun cuando no estén exclusivamente ocupadas por ellos, incluyendo la relación espiritual que tengan con aquellas. De esta manera, la medida en que dicha apertura se haya logrado, incide directamente en la procedencia de la consulta, pues la susceptibilidad de afectación debe evaluarse a partir de este entendimiento ampliado de tierra indígena”⁴²⁹.

Así las cosas, con el propósito de revelar el interesante rol que han cumplido ciertas disposiciones del Convenio, distintas de la consulta (protagonista incuestionable en esta materia), y pese a no ser autoejecutables, procederemos a destacar algunas sentencias ilustrativas de estos aspectos en los siguientes párrafos.

Desde un punto de vista paradigmático, cabe destacar primeramente la sentencia de la Corte Suprema Rol N° 2840-08, del 25 de noviembre de 2009, donde el máximo tribunal, ratificando lo razonado por la Corte de Apelaciones de Iquique⁴³⁰, utilizó el Convenio para interpretar el artículo 64 de la Ley indígena⁴³¹. Como bien explican Contesse y Lovena: “Se

⁴²⁸ MEZA-LOPEHANDÍA, Matías (2016). “La jurisprudencia del multiculturalismo en Chile: La consulta previa indígena ante tribunales”. En: Universidad de Valparaíso: Revista de Ciencias Sociales. N° 69. pp. 13-52. p.37.

⁴²⁹ *Ibid.*, p.37-38.

⁴³⁰ CORTE DE APELACIONES DE IQUIQUE, Rol N° 817-2006, sentencia de 9 de abril de 2008.

⁴³¹ Artículo 64 de la Ley 19.253, conocida como Ley Indígena: “Se deberá proteger especialmente las aguas de las comunidades Aymaras y Atacameñas. Serán considerados bienes de propiedad y uso de la Comunidad Indígena establecida por esta ley, las aguas que se encuentren en los terrenos de la comunidad, tales como los ríos, canales, acequias y vertientes, sin perjuicio de los derechos que terceros hayan inscrito de conformidad al Código General de Aguas”.

trata del caso en que la comunidad aimara Chusmiza-Usmagama obtuvo una regularización de derechos de aprovechamiento de agua, a la cual se opuso la empresa Agua Mineral Chusmiza S.A.I.C., y en el que, en una sentencia recaída sobre un recurso de casación en la forma y en el fondo (y no, como en los casos anteriores, una acción de protección), la Corte Suprema dio reconocimiento a la propiedad ancestral que tiene la comunidad indígena sobre el uso de las aguas que escurren por el territorio de su comunidad⁴³².

En efecto, el máximo tribunal, a la hora de examinar el artículo 64 de la Ley Indígena, que establecía una protección especial para las aguas que “se encuentren en los terrenos de la comunidad”, declaró que la interpretación de dicha expresión: “(...) referida a aquellas tierras que, pese a ser de dominio ajeno, hayan sido utilizadas ancestralmente por los pueblos indígenas, es la única que posibilita el cumplimiento del deber de la sociedad en general y del Estado en particular, de respetar, proteger y promover el desarrollo de los indígenas, sus culturas, familias y comunidades, adoptando las medidas adecuadas para tales fines y proteger las tierras indígenas, velar por su adecuada explotación, por su equilibrio ecológico y propender a su ampliación⁴³³. En esa línea, tal expresión “(...) no se refiere sólo a las aguas ubicadas en inmuebles inscritos de propiedad de la comunidad, sino también a las aguas que, no obstante estar situadas en predios inscritos a favor de terceros, abastezcan a la colectividad indígena, pues lo que esta norma busca proteger es, esencialmente, el abastecimiento de agua para dichas comunidades indígenas (...)”⁴³⁴.

Para su razonamiento, destacó que: “(...) resulta orientador, al determinar la correcta aplicación del mentado artículo 64, considerar el Convenio N° 169 (...) cuyo artículo 15, N° 1º, preceptúa que: ‘Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente’, disposición que debe relacionarse con el artículo 13, N° 2º, del mismo Convenio, cuando señala: “La utilización del término ‘tierra’ en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera⁴³⁵. Y añadiría en ese sentido, que: “(...) no resulta acorde con el espíritu de la ley ni con el instrumento internacional aludido, restringir la presunción sólo a las aguas que escurren en terrenos de propiedad de la comunidad, sino que, tal como lo hicieron los

⁴³² CONTESSE, Jorge y LOVERA, Domingo, Op. Cit., 2011, p.148.

⁴³³ CORTE SUPREMA, Rol N° 2840-2008, Sentencia del 25 de noviembre del año 2009, Considerando 7.

⁴³⁴ *Ibíd.*, Considerando 7.

⁴³⁵ *Ibíd.*, Considerando 7.

jueces del grado, los términos 'terrenos de la comunidad' deben interpretarse en consideración al objetivo final buscado por la norma, cual es garantizar el abastecimiento de las aguas y que es precisamente lo que pretende la comunidad peticionaria, lo que por cierto es coherente con entender que la protección alcanza a todas las aguas que se emplazan en los territorios que, desde tiempos precolombinos, han sido ocupados o utilizados de alguna manera por las comunidades beneficiadas⁴³⁶.

Como es posible apreciar, los artículos 13, N°2, y, 15, N°1, del Convenio, pese a no ser autoejecutables, desempeñaron un interesante rol, complementando lo razonado por la Corte Suprema a la hora de conciliar lo dispuesto en nuestro derecho interno, con lo establecido en el Convenio, ampliando el concepto legal de tierra indígena a partir de la inclusión del concepto de territorios, y ajustando su interpretación a los estándares internacionales (no una perspectiva restrictiva limitada al espacio físico ocupado).

Además del caso anterior, cabe destacar la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 289-2010, del 10 de agosto del año 2010, donde, a la luz de una acción de protección, se declaró que la tala de árboles sagrados en el cerro Colo-Colo (declarado monumento nacional) de parte de la Ilustre Municipalidad de Arauco, resultaba arbitraria e ilegal, por cuanto no se justificó la omisión de la consulta a las comunidades indígenas del sector, transgrediéndose lo dispuesto en los artículos 6 y 13 del Convenio⁴³⁷.

En efecto, la Corte de Apelaciones de Concepción, además de darle aplicación a la normativa autoejecutable de la consulta (contenida en el artículo 6 del Convenio), da cuenta de la importancia del artículo 13, N°1 (disposición no autoejecutable), a la hora de reconocerse el especial vínculo que tenían las comunidades indígenas para con su territorio, al destacar que el Convenio: "En su artículo 13 dispone que al aplicar sus disposiciones los gobiernos deben respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras y territorios que ocupan o utilizan de alguna otra manera"⁴³⁸. Si bien señalaría: "Que no se discute la pertinencia de la intervención del cerro, sino la falta de consulta a los pueblos indígenas, no obstante la certeza de la importancia que el lugar representa para su cultura y que amerita el máximo

⁴³⁶ Ibid., Considerando 7.

⁴³⁷ CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN, Rol N° 289-2010, sentencia del 10 de agosto del año 2010, Considerandos 9 y 11.

⁴³⁸ Ibid., Considerando 7.

respeto a sus tradiciones y sentir propio de las mismas”⁴³⁹; destacaría que: “(...) es indudable que el proceder de la recurrida, I. Municipalidad de Arauco, ha vulnerado el derecho a la integridad síquica de los recurrentes, por cuanto no cabe duda que la intervención y destrucción de su patrimonio cultural conduce a una sensación de falta de respeto a su identidad social, a sus costumbres y tradiciones, así como a la conservación de las características propias de su etnia, produciendo naturalmente desazón y gran preocupación, que llevan a concluir que se ha conculcado la garantía constitucional consagrada en el artículo 19 N° 1, de la Constitución Política de la República”⁴⁴⁰.

Así las cosas, se revela, incluso, que a la hora de analizarse la autoejecutabilidad de la consulta, este entendimiento ampliado de tierra indígena, destacado a partir del artículo 13 del Convenio, juega un papel importante, a pesar de fundamentarse en normativa que no ha sido calificada como autoejecutable, fortaleciendo la manifestación del carácter self-executing de la consulta.

Otra sentencia relevante es la Rol N° 6628-2015, pronunciada por la Corte Suprema, el 4 de mayo del año 2016, a la hora de rechazar una demanda de constitución de servidumbre legal minera de ocupación, operación, tránsito y tendido eléctrico en contra del Fisco de Chile. El máximo tribunal, en uso de la facultad prevista en el artículo 775 del Código de Procedimiento Civil (en adelante “CPC”) anuló la sentencia de la Corte de Apelaciones de Iquique⁴⁴¹, por la omisión del requisito estatuido en el artículo 170, N° 4, del CPC (omisión de consideraciones de hecho y derecho que sirven de fundamento a la sentencia) en relación con el número 5°, del Auto Acordado, de la Corte Suprema, de 30 de septiembre de 1920, en tanto, el fallo de primera instancia -reproducido por el de segunda atacada- omitió referencia alguna a la circunstancia alegada por el demandado, de emplazarse la servidumbre solicitada, sobre áreas de desarrollo indígena (ADI)⁴⁴².

En esa línea, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 785 del CPC, la Corte Suprema dictó sentencia de reemplazo, revocando la sentencia de primer grado, y destacando, a propósito del Convenio, que el mismo efectivamente se integraba a aquella institucionalidad que limitaba el ejercicio de los derechos de propiedad, en tanto esto último:

⁴³⁹ Ibid., Considerando 10.

⁴⁴⁰ Ibid., Considerando 12.

⁴⁴¹ CORTE DE APELACIONES DE IQUIQUE, Rol N° 134-2015, sentencia del 17 de abril de 2015

⁴⁴² CORTE SUPREMA, Rol N° 6628-2015, Sentencia de 4 de mayo del año 2016, Considerandos 6, 7 y 8.

“(…) genéricamente considerado, no obstante su protección constitucional, no corresponde a una prerrogativa absoluta, sino que reconoce limitaciones, pues expresamente nuestra Constitución Política de la República restringe el ejercicio de este derecho, mediante la fórmula de la función social de la propiedad y, además, prevé la posibilidad que la ley establezca limitaciones a las facultades que le son inherentes”⁴⁴³.

En efecto, el máximo tribunal, además de considerar a la ley N°19.300, y demás normativa medioambiental aplicable, señaló que: “Ejemplo de estas limitaciones, las encontramos en el Convenio OIT N° 169, desde que su artículo 13 establece a los gobiernos, la obligación de respetar la importancia que las tierras revisten para los pueblos interesados, añadiendo el artículo 14, que se debe reconocer a los mismos, el derecho de propiedad y el acceso a los territorios en que tradicionalmente han tenido acceso para sus actividades culturales y de subsistencia, adicionando el artículo siguiente, que la especial protección que se debe dispensar respecto de los derechos a los recursos naturales existentes en sus tierras, y la obligación directa, en el caso de los recursos minerales que le pertenecen al Estado, como es el caso de nuestra legislación, de mantener procedimientos de consulta con los pueblos interesados y su participación en los beneficios que la explotación de dicha riqueza reporte”⁴⁴⁴.

Así las cosas, a pesar de que la ley permitía constituir concesiones mineras cubriendo todo tipo de terrenos, se señalaría que los titulares de dichas concesiones no podían imponer forzosamente servidumbres, sino de conformidad a la institucionalidad que limitaba el ejercicio de los derechos de propiedad, y dentro de lo cual se incluyó la preceptiva recién destacada del Convenio, pese a no ser autoejecutable⁴⁴⁵.

A mayor abundamiento, otra sentencia, más reciente y demostrativa del interesante rol que han cumplido, especialmente los artículos 13 y 15 del Convenio (pese a no ser autoejecutables), a la hora de complementar y dar mayor sentido a las interpretaciones judiciales, ha sido el fallo de la Corte Suprema, Rol N° 12.988-2019, del 12 de febrero de 2020, que anuló de oficio la sentencia derivada de la Corte de Apelaciones de Arica, Rol

⁴⁴³ *Ibíd.*, Sentencia de Reemplazo, de 4 de mayo del año 2016, Considerando 3.

⁴⁴⁴ *Ibíd.*, Sentencia de Reemplazo, Considerando 3.

⁴⁴⁵ *Ibíd.*, Sentencia de Reemplazo, Considerando 5 y 6.

N° 93-2019⁴⁴⁶, al encontrarse afecta a los vicios que dan lugar a la casación en la forma, y respecto de los cuales el artículo 775 del CPC autoriza para proceder de oficio.

El caso se refirió a una solicitud de regularización de Derechos de Aprovechamiento de aguas superficiales, emplazados en la comuna de General Lagos, Región de Arica y Parinacota, por parte de integrantes de la Comunidad Indígena Histórica y Sucesorial del Pueblo Aymara en la localidad de Tiacolpa, ante la Dirección General de Aguas (DGA), quienes sostenían que poseían estas aguas desde hace más de 40 años, al haber sido traspasadas de generación en generación desde tiempos inmemoriales, y que las utilizaban en su calidad de integrantes de tal comunidad para el riego de bofedales que, a su vez, servían de alimento para sus animales⁴⁴⁷. Tales aspectos servirían de antecedente para que la Corte Suprema ejerciera sus facultades de oficio conforme el artículo 775 del CPC, casando la sentencia impugnada de la Corte de Apelaciones de Arica por carecer de consideraciones de hecho y derecho. En efecto, se haría énfasis en la desconsideración de la calidad de indígenas de los solicitantes, y en el hecho de que los derechos de aprovechamiento en comento se ubicaban en tierras indígenas ancestrales, motivos por los cuales se acogería parcialmente la solicitud de regularización de derechos de aprovechamiento de aguas, a favor de la comunidad en comento.

Para fundamentar su decisión, la Corte Suprema, además de destacar una serie de preceptos de la Ley Indígena, entre los que menciona su artículo 1 (de conformidad al cual los solicitantes eran integrantes de una comunidad indígena reconocida y protegida), y su artículo 64 (destacado con anterioridad⁴⁴⁸), agregarían a su razonamiento que: "A su turno, el Convenio N° 169 de la OIT dispone en su artículo 13: "Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación"⁴⁴⁹. Y añadieron que: "El mismo cuerpo normativo, en su artículo 15, preceptúa: "Los derechos de los pueblos interesados a los

⁴⁴⁶ CORTE DE APELACIONES DE ARICA, Rol N° 93-2019, sentencia de 17 de abril de 2019.

⁴⁴⁷ CORTE SUPREMA, Rol N° 12.988-2019, del 12 de febrero de 2020, Considerando 1.

⁴⁴⁸ *Ibíd.*, Considerando 9. Artículo 1, Ley Indígena N° 19.253: "Para los efectos de esta ley se entenderá por Comunidad Indígena, toda agrupación de personas pertenecientes a una misma etnia indígena y que se encuentren en una o más de las siguientes situaciones: a) Proviengan de un mismo tronco familiar; b) Reconozcan una jefatura tradicional; c) Posean o hayan poseído tierras indígenas en común; d) Proviengan de un mismo poblado antiguo".

⁴⁴⁹ *Ibíd.*, Considerando 9.

recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos"⁴⁵⁰.

En esa línea, se destacaría: "Que las normas transcritas permiten concluir que la ley contempla la existencia de usos ancestrales por personas pertenecientes a los pueblos originarios, que de forma colectiva o individual - esto último, siempre en tanto miembros de una comunidad - ejercen un derecho consuetudinario que es reconocido por el legislador"⁴⁵¹; añadiéndose, en ese orden de ideas, que: "(...) de la sola lectura de la sentencia recurrida fluye que no razona en torno a ese uso ancestral alegado por los actores y la influencia que la normativa específica que lo rige tiene sobre el análisis que se haga, en relación al cumplimiento de los presupuestos requeridos por el artículo 2° transitorio del Código de Aguas, para la regularización de derechos de aprovechamiento por parte de personas pertenecientes a pueblos indígenas. Por el contrario, manifiesta que la utilización de las aguas no ha sido acreditada, en circunstancias que ella se encuentra reconocida, protegida y regulada de manera especial"⁴⁵².

Lo anteriormente expuesto autorizó a la Corte Suprema para anular de oficio la sentencia recurrida, de conformidad al artículo 775 del CPC, dado el vicio en comento. Pero además, reveló como los artículos 13 y 15 del Convenio, disposiciones no autoejecutables, complementaron su razonamiento a la hora de reconocerle el uso ancestral de aguas a la comunidad indígena en comento, motivo por el cual se acogería parcialmente su solicitud de regularización de derechos de aprovechamiento de aguas en el caso⁴⁵³.

Así las cosas, atendida esta panorámica general referida a aquellas disposiciones del Convenio - distintas de la consulta indígena - que han integrado los razonamientos de nuestros tribunales superiores de justicia, fue posible divisar el especial rol que han cumplido los artículos 13 y 15 del Convenio, pese a no ser autoejecutables, ampliando el concepto legal de tierras indígenas, a partir de la incorporación del concepto de territorios y la relación, identitariamente constitutiva, que los pueblos indígenas mantienen con ellos, aun cuando no los ocupen materialmente. Son tales preceptos, distintos de la consulta indígena, los que han

⁴⁵⁰ *Ibíd.*, Considerando 9.

⁴⁵¹ *Ibíd.*, Considerando 10.

⁴⁵² *Ibíd.*, Considerando 10.

⁴⁵³ *Ibíd.*, Sentencia de Reemplazo, del 12 de febrero de 2020.

tenido una incidencia significativa en los razonamientos de nuestros tribunales superiores de justicia, resultando interesante su rol por cuanto no han sido integrados a la categoría de normas autoejecutables del Convenio.

A mayor abundamiento, cabe destacar que si bien estas sentencias, desde un punto de vista paradigmático, representan algunos de los aspectos centrales en materia de propiedad indígena, resulta necesario un avance que consolide con mayor profundidad su protección frente a los derechos de propiedad del Estado y de los particulares, y respecto de lo cual, la observación de los estándares internacionales del Convenio a la hora de protegerse sus derechos, juega un papel gravitante que no cabe desconsiderar.

3.3. OBSERVACIONES Y CRÍTICAS GENERALES AL TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL CHILENO, ESPECIALMENTE A PARTIR DE LA CONSIDERACIÓN DEL CONVENIO COMO UN TRATADO INTERNACIONAL EN MATERIA DE DD.HH.

Como fue posible apreciar, tanto en nuestra jurisprudencia constitucional, como en derivada de nuestros tribunales superiores de justicia, se han desarrollado una variedad de aspectos que han fijado las bases jurídicas elementales asociadas a la autoejecutabilidad de la normativa del Convenio. Si bien ha sido en sede constitucional donde se ha desarrollado mayormente esta problemática (razón por la cual se analizarán con mayor detención sus planteamientos, siendo más superficial el tratamiento de nuestros tribunales superiores de justicia), es posible apreciar que, desde un punto de vista general, nuestra jurisprudencia no examina con mayor profundidad la pluralidad de aspectos derivados de la calidad de tratado en materia de DD.HH. del Convenio, y de cuya interacción, estimo, no estaría libre la doctrina de la autoejecutabilidad.

En esa línea, desarrollaremos en los siguientes párrafos una serie de puntos que, además de sintetizar los lineamientos centrales fijados por nuestra jurisprudencia, buscan analizar y cuestionar sus planteamientos, esencialmente a partir de la consideración del Convenio como instrumento internacional en materia de DD.HH., incorporando elementos que fortalecerían o aumentarían la traducción de su mérito autoejecutable en el plano doméstico, sin perjuicio de las legítimas discrepancias que puedan suscitarse.

3.3.1. NECESIDAD DE INCORPORAR EN EL ANÁLISIS RELATIVO A LA AUTOEJECUTABILIDAD DE LA NORMATIVA DEL CONVENIO, LA PLURALIDAD DE ASPECTOS DERIVADOS DE SU CALIDAD DE TRATADO EN MATERIA DE DD.HH.

Dado que la médula de nuestras críticas relativas al tratamiento jurisprudencial chileno, a propósito de la autoejecutabilidad de la normativa del Convenio, derivan esencialmente a partir de su consideración como tratado en materia de DD.HH., resulta fundamental desarrollar, primeramente, las razones fundamentales a partir de las cuales se justifica una incorporación más profunda de la presente arista, en el análisis relativo a la autoejecutabilidad de la normativa del Convenio.

Según se ha destacado, existe un importante sector de la doctrina que identifica ciertas particularidades asociadas a los tratados de DD.HH., de cuya interacción no estaría libre la doctrina de la autoejecutabilidad (más aún cuando tal aspecto juega un papel trascendental a la hora de posibilitar su aplicabilidad directa). De allí la relevancia de haber examinado las razones fundamentales a partir de las cuales el Convenio podía considerarse como un instrumento internacional en materia de DD.HH., por cuanto las principales líneas argumentales a favor de su mérito autoejecutable tienen como base la concurrencia de tal estatus. En esa línea, cabe anticiparnos y adherir a la necesidad de que, en el tratamiento interno relativo a la autoejecutabilidad del Convenio, se incorpore con mayor profundidad la pluralidad de aspectos derivados de su calidad de tratado de DD.HH., ya sea aplicando bajo tales estándares su normativa que ya es autoejecutable, o bien, para cumplir bajo tales parámetros, la obligación de hacer existente con respecto a su normativa non-self-executing.

Si se considera la relevancia de esta materia, en aspectos como: La importancia y jurisprudencia basada en el principio pro homine⁴⁵⁴, y la normativa constitucional chilena que lo consagra⁴⁵⁵; El paulatino reconocimiento del llamado Bloque Constitucional de Derechos

⁴⁵⁴ Véase: HENDERSON, Humberto, (1999): "Los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine", en Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, (San José Costa Rica, Nº 39), p. 83-86; p.87 y ss. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R06729-3.pdf>

⁴⁵⁵ Explica Nogueira que: "Dicho principio favor persona o pro homine tiene su fundamento en el artículo 1º, incisos primero y cuarto, de nuestra Constitución, como, asimismo, de la norma de reenvío del artículo 5º inciso 2º al derecho internacional convencional que contenga derechos esenciales y sus garantías, dentro de los cuales se encuentran las principales convenciones y tratados de derechos humanos, los cuales contienen el principio favor persona, como es el caso del artículo 5º del PIDCP de Naciones Unidas y el artículo 29, literal b, de la CADH, para solo señalar algunos de dichos tratados". NOGUEIRA, Humberto (2015). El Bloque Constitucional de Derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: Doctrina y Jurisprudencia. Estudios constitucionales, 13(2), 301-350. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002015000200011>. p. 314.

Fundamentales en nuestra jurisprudencia⁴⁵⁶; El desarrollo y especificación del DIDH (alcanzando la problemática indígena desde una perspectiva colectiva y favorable a su autonomía); La historia del establecimiento del artículo 5, inciso 2°, de la CPR (cuyo objetivo general decía relación con el fortalecimiento de los DD.HH.⁴⁵⁷), y el deber constitucional que impone a los órganos del Estado, consistente en respetar y promover los DD.HH. garantizados en los tratados ratificados y vigentes; O el hecho mismo de considerar los principios de buena fe y pacta sunt servanda aplicables en esta materia (entre otros elementos); constituyen aspectos que, por su naturaleza y contundencia misma, fundamentan categóricamente más su inclusión, que su desconsideración, en el análisis relativo a la autoejecutabilidad de la normativa Convenio, atendida su calidad de tratado de DD.HH..

De allí que destaquemos mayormente en los siguientes párrafos, una serie de aristas que, además de criticar el tratamiento jurisprudencial chileno del Convenio, permitan postular, con mayor integridad, la necesidad de que se incorporen algunos elementos favorables al fortalecimiento de su mérito autoejecutable en el plano doméstico, a partir de su consideración como instrumento internacional en materia de DD.HH. a favor de los pueblos indígenas.

3.3.2. CONCEPCIÓN PREDOMINANTEMENTE OBJETIVA A LA HORA DE DETERMINARSE EL CARÁCTER AUTOEJECUTABLE EN EL CONVENIO, Y LA

⁴⁵⁶ Destaca Nogueira que: “A partir del análisis efectuado, es posible determinar la existencia de un avance jurisprudencial claro de la Corte Suprema en los últimos años en materia del reconocimiento y aplicación del bloque constitucional de derechos, frente a un incipiente reconocimiento implícito del mismo por el Tribunal Constitucional a partir de algunas sentencias de 2014. En el ámbito de las fuentes del bloque de constitucionalidad de derechos fundamentales y la aplicación del control de convencionalidad, la Corte Suprema asume los derechos asegurados por el texto formal de la Constitución, los derechos implícitos, los atributos y garantías de los derechos asegurados por vía de tratados ratificados y vigentes, por vía del derecho internacional consuetudinario como a través de principios de *ius cogens*, asimismo ha explicitado la obligación jurídica de seguir los estándares mínimos de atributos y garantías de derechos determinados por las fuentes del derecho internacional y la jurisprudencia de la Corte IDH. El Tribunal Constitucional solo más recientemente ha tímidamente mencionado el bloque constitucional de derechos en 2014, asumiendo los derechos implícitos, los atributos de los derechos y sus garantías contenidos en el derecho convencional internacional ratificado y vigente, como los contenidos en el derecho imperativo internacional (*ius cogens*), sin pronunciarse aún respecto de los derechos asegurados por el derecho internacional consuetudinario, aceptando muy recientemente la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte IDH y asumiendo su carácter de intérprete auténtica del corpus *iuris* interamericano y su carácter de estándar mínimo vinculante para el Estado chileno”. *Ibid.*, p 341-342.

⁴⁵⁷ Véase: NASH, Claudio (2012). “Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno”. Santiago. Chile: Centro de Derechos Humanos. Universidad de Chile. ISBN 978-956-19-0784-3 <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/142503/Derecho-internacional-de-los-derechos-humanos-en-Chile.pdf?sequence=1>, p 21 y ss.

NECESIDAD DE INCORPORAR EN SU ANÁLISIS, LAS CONDICIONES Y ASPECTOS SUBJETIVOS DERIVADOS DE SU CALIDAD DE TRATADO EN MATERIA DE DD.HH..

Atendido lo desarrollado con anterioridad, a partir del estatus de tratado de DD.HH. del Convenio, es posible sostener, no sólo la consideración exclusiva de factores objetivos (relativos a la precisión y suficiencia normativa) a la hora de otorgarse la procedencia del carácter self-executing en el Convenio, sino también aquellos de orden subjetivo, justamente a partir de su calidad de instrumento en materia de DD.HH. Como fue posible apreciar, tanto nuestra jurisprudencia constitucional, como la derivada de nuestros tribunales superiores de justicia, parecen observar predominantemente condiciones y aspectos objetivos (como, por ejemplo, la concurrencia de un lenguaje perentorio e imperativo, como la expresión “deberán”), sin embargo, no parecen integrar con profundidad en su análisis, la incidencia o interacción de otros elementos, como el relativo a su calidad de tratado en materia de DD.HH. Hubiera sido valioso que nuestra jurisprudencia hubiera esclarecido con profundidad tal interacción, ya sea para descartarla o incluirla en el análisis, atendida, además, la importancia que juegan estos elementos en la aplicabilidad de los DD.HH. contenidos en un tratado⁴⁵⁸.

Según vimos en el capítulo primero de esta memoria, existe un importante sector de la doctrina que aboga por la observancia de condiciones y aspectos subjetivos (relativos a la intención de las partes) derivados de la calidad de tratado en materia de DD.HH. de un instrumento, postulando, a partir de la naturaleza propia de su contenido, una presunción de autoejecutabilidad que operaría a su favor que, gradualmente, ha sido reconocida en nuestra jurisprudencia, y que consiste en restringir a un ámbito mínimo - ya sea por texto expreso o por la amplitud del texto del tratado - aquellas disposiciones non-self-executing (es decir,

⁴⁵⁸ En sede constitucional, es posible notar, con relación al artículo 5, inciso 2°, de la CPR, que para el TC, aquél precepto, no tenía la virtud de elevar a una jerarquía constitucional los tratados, sino la de reforzar la obligación que tenían los órganos del Estado en materia de DD.HH., donde el deber de respetarlos, se refería al imperativo de hacer cumplir las normas que los contienen, cuando éstas son suficientemente autónomas para ejecutarse sin necesidad de una regulación adicional; Y, que la obligación de promoverlos, aludía a la necesidad de remover los obstáculos que dificultan su libre ejercicio. Lo anterior es extrapolable, tanto para la aplicabilidad de la normativa autoejecutable del Convenio, como con relación a la obligación de hacer que existe para con su preceptiva no autoejecutable. No obstante, a mi juicio, lo anterior no resulta suficiente (Véase medularmente: STC, roles N°s. 2387-12-CPT y 2388-12-CPT acumulados, C° 13); Por su parte, nuestros tribunales superiores de justicia, tampoco se refieren con profundidad a la interacción entre el carácter autoejecutable, y el estatus de DD.HH. de un tratado, reproduciendo, prácticamente, la conceptualización objetiva brindada por el TC, a la hora de abordar las condiciones necesarias para la concurrencia del carácter self-executing., sin innovar a su respecto.

sólo por excepción las disposiciones de esta clase de tratados no serían autoejecutables)⁴⁵⁹. De allí la relevancia de considerar al Convenio como un tratado de DD.HH., al permitir la posibilidad de sostener algunas consideraciones relativas a la autoejecutabilidad de su normativa.

A modo ilustrativo de este planteamiento, cabe destacar, por ejemplo, lo señalado por Jeannette Irigoín, para quién: “La naturaleza de los tratados sobre derechos humanos, como la Convención Americana, cuyo objeto y fin es la protección de los derechos esenciales de la persona humana a través de la creación de un sistema de orden público internacional al que deben someterse los Estados en beneficio de las personas bajo su jurisdicción, hace indispensable que la mayor parte de sus disposiciones tengan el carácter de autoejecutable”⁴⁶⁰.

Por su parte, el profesor Nogueira ha destacado que: “el principio de eficacia directa o autoejecutividad de los derechos humanos, está dado por el hecho de que las normas sobre derechos tienen aplicación directa, salvo que sus enunciados normativos llamen a una intervención necesaria del legislador para otorgarles plena vigencia. Este principio busca impedir que se retarde o bloquee la aplicación de ellos mientras se dictan normas reglamentarias o secundarias. Dejar de cumplir los derechos constituye una forma de inconstitucionalidad por omisión, como asimismo dejar de cumplir los derechos asegurados en tratados constituye violar el tratado y la consiguiente responsabilidad estatal por los actos de sus agentes”⁴⁶¹; Y agrega que: “hoy es indiscutible que los tratados de derechos humanos

⁴⁵⁹ Véase: p. 29. y ss.; 43 y ss. del Cap. I de la presente memoria. Como destacamos, la adopción de una perspectiva subjetiva, según explica Lambeth, permitiría: “resolver ex ante, o presuponer el carácter autoejecutable o no de las disposiciones de un tratado internacional (...) es en tal sentido que la doctrina mayoritaria presupone, por ejemplo, que las disposiciones contenidas en tratados internacionales de derecho humanos son autoejecutables (...) el propósito de esta posición, así como de la Doctrina mayoritaria, además de establecer la presunción de la autoejecutabilidad de las disposiciones de los Tratados en materia de Derechos Humanos, busca restringir a un ámbito mínimo - ya sea por texto expreso o por la amplitud del texto del tratado- la consideración de las disposiciones no autoejecutables (...) El razonamiento que subyace en la jurisprudencia, aun cuando no utiliza de manera explícita estas categorías, parece mostrar que la jurisprudencia está adoptando de manera paulatina, la convicción por la presunción de autoejecutabilidad de las disposiciones de los tratados internacionales de Derechos Humanos” (LAMBETH, George. Op. cit., 2015, p. 53-55); Por su parte, Jiménez de Aréchaga, ha señalado que: “Una serie de pronunciamientos formulados en casos concretos planteados en los Estados Unidos pueden ser interpretados como estableciendo una especie de presunción en favor del carácter ejecutable de una disposición convencional (...) Se ha considerado que la disposición de un tratado es ejecutable por sí misma (“self-executing”), “a menos que contenga una estipulación expresa de ejecución por medio de una ley o pertenezca a esa categoría excepcional de tratados a los que no se puede, por su propia naturaleza, dar efecto como derecho “exproprio vigore” (JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. Op. Cit., 1988, p. 30.).

⁴⁶⁰ IRIGOIN, Jeannette. Op. Cit., 1996, p.299.

⁴⁶¹ NOGUEIRA, Humberto. Op Cit., 1997, p 37. En: LAMBETH, George. Op. Cit., 2015, p.55.

ratificados por Chile y que se encuentren vigentes son parte del derecho chileno y aplicables de inmediato si se trata de derechos civiles y políticos. Esto constituye una obligación para todos los órganos del estado, incluidos los órganos jurisdiccionales a los que les cabe un rol fundamental en la materia”⁴⁶².

Lo anterior, es concordante, por lo demás, con lo planteado por Eduardo Jiménez de Aréchaga (uno de los principales propulsores de la presente corriente doctrinaria), para quién: “(...) otra materia que por su naturaleza se presta por sí misma a ser ejecutable (‘Self-Executing’) es la relativa a derechos humanos”⁴⁶³. Si bien precisa que: “Esto no significa que todas las disposiciones de una Convención sobre Derechos Humanos sean ejecutables por sí mismas (‘Self-Executing’). Hay a menudo disposiciones programáticas, especialmente en el campo de los derechos sociales y económicos, que no pueden ser ejecutados sin una acción legislativa del Estado(...)”⁴⁶⁴, agrega que: “(...) Para los demás, la conclusión debe ser en favor del carácter ejecutable por sí mismo (‘self-executing’) de las disposiciones de una convención de esta especie y de su exigibilidad directa e inmediata. Ello es así porque el objeto y razón de ser una Convención de Derechos Humanos, así como la clara intención de sus autores es reconocer en favor de individuos, como terceros beneficiarios, ciertos derechos y libertades fundamentales, y no regular las relaciones entre los Estados partes”⁴⁶⁵. De allí que sostenga, a propósito de esta clase de tratados, la concurrencia de una presunción de autoejecutabilidad a favor de su normativa, destacando que: “(...) no es suficiente que un artículo haga referencia a la ley, para que pierda auto-ejecutividad. Para que ello ocurra es necesario que la realidad y vigencia del derecho quede expresamente encomendada por el precepto al dictado de una ley o de medidas complementarias.”⁴⁶⁶.

⁴⁶² NOGUEIRA, Humberto. Op. Cit., 2000, p 262-263. Lambeth destacó que: “Nogueira haciendo una interpretación del régimen de tratados en la Carta Fundamental, sostiene que ella, en su artículo 50 N° 1, fundamenta la validez de los tratados, y no su aplicabilidad, porque establece precisamente el mecanismo de incorporación del tratado al derecho interno. Pero una vez incorporado, sería el propio tratado el que determina por sí mismo las condiciones de su aplicación”. Sin perjuicio de que post reforma constitucional de 2005, se estableciera el artículo 54 N°1 de la CPR, conforme esta interpretación se puede sostener que, el hecho de afirmar que el Convenio sea un Tratado de DD.HH., debiera considerarse tal característica a la hora de examinar la procedencia de su autoejecutabilidad (toda vez que el área de incidencia de esta doctrina justamente se manifiesta a propósito de la aplicabilidad directa de un tratado). LAMBETH, George. Op. Cit., 2015, p.54.

⁴⁶³ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. Op. Cit., 1988, p. 32.

⁴⁶⁴ Ibid.

⁴⁶⁵ Ibid.

⁴⁶⁶ Ibid., p. 35.

Según esta perspectiva, entonces, en principio, todas las disposiciones de un tratado de DD.HH. serían autoejecutables, y sólo por excepción no alcanzarían tal carácter⁴⁶⁷.

Atendido estos planteamientos, cabe señalar que la integración de estos elementos, en el análisis relativo a la autoejecutabilidad de la normativa Convenio, no nos parece descabellado, si se considera, por ejemplo, el tratamiento del que han sido objeto los tratados referidos a materias comerciales. En efecto, como destaca Santiago Montt "(...) los tribunales chilenos han sido del parecer, al menos implícitamente, que el GATT/ OMC y sus textos anexos constituyen tratados autoejecutables"⁴⁶⁸, destacando una serie de sentencias que confirman tal postura⁴⁶⁹, y señalando que "los TBIs son –en general y salvo que de su redacción pareciera lo contrario– tratados autoejecutables"⁴⁷⁰, es decir, se presumiría su autoejecutabilidad. Atendido lo anterior, no vemos razones de peso para negar una interpretación como ésta, a propósito de los tratados en materia de DD.HH., como el Convenio, y concederla a propósito de tratados referidos a materias comerciales. De allí que sea posible defender la necesidad de que en nuestra jurisprudencia se incorporen con mayor profundidad tales factores en el análisis relativo a la autoejecutabilidad del Convenio.

De esta forma, cabe sostener que, si bien me parece correcta la predominancia de una orientación objetiva para determinar el carácter self-executing (por cuestiones asociadas

⁴⁶⁷ Respecto de la autoejecutabilidad de los Tratados de DD.HH., véase además, por ejemplo: LAMBETH, George. Op. cit., 2015, p 54-55.; MONTT, Santiago y MATTA, Manuel. Op. cit., 2011, p 166 y ss.; AYLWIN, J., CARMONA, C., MEZA-LOPEHANDÍA, M., SILVA, H., & YÁÑEZ, N. Op. cit., 2009, p. 83 y ss.

⁴⁶⁸ MONTT OYARZÚN, Santiago, Op Cit., 2005, p.42.

⁴⁶⁹ "Ver fallo de la Corte Suprema sobre recurso de queja de fecha 28 de diciembre de 1983 en el que declara "que es un hecho no discutido en dicho proceso que el recargo de un 100% de los tributos con que se gravó la patente anual del automóvil reclamante, resultó indebidamente aplicado, toda vez que dicho gravamen respecto de determinados vehículos motorizados no podía ser exigible, por cuanto contravenía lo dispuesto en el acuerdo general sobre aranceles aduaneros y comercio GATT, vigente desde marzo de 1949, tratado internacional que, una vez suscrito por Chile, no puede sufrir derogaciones, modificaciones o suspensiones por medio de disposiciones contenidas en preceptos legales de orden interno" (Citado por NOGUEIRA ALCALÁ, supra nota 50, pp. 372-373). Ver asimismo fallo de Corte de Apelaciones de Santiago, Compañía Molinera San Cristóbal con Servicio de Impuestos Internos, Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. LXXXV, 2ª parte, Sección 2ª, p. 12 (1988), en el que señala que "por otra parte, siendo un tratado un acto bilateral, es inaceptable que pueda ser modificado por una ley interna dictada en uno de los países contratantes, acto unilateral de una sola de las partes que, en consecuencia, no puede aplicarse a las importaciones de productos desde los países que suscribieron el citado acuerdo GATT". Otro caso es el fallo de la Segunda Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, confirmada por la Corte Suprema, en que determinó que: "4. Que una vez incorporado al derecho interno los tratados deben cumplirse de buena fe (...) 5°. Que la convención internacional en cuestión [GATT] se aplica preferentemente frente a la ley interna, mientras el tratado no sea denunciado por el Estado de Chile o pierda validez internacional" (citado por NOGUEIRA ALCALÁ, supra nota 50, pp. 378-379). Ver también la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, en recurso de protección Compañía Chilena de Fósforos con Comisión Nacional de Distorsión de Precios, Rol 3.396-1994, citada en la Revista Chilena de Derecho, Vol. 23, Nos 2 y 3, Tomo II, pp. 617-618." Ibid., p.42. Nota N° 93.

⁴⁷⁰ Ibid., p.47.

a la seguridad y certeza jurídica, sobre todo en la aplicación de tratados internacionales ordinarios), en materia de DD.HH., es posible sostener una perspectiva que, si bien privilegie la concurrencia de condiciones objetivas (relativas a la precisión y suficiencia normativa), no excluya de forma absoluta la consideración de los aspectos subjetivos íntimamente ligados a este tipo de tratados (y referidos a la intención de las partes, la concurrencia de una presunción de autoejecutabilidad, y la importancia inherente de los DD.HH. en ello).

Como se destacó en el capítulo primero de esta memoria: “Tenemos entonces tres criterios para determinar el carácter autoejecutable de una norma. El primero de ellos, es que de ésta se derive un derecho concreto para un individuo determinado. Vinculado con aquello está el segundo requisito, que se refiere a la precisión suficiente de la norma para que sea técnicamente aplicable por el órgano jurisdiccional. Por último, está el criterio de la intención de los contratantes”⁴⁷¹. En esa línea, estimamos que la consideración escueta de este último factor a propósito del Convenio, y la consideración casi exclusiva de condiciones objetivas para determinar su carácter autoejecutable (sin hacerse mención al rol de los DD.HH. en ello), constituye un error de nuestra jurisprudencia, que no se condice con la relevancia que, tanto desde una perspectiva internacional como doméstica, se atribuye a esta materia (más aún cuando tal aspecto juega un papel trascendental a la hora de posibilitar aplicabilidad de los DD.HH. que establece el Convenio). Como señala Montt, “(...) si bien los factores objetivos parecen primar, al mismo tiempo es indiscutible que tales criterios resultan absolutamente insatisfactorios para analizar las miles de formulaciones y matices que presentan los tratados internacionales celebrados por Chile”⁴⁷². De allí la relevancia de incorporar en el análisis relativo a la autoejecutabilidad del Convenio, no sólo la consideración de elementos objetivos, sino también subjetivos, derivados de su calidad de tratado en materia de DD.HH..

Sin perjuicio de lo anterior, cabe precisar a estas consideraciones que, si bien resulta innegable la importancia de considerar el estatus de tratado de DD.HH. del Convenio, en mi opinión, el criterio subjetivo relativo a la intención de las partes (en virtud de tal calidad), no constituye un criterio suficiente, sino más bien complementario en la tarea de determinar la

⁴⁷¹ AYLWIN, J., CARMONA, C., MEZA-LOPEHANDÍA, M., SILVA, H., & YÁÑEZ, N. Op. cit., 2011, p. 83. Véase en relación a los criterios para determinar el carácter self-executing, además: JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. Op. Cit., 1988, p. 29 y ss.; y, LAMBETH, George. Op. cit., 2015, p 54 y ss..

⁴⁷² MONTT OYARZÚN, Santiago, Op Cit., 2005, p.33-34.

procedencia del carácter autoejecutable, que debiera ser integrado en los razonamientos jurisprudenciales, al menos, con respecto a la presente clase de tratados. En ese sentido, sin perjuicio de que deban privilegiarse, a mi juicio, la concurrencia de condiciones objetivas (para garantizar la certeza y seguridad jurídica en la aplicación doméstica de los tratados), cabe hacer hincapié sobre la necesidad de que, en el tratamiento jurisprudencial interno relativo a la autoejecutabilidad del Convenio, se pondere correctamente, no sólo la interacción de factores objetivos, sino también los subjetivos inherentes a su calidad de tratado de DD.HH., (de cuya interacción no está libre la doctrina de la autoejecutabilidad en mi opinión). De allí que sea posible sostener no sólo la observancia de condiciones objetivas para evaluar la procedencia del carácter self-executing en el Convenio, sino también la pluralidad de aspectos subjetivos derivados de su calidad de tratado en materia de DD.HH..

Lo anterior plantea, además, la necesidad de que en el tratamiento jurisprudencial chileno, se avance hacia una mayor sistematización, que fije de manera más clara y específica los parámetros y criterios para determinar el carácter self-executing, dada su vital importancia a propósito de la aplicabilidad doméstica de los tratados, sobre todo en materia de DD.HH.⁴⁷³.

3.3.3. EL ARTÍCULO 5, INCISO 2º, DE LA CPR, Y SU INTERACCIÓN CON RESPECTO A LA AUTOEJECUTABILIDAD DE LA NORMATIVA DEL CONVENIO.

En sintonía con estos planteamientos, cabe destacar la importancia que ciertos autores han atribuido a la interacción entre el artículo 5, inc. 2º, de la CPR, y la autoejecutabilidad de los tratados internacionales en materia de DD.HH., como el Convenio.

Desde un punto de vista general, por ejemplo, cabe destacar a Meza-Lopehandía, para quién: “la autoejecutabilidad es una necesidad de los instrumentos internacionales que buscan la protección de los derechos esenciales de la persona humana a través de la

⁴⁷³ Montt y Matta han destacado por ejemplo, que: “(...) el concepto mismo de autoejecutabilidad —esto es, cuándo una norma es o no es autoejecutable— no es en absoluto claro en nuestro Derecho. De una lectura atenta de los fallos antes citados puede notarse que los únicos criterios utilizados son el “carácter programático” de las normas contempladas en el tratado, si las normas “se bastan a sí mismas” y, por último, el hecho que el tratado llame a su implementación ulterior. De esta forma, en Chile los criterios de autoejecutabilidad no resultan nada claros”, agregando que “En todo caso, esto no es una sorpresa, dado el papel que juega el elemento político en la determinación de esta cuestión (...)”. MONTT, Santiago y MATTA, Manuel. Op. cit., 2011, p. 160-161.

formación de un orden público internacional al que se someten los Estados. Chile reconoce este orden público internacional al otorgar constitucionalmente a sus normas de derechos humanos la categoría de límites al ejercicio de la soberanía. De ahí que los tratados internacionales de derechos humanos sean siempre autoejecutables, y no simplemente protegidos por una presunción de autoejecutabilidad⁴⁷⁴. En esa línea, sostiene que: “(...) las normas del Convenio son autoejecutables en el sentido que resultan obligatorias para el Estado de Chile, tanto en el ámbito internacional como en el nacional. La falta de cumplimiento de aquellas normas dirigidas al legislador, o sea, aquellas que imploren un ajuste legislativo no sólo acarrearán la responsabilidad internacional del Estado de Chile, sino también exige que la autoridad inaplique aquellas normas mientras no las modifique. Esto es particularmente importante en relación al papel protector de derechos del poder judicial⁴⁷⁵.”

Por su parte, los académicos Santiago Montt y Manuel Matta han planteado, en virtud de lo dispuesto por el artículo 5, inciso 2º, de la CPR., un similar razonamiento, comenzando por sostener que tal precepto constitucional, más allá de otorgar una jerarquía normativa superior a la ley, brinda una calidad normativa especial a los tratados internacionales de DD.HH., consistente en que: “(...) la obligación de los órganos del Estado de respetar los derechos esenciales emanados de la naturaleza humana garantizados por los tratados internacionales implica una limitación constitucional al poder normativo del Congreso. Ni el Congreso ni ningún otro órgano estatal pueden entonces derogar o disponer la inaplicación interna de un tratado internacional de derechos humanos. Con ello, más allá de disquisiciones dogmáticas sobre la jerarquía, en la práctica, los tratados internacionales quedan en una posición superior a las leyes ordinarias, pues por una parte derogan el Derecho interno anterior y, por otra parte, no son derogables por la actividad normativa posterior del Congreso Nacional⁴⁷⁶.” En ese sentido, concluyen que: “En definitiva, los tratados de derechos humanos tienen, en nuestro concepto, la misma jerarquía interna que la ley, pero gozan de la protección constitucional de inderogabilidad o no-inaplicación interna⁴⁷⁷”; agregando que: “Como corolario de lo anterior, la correcta interpretación del

⁴⁷⁴ AYLWIN, J., CARMONA, C., MEZA-LOPEHANDÍA, M., SILVA, H., & YÁÑEZ, N. Op. cit., 2011, p. 83. Destaca que: “De hecho, los tribunales chilenos en los últimos veinte años han aplicado en forma directa la Convención Americana de Derechos Humanos”.

⁴⁷⁵ Ibid. p. 83-84.

⁴⁷⁶ Ibid., p. 166. Destacan que: “Compartimos así la tesis “infra-supra” de Bertelsen, aunque no en un sentido dogmático sino en uno práctico. Decimos práctico porque lo que define este supra es el hecho de que una ley posterior contraria a un tratado internacional sobre derechos humanos es inconstitucional por vulnerar el artículo 5º de la Carta Fundamental, y no, por el contrario, por una supuesta “naturaleza jurídica” del tratado en sí”.

⁴⁷⁷ Ibidem.

artículo 5° de la Constitución debe ser que los tratados de derechos humanos son siempre autoejecutables⁴⁷⁸.

En esa línea, a la luz de la teoría del acoplamiento propuesta por Von Bogdandy⁴⁷⁹, sostienen además que: “En materia de derechos humanos Chile es, entonces, un país monista. Más exactamente, en nuestro país existe un “acoplamiento” total, incluyendo autoejecutabilidad o efecto directo y supremacía, todo ello por expresa disposición del artículo 5° de la Constitución. Como consecuencia, el Congreso, el Presidente y el Tribunal Constitucional carecen de las potestades necesarias para suspender o inaplicar tales normas en el Derecho interno⁴⁸⁰; Por tanto: “Dado dicho deber constitucional es contradictorio sostener que los mismos órganos estatales puedan exceptuarse de su cumplimiento por la simple vía de una declaración de no-autoejecutabilidad⁴⁸¹.”

En efecto, como es posible notar, los presentes autores sostienen que de la protección constitucional de inderogabilidad y de no inaplicación interna que se les brinda a los tratados de DD.HH., se sigue que son siempre autoejecutables, implicando que, en la praxis, por ejemplo, una ley contraria y dictada con posterioridad a su ratificación, sea inconstitucional por transgredir lo dispuesto en el artículo 5, inciso 2°, de la CPR⁴⁸².

No obstante, dado que el Convenio albergaría en su mayoría DD.HH. de segunda y tercera generación⁴⁸³, los presentes autores aclaran que: “Ahora bien, que un tratado sea

⁴⁷⁸ Ibidem.

⁴⁷⁹“(…) la relación entre los Derechos internacional e interno debe analizarse de acuerdo con la idea de “acoplamiento” (coupling). Dicho acoplamiento puede ser más “apretado” o más “suelto”, lo que depende de la “mediación” que hagan de las normas internacionales tanto los órganos domésticos políticos como los judiciales y administrativos. La “mediación” a que se refiere Von Bogdandy es particularmente sensible a dos doctrinas: efecto directo (o, en jerga norteamericana, autoejecutabilidad) e interpretación conforme al Derecho internacional. Entre ambas, la primera es la más importante para determinar el nivel de acoplamiento existente: mientras más intenso sea el reconocimiento del efecto directo de una norma internacional, mayor será el acoplamiento y, más importante aún, mayor será el efecto constitucionalizante que tendrá el Derecho internacional sobre el Derecho interno”. Von Bogdandy, Armin. “Pluralism, Direct Effect, and the Ultimate Say: On the Relationship between International and Domestic Constitutional Law”. *International Journal of Constitutional Law* 6, 2008. En: MONTT, Santiago y MATTA, Manuel. Op. cit., 2011, p. 154-155.

⁴⁸⁰ Ibid., p. 166.

⁴⁸¹ Ibid., p. 172.

⁴⁸² Véase por ejemplo: Sentencia del TC, Rol N° 804-2007, C° 14: “Los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes son así normas jurídicas que gozan de una especial protección constitucional, ya que sólo pueden ser derogados, modificados o suspendidos de la forma en que esté en ellos prevista, es decir, de acuerdo a lo pactado por los concelebrantes. En tales circunstancias, una ley interna contradictoria con el tratado no tiene la aptitud de derogarlo, modificarlo o suspenderlo, por la simple razón de que carece de toda validez, expresando un acto jurídico que se ha producido en contravención a las formas exigidas por la Constitución”.

⁴⁸³ Señalan Montt y Matta que: “Los derechos de segunda y tercera generación son, en la generalidad de los casos, mandatos dirigidos a los organismos políticos de la nación, a fin de que creen políticas públicas

autoejecutable no significa que los derechos humanos que contiene sean todos plenamente justiciables. Y, a la inversa, las dificultades que puedan encontrarse en términos de justiciabilidad de un cierto derecho humano cuyo origen se encuentra en el Derecho internacional no ponen en duda su autoejecutabilidad (...) la justiciabilidad de sus derechos debe ser evaluada conforme a las mismas reglas que aplican a los demás derechos fundamentales reconocidos por el orden interno”⁴⁸⁴.

Cabe recordar que, para los autores en comento, desde una perspectiva internacional, los artículos 6, 7, y 15 N° 1, del Convenio, constituyen DD.HH. colectivos o de tercera generación⁴⁸⁵, los que, de conformidad a esta argumentación, podrían considerarse autoejecutables a la luz de lo dispuesto por el artículo 5, inciso 2°, de la CPR, pero sujetos a los mismos desafíos de justiciabilidad que los demás derechos fundamentales del plano doméstico. Lo anterior nos brinda, no sólo una interesante perspectiva a la hora de examinar los razonamientos desplegados por nuestra jurisprudencia, sino también una crítica a la delimitación del carácter self-executing efectuada por la misma, la que, según hemos constatado, sólo se limita a otorgar la concurrencia del carácter self-executing a los artículos 6 y 7 del Convenio. Según veremos más adelante, sobresale en nuestro derecho interno, principalmente, aquella tesis que defiende la inclusión parcializada del artículo 15 como precepto autoejecutable, especialmente en virtud del principio pro homine.

3.3.4. CRÍTICA A LA DELIMITACIÓN DE LA PRECEPTIVA QUE RESULTA AUTOEJECUTABLE EN EL CONVENIO: LA INCLUSIÓN PARCIALIZADA DEL ARTÍCULO 15 DENTRO DE LA CATEGORÍA DE NORMAS SELF-EXECUTING.

Según hemos constatado, tanto nuestra jurisprudencia constitucional, como la derivada de nuestros tribunales superiores de justicia, ha delimitado la procedencia del carácter self-executing a la facción mínima de disposiciones en el Convenio, otorgándose sólo con respecto a los artículos 6 y 7 (referidos a los derechos de consulta y participación, piedras

apropiadas a la luz de los fines y objetivos definidos por tales derechos. Qué rol corresponde a los tribunales de justicia cuando los órganos políticos no hacen su trabajo o lo hacen en forma incompleta o inapropiada —uno de los dilemas centrales del Derecho constitucional—, es un punto que escapa a este trabajo”. MONTT, Santiago y MATTA, Manuel. Op. cit., 2011, p. 167. Nota N° 111.

⁴⁸⁴ Ibid., p. 167. Añaden que “No vemos ninguna razón especial para que las soluciones adoptadas por el Derecho constitucional relativas al rol de los jueces frente a los derechos constitucionales de segunda y tercera generación no sean aplicables a los derechos humanos que encuentran su origen en el Derecho internacional”. Ibid., p. 167.

⁴⁸⁵ Ibid., p. 169.

angulares del mismo), cuya concurrencia, por lo demás, opera desde un punto de vista parcial, no global, (alcanzando sólo al N°1, letra a), y N° 2, del primero; y, el N° 1, oración final, del segundo). Lo anterior, de conformidad a un criterio de exclusión (ya que nuestra jurisprudencia sólo se limita a señalar qué preceptos son autoejecutables) establecería implícitamente que el resto de la normativa del Convenio no alcanzaría tal categoría. Tales aspectos, permiten desarrollar las siguientes observaciones:

(i) Cabe hacer hincapié primeramente en que, sin perjuicio de que el Convenio sea un tratado predominantemente non-self-executing, no está en duda su plena obligatoriedad, operando no sólo con respecto a su preceptiva autoejecutable, sino también no autoejecutable. Lo anterior cabe recalcarlo, dado que la mayor parte de sus normas responden a esta última categoría, generando una obligación de hacer para el Estado, quien, en uso de su propia potestad pública, debe sancionar la preceptiva necesaria que posibilite su plena aplicabilidad. Lo anterior plantea un mayor grado de responsabilidad del Estado de Chile en el cumplimiento y aplicación del Convenio, al contener en su mayoría preceptiva no autoejecutable.

(ii) En segundo término, cabe incorporar en nuestro análisis, la posibilidad de incluir parcialmente al artículo 15 del Convenio, dentro de la categoría de normas autoejecutables. Si bien los artículos 6, N°1, letra a), y, N°2, y 7, N°1, oración final, relativos a los derechos de consulta y participación, satisfacen con claridad las condiciones necesarias para alcanzar la cualidad self-executing, no se justifica, en mi opinión, una exclusión total del artículo 15 por parte de nuestra jurisprudencia. En esa línea, cabe analizar sucintamente tal artículo, con el objeto de analizar la procedencia de su inclusión parcializada dentro de la categoría de normas autoejecutables:

a) Consideraciones relativas a la autoejecutabilidad del artículo 15, N°1, del Convenio: “Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos”.

Según vimos, los académicos Montt y Matta postulan que los tratados de DD.HH. son siempre autoejecutables, en virtud de la protección de inderogabilidad y de no inaplicación interna, que el artículo 5, inciso segundo, de la CPR, establece a su respecto, distinguiendo

dicho carácter self-executing de los desafíos asociados a su justiciabilidad⁴⁸⁶. Dado que para estos autores, los artículos 6, 7, y 15 N°1, del Convenio, constituyen DD.HH. de tercera generación, al enmarcarse dentro de los conceptos de autodeterminación, identidad y propiedad (y referirse a sus territorios y recursos naturales, factores esenciales relativos a su identidad y forma de vida), sería posible sostener – atendida la forma de conceptualizar la cualidad self-executing por parte de estos autores - que al menos tales preceptos serían autoejecutables, atendidos sus estatus de DD.HH. colectivos, sin perjuicio de los desafíos de justiciabilidad a los que estarían sujetos⁴⁸⁷.

Dicha forma de entender la procedencia del carácter self-executing desarrollada por Montt y Matta (diferenciando los desafíos asociados a su justiciabilidad), permitiría sostener la autoejecutabilidad del artículo 15, N°1, del Convenio, resultando innovador el hecho de incorporar en el análisis una perspectiva de DD.HH., en contraste a la concepción predominante que prima en nuestra jurisprudencia, basada casi exclusivamente en la observación de elementos objetivos (relativos a la suficiencia y precisión normativa). Según se ha sostenido, la incorporación de los aspectos subjetivos que fluyen de la calidad de tratado en materia de DD.HH. del Convenio, constituyen elementos que debieran ser integrados en el análisis de la autoejecutabilidad de su preceptiva, sin perjuicio de observar la concurrencia de los elementos objetivos asociados a su suficiencia y precisión normativa, que, en el presente caso, concurren a mi juicio.

b) Consideraciones relativas a la autoejecutabilidad de la consulta contenida en el artículo 15, N°2, oración primera, del Convenio: “En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras (...)”.

Dentro de los principales planteamientos, cabe destacar a Sergio Fuenzalida, para quién la sentencia Rol N°309 del TC (fallo estructural en esta materia), dio cuenta de una clara contradicción al determinar que sólo la consulta contenida en el artículo 6 del Convenio

⁴⁸⁶ MONTT, Santiago y MATTA, Manuel. Op. cit., 2011, p. 166.

⁴⁸⁷ Ibid., p. 166-169.

era autoejecutable (y no estaba contemplada en la legislación interna); a diferencia de la establecida en el artículo 15, N°2, oración primera, que, a su juicio, paradójicamente era programática (y ya estaba incorporada en la legislación doméstica⁴⁸⁸).

En esa línea, atendida la similar terminología de estos preceptos, y al estar asentados ambos en el derecho de consulta indígena, el autor en comentario sostendría la concurrencia conjunta de su autoejecutabilidad, por cuanto: "(...) en la redacción de una u otra no aparece que exista una diferencia de la cual se pueda concluir una diferente condición de aplicabilidad"⁴⁸⁹, atendidos además, por una parte, los 3 criterios generales planteados por Jiménez de Aréchaga para la concurrencia del carácter self-executing (ya destacados⁴⁹⁰); y, por otra, el tratamiento especial que un importante sector de la doctrina atribuye a los tratados de DD.HH., caracterizados, medularmente, por una presunción de autoejecutabilidad a su favor (según vimos⁴⁹¹). "Por eso, retomando las palabras de Jiménez de Aréchaga, no es suficiente que un artículo haga referencia a la ley para que pierda autoejecutividad. Para que ello ocurra – agrega – es necesario que la realidad y vigencia del derecho quede expresamente encomendada por el precepto al dictado de una ley o de medidas complementarias. Cuestión que no ocurre a propósito del inciso segundo del artículo 15 del Convenio 169, que dispone en lo pertinente, que: "(...) los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras"⁴⁹².

⁴⁸⁸No obstante el alcance directamente obligatorio que le atribuía el tribunal a la consulta consagrada en el tratado internacional, va a negar esa autoejecutabilidad al derecho de consulta en relación a la explotación o exploración de recursos estatales en tierras indígena (...) Junto con ello, en otra declaración difícilmente compatible con lo señalado anteriormente sobre la naturaleza especial de la consulta indígena, agregó que los procedimientos de consulta para el caso de recursos estatales, ya se encontraban incorporados a la legislación interna, como ocurre, por ejemplo, con los artículos 26 al 31 de la Ley N° 19.300 17, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, al igual que los artículos 10, 11 y 34 de la Ley Indígena. El Código de Minería contemplaría asimismo "un claro procedimiento judicial para constituir las concesiones mineras, el que garantiza que todos los interesados pueden ser escuchados frente a una violación de sus derechos". FUENZALIDA, Sergio (2015). "Desarrollo de la jurisprudencia en Chile sobre la consulta indígena: los casos del tribunal constitucional y la corte suprema". In: *Revue Québécoise de droit international, hors-série mars 2015. L'État de droit en Amérique latine et au Canada*. pp. 149-177. Disponible en: www.persee.fr/doc/rqdi_0828-9999_2015_hos_1_1_2105. p. 154-155; Véase: Sentencia del TC, Rol N°309, C°. 7, y 62 al 66.

⁴⁸⁹ Ibid. p. 156.

⁴⁹⁰ Véase: Ibid. p. 156-157.

⁴⁹¹ Ibid. p. 157-158. Véase: JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. Op. Cit., 1988, p. 32 y ss..

⁴⁹² FUENZALIDA, Sergio. Op. Cit., 2015, p. 158. Véase: JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. Op. Cit., 1988. p.35.

Finalmente, añadiría que procede su carácter autoejecutable: “(...) en virtud de la regla pro homine de interpretación de las disposiciones contenidas en los tratados de derechos humanos, que obliga a optar por la interpretación que mejor favorezca y garantice los derechos humanos”⁴⁹³; y que: “Asimismo, a esa norma de interpretación general, se suma el imperativo de los estados de asumir la interpretación que le han dado los propios organismos de supervisión a las normas convencionales en cuanto a su aplicabilidad. Ello en virtud del principio de buena fe, principio que lógicamente implica reconocer autoridad a las decisiones de los órganos de supervigilancia dispuestos en los mismos instrumentos suscritos por los estados. Y en ello, tanto la propia OIT, como la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no han dudado en entender como de cumplimiento inmediato la exigencia de la consulta indígena”^{494_495}.

A mayor abundamiento, cabe destacar nuevamente un reciente fallo de la Corte Suprema que abriría la puerta a la posibilidad de considerar la autoejecutabilidad de la consulta contenida en el artículo 15, N°2, oración primera, del Convenio. En efecto, según destacamos a la hora de examinar la jurisprudencia emanada de nuestros tribunales superiores de justicia, la sentencia de la Corte Suprema, Rol N°25.142-2018, de 22 de abril de 2019, señaló básicamente que en el marco del procedimiento a que se refiere la legislación ambiental, la autoridad respectiva podrá definir la autoejecutabilidad, no sólo de la consulta contenida en el artículo 6 del Convenio, sino también aquella contenida en el artículo 15, N°2. Si bien tal consideración no es del todo explícita, al menos abre la puerta a una discusión que parecía cerrada, y que se limitaba a reconocer como autoejecutables aquellos preceptos definidos por el TC, ampliándose la posibilidad de entender como

⁴⁹³ Ibid. p. 159.

⁴⁹⁴ Ibid. p. 159. Destaca: “Ver, OEA, Comisión IDH, Derechos de los pueblos indígenas y tribales Sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Cap IX, en línea: Comisión IDH <<http://cidh.org/countryrep/TierrasIndigenas2009/Cap.IX.htm>>”. Ibid, Nota N°43.

⁴⁹⁵ “La misma OIT ha señalado expresamente que el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente, así como la obligación del Gobierno de consultar previamente con los pueblos interesados, nace directamente del Convenio y no del reconocimiento de este derecho por la legislación nacional”. Ibid. p. 159. Destaca a su respecto: “Organización Internacional del Trabajo, Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT), párr 72, en línea: OIT <<http://www.ilo.org/>> [Informe sobre pueblos indígenas y tribales en virtud del art 24 de la Constitución de la OIT por la CUT]”. Ibid., Nota N°44.

autoejecutable, no sólo la consulta contenida en el artículo 6, sino también aquella incorporada en el artículo 15 del Convenio⁴⁹⁶.

c) Consideraciones relativas a la autoejecutabilidad del artículo 15, N°2, oración final, del Convenio: “Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades”.

Como se destacó, para los académicos Montt y Matta, los tratados de DD.HH. son autoejecutables, en virtud de la protección de inderogabilidad y de no inaplicación interna, que el artículo 5, inciso segundo, de la CPR, establece a su favor. Si bien, para los presentes autores, los artículos 6, 7 y 15 N°1, del Convenio, daban cuenta de DD.HH., al enmarcarse dentro de los llamados conceptos de autodeterminación, identidad y propiedad (en tanto derechos referidos a sus territorios y recursos naturales, y relativos a factores esenciales de su identidad y forma de vida), desestimaron que el numeral 2°, oración final, del artículo 15 (en lo relativo a participar, siempre que fuera posible, de los beneficios que reporten las actividades de prospección y explotación de recursos existentes en sus tierras), tuviera tal estatus, razón por la cual tampoco era autoejecutable⁴⁹⁷. Señalaron medularmente que: “(...) de acuerdo al propio Convenio 169, la frase “siempre que sea posible” impide que este interés establecido en favor de los pueblos indígenas pueda ser calificado como un verdadero derecho subjetivo. No siendo un derecho subjetivo, mal podría ser un derecho humano”⁴⁹⁸, añadiendo, por lo demás, que así mismo lo ha reconocido la propia OIT:

“¿Quiere decir [la frase “siempre que sea posible”] que los gobiernos siempre mantienen el derecho a decidir si los pueblos indígenas y tribales se benefician o no de la explotación de los recursos naturales ubicados en sus tierras? Sí, quiere decir eso”⁴⁹⁹.

⁴⁹⁶ Corte Suprema, Rol N°25.142-2018, sentencia de 22 de abril de 2019, Considerando 8°. Se destaca que: “(...) Así, lo relevante para el análisis del caso de autos, es que la obligatoriedad de la consulta indígena prevista en el artículo 6° letra a), debe definirse en el procedimiento previsto en la ley, que se vincula, indudablemente, a la eventual modificación de la RCA 226/2006, proceso ambiental en que la autoridad deberá evaluar no sólo la procedencia de la consulta derivada de tal norma, sino que también analizar su factibilidad derivada de lo establecido en el numeral 15 N° 2 del referido convenio, debiendo en tal procedimiento definir la autoridad de calidad de normas autoejecutables de ambas, para efecto de establecer la procedencia de aplicación directa” (el destacado es nuestro).

⁴⁹⁷ MONTT, Santiago y MATTA, Manuel. Op. cit., 2011, p.169.

⁴⁹⁸ Ibid., p.170.

⁴⁹⁹ OIT, Guía Corta, n. 50, p. 25 (énfasis agregado). En: Ibid., p. 170. Nota N° 127.

De esta forma, concluirían que el numeral 2°, oración final, del artículo 15, del Convenio, no se constituye como un precepto self-executing: “(...) por cuanto no es un derecho subjetivo, no es un derecho humano y no cumple los requisitos generales de autoejecutabilidad propios de los tratados internacionales”⁵⁰⁰.

Atendido lo anterior, compartimos lo razonado por estos autores por cuanto, claramente, no se satisfacen las condiciones para reconocerle la cualidad autoejecutable al artículo 15, N°2, oración final, del Convenio, ni desde una perspectiva objetiva (atendida su suficiencia y precisión normativa), ni subjetiva (descartando su calidad de precepto contenedor de un DD.HH.), según hemos destacado a lo largo de esta memoria.

d) De esta forma, atendidos estos planteamientos (elaborados en gran medida sobre la base de considerar al Convenio como un tratado DD.HH.), es posible plantear la posibilidad de que, en la delimitación de sus preceptos que resultan autoejecutables, se integre parcialmente el artículo 15. Si bien me parece correcto que los artículos 6, N°1, letra a), y N°2; 7, N°1, oración final, se consideren autoejecutables (al inscribirse en los llamados DD.HH. colectivos de consulta y participación indígena, y reunir con claridad las condiciones necesarias para considerarse self-executing), me parece que la exclusión total del artículo 15 dentro dicho carácter, no se justifica, salvo con respecto a su N°2, oración final, por las razones señaladas en el párrafo anterior.

A la luz de los argumentos vertidos con anterioridad, y con base a la observancia de los criterios que, no sólo la doctrina, sino también la jurisprudencia (sobre todo constitucional) ha fijado para la procedencia del carácter autoejecutable, estimo que, esencialmente, a la luz del principio pro homine, debiera incluirse, dentro de la categoría self-executing, al artículo 15 del Convenio, sólo con excepción de la oración final, contenida en su N°2 (especialmente por inscribirse dentro de la categoría del DD.HH. colectivo relativo a la consulta indígena, atendido lo dispuesto en el inciso 2°, del artículo 5, de la CPR; y por el hecho de satisfacer, con claridad, la concurrencia de las condiciones objetivas de suficiencia y precisión normativa, atendidas las condiciones subjetivas derivadas de la calidad de tratado de DD.HH. del Convenio).

⁵⁰⁰ Ibid. p.173.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe sostener, a lo menos, la inclusión del derecho de consulta contenido en el N°2, oración primera, del artículo 15, del Convenio, dentro de la categoría de normas autoejecutables. En general, estimo que no existen razones de peso para conceder el carácter autoejecutable sólo a la consulta contenida en el artículo 6, y negarlo a propósito de aquella establecida en el artículo 15, N°2, oración primera, del Convenio, atendidos los argumentos revisados con anterioridad. Negar la inclusión, al menos, de la consulta contenida en el artículo 15, N°2, oración primera, como preceptiva autoejecutable, importaría una contradicción jurisprudencial preocupante que, además de afectar la certeza y seguridad jurídica que se debe acompañar en la aplicabilidad doméstica de los tratados (por cuanto, determinar qué cláusulas son autoejecutables, y cuáles no, incide directamente en ello), contradice además, el principio pro homine y la normativa constitucional chilena que lo consagra (y conforme a la cual, debiera acogerse aquella interpretación que resulte más favorable para los pueblos indígenas), aspectos que permiten involucrar, en mi opinión, la responsabilidad internacional del Estado, al no procederse de buena fe en el cumplimiento del Convenio, y por obstaculizarse la manifestación del DD.HH. colectivo relativo a la consulta indígena, contenido en su artículo 15 (con excepción de su N°2, oración final, de este último artículo).

3.3.5. CRÍTICA A LA CONCEPTUALIZACIÓN DEL CARÁCTER AUTOEJECUTABLE EN EL CONVENIO, DESARROLLADA POR NUESTRA JURISPRUDENCIA.

Como ha sido posible constatar, ha sido nuestra jurisprudencia constitucional la que mayormente ha desarrollado el concepto e implicancia derivada de la cualidad self-executing en el Convenio, abordándose, desde un punto de vista más superficial aquello, por parte de nuestros tribunales superiores de justicia (que en líneas generales, ha reproducido el concepto fijado por el TC en su sentencia rol N°309, fallo estructural en esta materia). De allí que en estos acápite, a la hora de examinar y criticar el concepto de autoejecutabilidad, nos basemos esencialmente en lo razonado por el TC, destacándose principalmente el establecimiento de un claro cambio de criterio a la hora de referirse a las implicancias derivadas de la cualidad self-executing (especialmente a analizar la autoejecutabilidad de la consulta indígena).

Atendido lo anterior, resulta relevante destacar primeramente, que la doctrina original desarrollada por el TC (medularmente en sus sentencias roles N°s. 309 y 1050), entendía

inicialmente que la concurrencia del carácter autoejecutable, implicaba la capacidad de una disposición para ingresar, sin necesidad de trámite posterior, al ordenamiento jurídico interno, (dada su autosuficiencia y precisión normativa), pudiendo, en ese sentido, aplicarse directamente como fuente de derecho interno, sin necesidad de un desarrollo normativo adicional, una vez que el tratado que las contuviera se incorporase al derecho vigente (asimilándose, incluso, la expresión “autoejecutable”, con el término “aplicabilidad directa”⁵⁰¹). En virtud de ello, aquellas normas self-executing podían ser objeto de un pronunciamiento inmediato sobre su constitucionalidad, posponiéndose de tal examen aquellas que no eran autoejecutables, por cuanto, dado que aún no contaban con la capacidad para producir, por lo pronto, efectos contradictorios con la CPR, era necesario que antes fueran desarrolladas normativamente (conforme la dictación de leyes, reglamentos o decretos). Si bien estas últimas, debían dotarse de la suficiencia y precisión normativa necesaria que las habilitara para ser aplicables, sin necesidad de trámite posterior, como fuentes de derecho interno, cabe destacar que posteriormente, en la sentencia Rol N° 383 se matizaría este razonamiento, señalándose que excepcionalmente no cabía postergar un examen sobre su constitucionalidad, cuando fuera posible prever o inferir razonablemente que, del desarrollo normativo que la misma demandaba dictar, se configurase una inconstitucionalidad de fondo que hiciera imposible postergar tal examen.

No obstante tal conceptualización inicial, posteriormente, a partir de su sentencia roles N°s. 2387-12-CPT, y 2388-12-CPT, acumulados, el TC cambiaría drásticamente de criterio (confirmándolo en su sentencia rol N°. 2523-13-CDS), señalando que, no obstante la concurrencia del carácter autoejecutable, el mismo no impedía el desarrollo legislativo de una disposición, sino que lo impelía, agregando – incluso - que tan sólo en el evento de verificarse lo anterior, el TC estaría habilitado para pronunciarse sobre su constitucionalidad. Tal precisión, contradecía en gran parte la conceptualización original establecida por el TC, al no operar - ahora - el criterio self-executing, de manera infalible, como sinónimo de autosuficiencia y aplicabilidad directa, que no necesitaba de trámite posterior. Dado lo anterior, proliferaron una gran cantidad de críticas, principalmente dirigidas a la tardía clarificación de los efectos reales que derivaban del carácter self-executing, y su implicancia para con la traducción del carácter autoejecutable en el Convenio, razón por la cual cabe destacar las siguientes críticas:

⁵⁰¹ Véase medularmente: STC, Rol N° 309, Considerandos 7 y 48.

(i) Cabe destacar primeramente, la observación desarrollada por Liliana Galdámez, para quién, tal ruptura conceptual, establecida a partir de la sentencia roles N°s. 2387-12-CPT, y 2388-12-CPT, acumulados, vació de contenido el concepto “autoejecutable”, acusando un retroceso en relación a los criterios antes acordados, especialmente a propósito de la autoejecutabilidad de la consulta indígena. Destaca que: “En efecto, el Tribunal considera que lo que había definido como autoejecutabilidad, era en verdad una exhortación al legislador a dar desarrollo normativo a los compromisos asumidos en el tratado internacional. Que mientras dicho desarrollo no se produjera, el TC no está habilitado para pronunciarse sobre el cumplimiento del trámite de consulta”⁵⁰². Añade que, a la luz de este nuevo razonamiento: “El carácter autoejecutable no supone que las normas ingresen directamente al ordenamiento interno. Lo que ocurriría en el caso de normas autoejecutables, según criterio del TC, es que surgiría, una vez ratificado el tratado, la obligación para el legislador de dar desarrollo normativo, pero mientras dicho desarrollo no se produzca, las normas del tratado no serían de directa aplicación. Dicho en otras palabras, sólo una vez que el desarrollo normativo en el derecho interno se produzca es que el TC se pronunciaría sobre su constitucionalidad no siendo suficiente con la ratificación del tratado para el surgimiento de las obligaciones internacionales que la norma contiene”⁵⁰³.

Atendido el hecho de que la entrada en vigor del Convenio se verificó el año 2009, y que este nuevo entendimiento del carácter autoejecutable se estableció recién el año 2013 (estando sujeto el Convenio, durante dicho lapso de 4 años, a la doctrina original del TC, que concebía el carácter self-executing como sinónimo de autosuficiencia normativa y consecuente aplicabilidad, sin necesidad de trámite posterior), Galdámez critica que esta nueva concepción implicó una tardía exhortación al legislador. Señala que: “No encontramos coherencia entre una doctrina y la otra. El Tribunal definió la autoejecutabilidad de una norma como su poder de ingresar al ordenamiento sin norma habilitante. Si la interpretación sostenida en la sentencia sobre ley de pesca hubiera quedado claramente establecida, el legislador habría sido exhortado hace 4 años para dictar las normas complementarias (...)”⁵⁰⁴. En esa línea, el TC entendió que “Luego de casi 4 años desde la vigencia del Convenio 169 no existe regulación del derecho a la consulta, por tanto, mientras ese

⁵⁰² GALDÁMEZ, Liliana. (2013). “Comentario jurisprudencial: la consulta a los pueblos indígenas en la sentencia del Tribunal Constitucional sobre ley de pesca roles N°s. 2387-12-CPT y 2388-12-CPT, acumulados. Estudios constitucionales, 11(1), 621-632. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002013000100018>. p. 628.

⁵⁰³ Ibid., p. 628.

⁵⁰⁴ Ibid., p. 629.

desarrollo no se produzca el Congreso podrá definir primero si consulta y segundo las modalidades y alcances de dicho trámite⁵⁰⁵.

Atendidas estas consideraciones, estimamos, en acuerdo con Galdámez, que: “Con esta sentencia se vacía de contenido a la definición del carácter autoejecutable de una norma. Un cambio en sus criterios, que creemos es lo que ha ocurrido en este caso, habría merecido un desarrollo argumentativo distinto al que aquí se ha planteado”⁵⁰⁶. En general, es posible notar que esta nueva concepción del carácter self-executing termina determinando sustancialmente el grado de manifestación de la preceptiva autoejecutable en el Convenio, incidiendo directamente en los distintos aspectos involucrados a su aplicabilidad.

(ii) En directa conexión con lo anterior, cabe observar adicionalmente, como bien precisa Galdámez, que en esta sentencia: “(...) llama la atención que el Tribunal no hiciera referencia al D.S. N° 124. Este era el mecanismo previsto (se ha aplicado hasta ahora), si ya no lo es, entonces estamos ante una materia de ley y sólo el legislador puede definir su regulación. Este es otro de los problemas que plantea la sentencia, el Tribunal dice y es correcto, que el legislador no se ha pronunciado en esta materia, pero sí lo había hecho el Ejecutivo para proveer un instrumento que provisionalmente regulara el derecho a la consulta. Habría sido valioso que el Tribunal Constitucional explicara la razón para considerar que estaba ante una omisión del legislador que no podía ser colmado por el Ejecutivo, deberíamos concluir que estamos ante una materia propia del dominio legal”⁵⁰⁷.

Como vimos, el TC, en su sentencia roles N°s. 2387-12-CPT, y 2388-12-CPT, acumulados, del año 2013, desconsideró en su razonamiento la existencia del D.S. N°124 del año 2009 (derivado del Ejecutivo, presidio en ese entonces por la ex presidenta Michelle Bachelet, según destacamos). Sin perjuicio de las críticas a dicho reglamento, es innegable que ya existía una regulación desde el año 2009 (año en que también entró en vigor el Convenio), el cual ya establecía criterios y alcances a la consulta, y con fidelidad a la concepción original del TC (establecida en sus sentencias roles N°s. 309 y 1050, como vimos). Dado lo anterior, cabe preguntarse ¿Por qué, recién a 4 años de su vigencia, el TC cambia abruptamente de criterio, desestimando pronunciarse sobre el cumplimiento del trámite de consulta en la sentencia en comento, por cuanto, pese a ser autoejecutable,

⁵⁰⁵ Ibid., p. 631.

⁵⁰⁶ Ibid., p. 632.

⁵⁰⁷ Ibid., p. 631.

carecía de desarrollo normativo, exhortando al legislador para que cumpliera aquello, pese a que anteriormente, en su propio concepto, tal autoejecutabilidad implicaba que la consulta no requería de trámite posterior para aplicarse directamente?. Además, existiendo un D.S. que la regulaba desde el año 2009 ¿Por qué al año 2013, el TC no lo considera, a la hora de argumentar que no podía pronunciarse sobre el cumplimiento del derecho autoejecutable de consulta, dada la necesidad de que previamente fuera desarrollada normativamente?. Lo anterior debió ser objeto de un desarrollo argumentativo distinto al planteado en estos párrafos.

(iii) En tercer término, atendido este nuevo concepto de autoejecutabilidad, a partir de la sentencia roles N°s. 2387-12-CPT, y 2388-12-CPT, acumulados, cabe traer a colación la interesante crítica desarrollada por Claudio Nash, para quién, cuestionando el hecho de que el TC haya desestimado pronunciarse sobre la vulneración del derecho autoejecutable relativo a la consulta, por requerir de desarrollo legislativo (pues se había sostenido su omisión durante la tramitación legislativa de un proyecto de ley que modificaba la Ley General de Pesca y Acuicultura), criticó que no se haya considerado su categoría especial de DD.HH..

En efecto, Nash sostiene que: “Si bien la vigencia efectiva de los tratados de derechos humanos incluye la obligación positiva del Estado de adecuar su ordenamiento interno e incorporar de manera armónica en la legislación los compromisos adquiridos a nivel internacional, y en este sentido, respecto de la consulta la CIDH ha indicado que los Estados deben “garantizar su incorporación transversal a la legislación [...]; y al mismo tiempo deben tomar medidas para garantizar la aplicación efectiva de dicha legislación [...]”, la falta de legislación o su insuficiencia, no es excusa para que los/as jueces/zas dejen de velar por la garantía de los derechos humanos consagrados internacionalmente, entre los cuales se encuentra el derecho de consulta”⁵⁰⁸. En ese sentido, sostiene que la afirmación del TC respecto a que no está en condiciones de determinar si se ha vulnerado el derecho de

⁵⁰⁸ NASH, Claudio y otros (2014). “Derechos Humanos y pueblos indígenas en Chile. Análisis jurisprudencial para procesos de consulta en el marco del Convenio 169 de la OIT”. Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile [En línea] <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/142688/derechos-humanos-y-pueblos-indigenas-en-chile%20pdf.pdf?sequence=1> [Fecha de consulta: 10-12-2019], p. 63. Destaca al respecto: Artículo 2 CADH (Ibid., Nota N°85); Sobre la CIDH a la hora de referirse a la consulta indígena, destaca: “Ver supra nota 29, párr.198, (Ibid., Nota N°86); Destaca además que dicho razonamiento se verifica en: “Corte IDH. Caso Almonacid Arellano vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr.123”. (Ibid., Nota N°87).

consulta “(...) ignora la circunstancia de que en todo caso está obligado a velar por la vigencia efectiva de los derechos fundamentales en el ámbito interno”⁵⁰⁹.

En esa línea, resulta criticable que no se haya clarificado si acaso el derecho de consulta se trataba de un derecho esencial que emanaba de la naturaleza humana, en los términos del artículo 5, inciso 2°, de la CPR (atendida la doctrina que desarrollaba tal noción, como una categoría que suponía una apertura constitucional en el catálogo de derechos), tal como lo hizo con respecto al derecho a la identidad, a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño, pese a que no estaba contenido expresamente en la CPR⁵¹⁰. Lo anterior hubiera permitido examinar si acaso un incumplimiento del trámite de consulta implicaba una vulneración a la propia CPR. Sin embargo ello no fue clarificado, y sólo se hizo hincapié en el rango infraconstitucional del Convenio, y la necesidad de que, a pesar de que fuera autoejecutable, no era posible emitir un pronunciamiento sobre su vulneración, por cuanto requería de desarrollo legislativo. Según vimos, existen sólidos argumentos para considerar a la consulta indígena como un derecho esencial que emana de la naturaleza humana, cuyas implicancias resultan fundamentales a la hora de analizarse su autoejecutabilidad.

Así las cosas, compartimos, en general, la crítica del profesor Nash por cuanto, según hemos sostenido, existen ciertas particularidades asociadas a los tratados de DD.HH. de cuya interacción no estaría libre la doctrina de la autoejecutabilidad, más aún cuando está en juego el cumplimiento y aplicabilidad de los DD.HH. que contienen. En ese sentido, resulta criticable que nuestra jurisprudencia no haya integrado en su análisis del concepto de autoejecutabilidad, el estatus de tratado de DD.HH. del Convenio, o que al menos haya esclarecido si el derecho autoejecutable relativo a la consulta se erigía como un derecho esencial que emanaba de la naturaleza humana. Desconsiderar aclarar lo anterior, al menos a propósito de la autoejecutabilidad de la consulta indígena, no se corresponde con la calidad de DD.HH. colectivo que latamente se le ha reconocido. De allí que sea posible sostener la improcedencia de su obstaculización, incluso si se aduce este nuevo concepto de autoejecutabilidad, atendido además que “Conforme al art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, Chile no puede aludir a razones de orden interno para dejar

⁵⁰⁹ Ibid., p. 63.

⁵¹⁰ Véase, entre otras: sentencia del TC, Rol N° 1340-09, C° 9, a propósito del derecho a la identidad, a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño, reconociéndose la existencia de derechos implícitos que no estaban contenidos expresamente en la CPR, sino en tratados ratificados y vigentes por Chile.

de cumplir con las obligaciones asumidas⁵¹¹, resultando criticable esta nueva concepción del carácter self-executing, al menos con respecto a los DD.HH. contenidos en el Convenio, como lo es la consulta indígena. En general, como bien explica Galdámez: “No cabe duda que el derecho a la consulta seguirá siendo motivo de controversias y tensiones, ahora al problema se instalará en el Congreso que deberá acordar en definitiva cómo y en qué casos debe consultarse a los pueblos indígenas. Según ha quedado resuelto en esta sentencia, mientras este desarrollo no ocurra, el derecho a la consulta será definido por el Congreso en cada caso. No parece ser ésta una solución acorde con los compromisos asumidos por el Estado cuando ratificó el Convenio 169. Luego de esta sentencia, sigue el Derecho Internacional de los Derechos Humanos sometido a vaivenes, marchas y contramarchas⁵¹².”

(iv) A mayor abundamiento, y sin perjuicio de las anteriores perspectivas, cabe destacar la crítica desarrollada por José Valdivia, para quién la utilización de la doctrina de la autoejecutabilidad, al igual que la asignación del estatus de DD.HH. que se atribuye a un tratado, constituyen argumentos con los que, más bien, cierta parte de la doctrina intentaría asignar eficacia inmediata al derecho internacional en el plano doméstico⁵¹³, sin considerar que el criterio relativo a la autoejecutabilidad no resultaría una guía infalible que justifique la aplicabilidad directa de una disposición en nuestro derecho interno.

Para tal autor, junto con descartar que el Convenio se trate de un instrumento de DD.HH., sostiene que el criterio self-executing “(...) carece de fundamento normativo⁵¹⁴ en el ordenamiento estatal chileno, y que, en ese sentido, no constituye una guía infalible para justificar la eficacia directa de un tratado, por cuanto, no obstante su concurrencia, puede requerir de una complementación normativa emanada de nuestro derecho interno para concretarse⁵¹⁵. Destaca que: “(...) 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

⁵¹¹ GALDAMEZ, Liliana. Op. Cit., 2013, p. 631.

⁵¹² Ibid., p. 632.

⁵¹³ VALDIVIA, José Miguel. Op. cit., 2011, p. 50. Destaca que, además de la atribución del estatus en materia de DD.HH.: “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, entendiéndose que algunas de sus cláusulas son autoejecutables y otras no”.

⁵¹⁴ Ibid., p. 51.

⁵¹⁵ “La sujeción del derecho interno al derecho internacional suele regirse por parámetros de compatibilidad, no de mera conformidad, 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”. Ibid., p. 67.

clásico principio *nullum crimen nulla poena 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)⁵¹⁶.

Atendido lo anterior, plantea que, en virtud del margen de discrecionalidad que deriva del lenguaje o textura abierta de las normas internacionales⁵¹⁷, la intensidad de su eficacia interna no se explica por el criterio de autoejecutabilidad, sino que “(...) La discrecionalidad a que habilitan debe ejercerse fundamentalmente por los órganos dotados de competencias normativas”⁵¹⁸, y, tan sólo en casos extremos por el juez, a la hora de aclimatar el derecho internacional al interno⁵¹⁹. En virtud de tal planteamiento, destaca, las siguientes consideraciones a propósito de la autoejecutabilidad del Convenio, directamente asociadas al razonamiento desplegado por el TC.

En primer término, destaca que, a pesar de que el TC determinó la autoejecutabilidad de ciertas normas: “(...) la concreción con que parezcan revestidos ciertos preceptos de un instrumento internacional no garantiza por sí sola su aplicación de una manera unívoca, 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 ejecución”⁵²⁰. Si bien Valdivia alude al DS N°124 del Ministerio de Planificación, que reglamenta el artículo 34, de la Ley N° 19.253 (el cual fue derogado por sus contradicciones con el Convenio, según vimos en el capítulo segundo de esta memoria), aquél evidencia la clara necesidad de dictar una reglamentación doméstica que haga aplicable la normativa, incluso autoejecutable, del Convenio (en este caso, relativo al derecho de consulta), lo que permite desprender la no

⁵¹⁶ Ibid., p. 51.

⁵¹⁷ “Por la textura abierta de sus reglas, los instrumentos internacionales son susceptibles de declinarse de muy diversas maneras en el plano interno”. Ibid., p. 67. N°36.

⁵¹⁸ Ibid., p. 67. N°36.

⁵¹⁹ “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 interno”. Ibid., p. 67. N°36.

⁵²⁰ Ibid., p. 51. Explica que: “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”. Ibid., p. 51, Nota n°36.

infalibilidad de tal criterio. El anterior aspecto sería apreciable en la ya comentada sentencia del TC, Roles N°s. 2387-12-CPT y 2388-12-CPT, acumulados, la que, al establecer un claro cambio de criterio, señaló que, no obstante la concurrencia del carácter autoejecutable en una disposición, el mismo no impedía un desarrollo legislativo, sino que lo impulsaba.

En segundo término, Valdivia destacó en relación a la interacción entre la autoejecutabilidad del Convenio, y la atribución del estatus de tratado de DD.HH., que: “Asumir que su incorporación puede ser impuesta por los tribunales a partir de una interpretación ingenua del artículo 5º de la Constitución, pasando por alto la deliberación pública, daña el principio democrático y supone además correr el riesgo de resultar contraproducente”⁵²¹, destacando, además, que sería el mismo Convenio el que confirmaría, en su artículo 34⁵²², que sus disposiciones no fueron diseñadas para aplicarse directamente, y que suponer 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”⁵²³.

En tercer término, Valdivia critica cierta fundamentación que asocia al criterio de autoejecutabilidad, lo dispuesto, básicamente, en el derecho de los tratados. Destaca que “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 tratado. 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”⁵²⁴. En esa línea, sostiene que: “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

⁵²¹ VALDIVIA, José Miguel. Op. cit., 2011, p. 68.

⁵²² CONVENIO N°169 DE LA OIT (1989): Artículo 34: “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”.

⁵²³ VALDIVIA, José Miguel. Op. cit., 2011, p. 68.

⁵²⁴ Ibid. p. 52.

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 interno⁵²⁵.

Finalmente, atendidas las críticas al criterio self-executing, Valdivia concluye que “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 compromisos⁵²⁶, proponiendo, no obstante las discrepancias existentes, que el mejoramiento del estatus jurídico de los indígenas debe provenir de la ley interna⁵²⁷.

(v) Así las cosas, atendidas las reflexiones desarrolladas por estos autores, cabe sostener, según se ha enfatizado a lo largo de esta memoria, una perspectiva más bien ecléctica en torno al concepto de autoejecutabilidad, que, sin perjuicio de privilegiar la concurrencia de condiciones objetivas, no excluya la pluralidad de aspectos que fluyen de la calidad de tratado en materia de DD.HH. del Convenio. Si bien me parece correcto lo sostenido por Valdivia, en torno a que el criterio relativo a la autoejecutabilidad no resulta una guía infalible que justifique la aplicabilidad directa de una disposición en nuestro derecho interno (como precisó el TC, si bien tardíamente, en la sentencia roles N°s. 2387-12-CPT, y 2388-12-CPT, acumulados, del año 2013, al entenderla como una exhortación al legislador, y no como sinónimo de aplicabilidad directa, cambiando de criterio, en contraste a lo establecido en su sentencia Rol N°309, del año 2000), no compartimos, como señala Valdivia, la desconsideración del Convenio como un tratado de DD.HH en tanto, éste último factor, incide de manera relevante, a nuestro juicio, a la hora de evaluarse la procedencia del carácter autoejecutable, y las distintas aristas asociadas a su cumplimiento y aplicabilidad.

⁵²⁵ Ibid. p. 52.

⁵²⁶ Ibid. p. 68.

⁵²⁷ “(...) 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”. Ibid., p. 64. “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”. Ibid., p. 68.

En esa línea, si bien compartimos la crítica desarrollada por la profesora Galdámez (en torno a lo tardío que resultó la definición del concepto de autoejecutabilidad desplegada por el TC), concordamos con lo planteado por Valdivia y el TC, en el sentido de no entender la cualidad autoejecutable como sinónimo de aplicabilidad directa (atendidas las distintas complejidades asociadas a su interacción con nuestro derecho interno, y la necesidad de que deban desarrollarse normativamente). No obstante, y en sintonía con lo sostenido por Nash, si bien resulta claro, a mi juicio, que de la cualidad autoejecutable no procede sin más su inmediata aplicabilidad (atendidos, además, los desafíos asociados a su justiciabilidad, como bien aportaron al debate los académicos Montt y Matta, según vimos) existen ciertas particularidades asociadas a los tratados de DD.HH. de cuya interacción no estaría libre la doctrina de la autoejecutabilidad (más aún cuando está en juego la aplicabilidad de los DD.HH. contenidos en el Convenio).

De allí que sea posible sostener que, si bien me parece adecuada la predominancia de una orientación objetiva (relativa a la necesaria suficiencia y precisión normativa) para determinar el carácter autoejecutable en el Convenio (por cuestiones asociadas a la certeza y seguridad jurídica de su aplicación), como reiteradamente se ha sostenido (y en virtud de los argumentos desplegados a lo largo de estos acápite), el hecho de que se erija como un tratado de DD.HH. (específico y enfocado en la protección de los pueblos indígenas), justificaría la construcción de una perspectiva más amplia que, si bien privilegie la concurrencia de condiciones objetivas, no excluya de forma absoluta la consideración de los aspectos subjetivos íntimamente ligados a este tipo de tratado, cuya interacción debiera ponderarse a la hora de determinar su autoejecutabilidad, más aún cuando están en juego la aplicabilidad de los DD.HH. favorables a los pueblos indígenas contenidos en el Convenio, evitando la utilización de esta doctrina como un mecanismo obstaculizador para su cumplimiento y aplicabilidad, sino todo lo contrario.

3.3.6. NECESIDAD DE AJUSTAR A LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES LA CARACTERIZACIÓN DE LA CONSULTA INDÍGENA, Y SU IMPORTANCIA A LA HORA DE EXAMINAR LA TRADUCCIÓN DE SU CARÁCTER AUTOEJECUTABLE.

A la hora de dimensionar el mayor o menor impacto con el que se traducirían las disposiciones autoejecutables y no autoejecutables del Convenio en el plano doméstico, la caracterización de la consulta indígena, y su concordancia con los estándares internacionales

establecidos sobre la materia, constituye un aspecto fundamental, si consideramos el hecho de que se trata de la piedra angular del Convenio, y la base para la aplicabilidad de sus demás disposiciones. En esa línea, si bien tanto el TC como nuestros tribunales superiores de justicia, han establecido la autoejecutabilidad de la consulta, se ha criticado la disconformidad de su caracterización para con los estándares internacionales (afectando directamente el grado de manifestación de su carácter autoejecutable), cuestionándose especialmente aquella caracterización desarrollada por el TC, en tanto nuestros tribunales superiores de justicia han desarrollado razonamientos más cercanos a tales parámetros, sin perjuicio de lo vacilante de su jurisprudencia.

En efecto, como fue posible apreciar, la caracterización general del derecho de consulta desarrollada por el TC, si bien ha sido más estable que la de nuestros tribunales superiores de justicia, destacando que se trata de un derecho autoejecutable, estableció también que ella no importaba una negociación obligatoria, sino que consistía en una mera forma o mecanismo recopilatorio de opinión, que no resultaba vinculante⁵²⁸.

Lo anterior ha sido objeto de varias críticas, medularmente, por su discrepancia con los estándares internacionales. Como destaca Fuenzalida, dicha caracterización: “(...) echa por tierra su importancia central en el Convenio 169 de la OIT y es directamente contraria a los estándares internacionales sobre la materia. Como ha señalado la OIT, a través de sus Comités encargados de examinar las reclamaciones por incumplimiento del Convenio, el espíritu de consulta y participación constituye la verdadera piedra de toque o angular del Convenio. Ella fundamenta todas las disposiciones del mismo”⁵²⁹. A lo anterior, cabe agregar que, para el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya: “el deber de los Estados de celebrar consultas con los pueblos

⁵²⁸ Véase, en esencia: la sentencia Roles N°s. 2387 y 2388, acumulados, que en su C° 24, sintetizo que: “[...] se trata de una consulta diversa a la prevista en la Ley Indígena; que no implica ejercicio de la soberanía; que no importa una negociación obligatoria sino una forma de recabar opinión; que no tiene carácter vinculante ni afecta las atribuciones privativas de las autoridades constitucionales. Finalmente, se destacó que resultaba plenamente compatible con la participación democrática que contempla el artículo 1° de la Constitución y la radicación del ejercicio de la soberanía prevista en su artículo 5°”. En el mismo sentido, véase la STC, Rol N° 1050, C° 14, y la Rol, N° 2523, C° 21.

⁵²⁹ FUENZALIDA, Sergio. Op. Cit., 2015, p. 159. Destaca en ese sentido: “Cfr. Organización Internacional del Trabajo, Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Dinamarca del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Confederación Nacional de Sindicatos de Groenlandia (Sulinermik Inuussutissarsiuqartut Kattuffiat SIK), en línea: OIT <<http://www.ilo.org/>>. También, Organización Internacional del Trabajo, Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Ecuador del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres (CEOSL), en línea: OIT <<http://www.ilo.org/>>. FUENZALIDA, Sergio. Op. Cit., 2015, p. 159. Nota N° 46.

indígenas y los principios conexos ha surgido para poner fin a modelos históricos de decisiones que se han impuesto a los pueblos indígenas y a condiciones de vida que han amenazado su supervivencia⁵³⁰. Así, aun cuando: “los principios de consulta y consentimiento no confieren a los pueblos indígenas un derecho a imponer unilateralmente su voluntad a los Estados que actúan legítimamente y de buena fe en bien del interés del público”, ellos están orientados “a evitar que se imponga la voluntad de una parte sobre la otra y a que, en lugar de ello, se procure llegar a un entendimiento mutuo y adoptar decisiones por consenso”⁵³¹. En suma, la CIDH ha caracterizado el mismo derecho como: “un principio general del Derecho Internacional”⁵³², el cual está “cimentado, entre otros, en el respeto a sus derechos a la cultura propia o identidad cultural, los cuales deben ser garantizados, particularmente, en una sociedad pluralista, multicultural y democrática”⁵³³; “por lo mismo, no satisface la consulta la existencia de una reunión de mera información”⁵³⁴; “o una audiencia en la cual las personas u organizaciones que tuvieron la oportunidad de ser oídas no pudieron instaurar un intercambio auténtico con continuidad y tiempo para hacer posible alcanzar acuerdos”⁵³⁵.

En general, como bien destaca Nash: “(...) la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha otorgado un carácter restrictivo a la consulta, que dista de los estándares desarrollados en la jurisprudencia interamericana. En efecto, es superficial el estándar que fija, ya que si bien la consulta no otorga un derecho a veto, en ningún caso es una forma de recabar opinión (...) es un proceso serio y destinado a tener resultados y existe hoy un cuerpo de principios mínimos que deben ser respetados al regular la consulta, y que van más allá de lo que indica el Tribunal Constitucional”⁵³⁶.

⁵³⁰ Cfr. James Anaya, Relator Especial, Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo, Doc off Consejo de Derechos Humanos, 12a ses, Doc A/HRC/12/34 (2009) [en línea]: Asamblea General ONU <http://www.politicaspUBLICAS.net/docs/2009_07_anaya_inf_cdh.pdf>. En: FUENZALIDA, Sergio. Op. Cit., 2015, p.160, Nota N° 47.

⁵³¹ *Ibíd.* En: FUENZALIDA, Sergio. Op. Cit., 2015, p.160, Nota N° 48.

⁵³² Cfr. Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs Ecuador (2012), Corte IDH (Ser C) No 245, párr 164 [Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku]. En: FUENZALIDA, Sergio. Op. Cit., 2015, p.160, Nota N° 49.

⁵³³ *Ibíd.*, párr 159. En: FUENZALIDA, Sergio. Op. Cit., 2015, p.160, Nota N° 50.

⁵³⁴ Cfr. Informe sobre pueblos indígenas y tribales en virtud del art 24 de la Constitución de la OIT por la CUT, supra nota 44, párr 90. En: FUENZALIDA, Sergio. Op. Cit., 2015, p.160, Nota N° 51.

⁵³⁵ Cfr. Organización Internacional del Trabajo, Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por México del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Sindicato de Trabajadores de la Universidad Autónoma de México (STUNAM) y el Sindicato Independiente de Trabajadores de la Jornada (SITRAJOR), párr 94, en línea: OIT <<http://www.ilo.org/>> [Informe en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el STUNAM y el SITRAJOR]. En: FUENZALIDA, Sergio. Op. Cit., 2015, p.160, Nota N°52.

⁵³⁶NASH, Claudio. Op Cit.,2014, p 64.

En suma, además de lo anterior, se ha criticado también el hecho de que para el TC, concurra la autoejecutabilidad de la consulta indígena contenida en el artículo 6, N° 1, letra a), del Convenio, pero no con respecto a aquella contenida en el artículo 15 N°2, oración primera. Según sostuvimos, tal disociación obró, a nuestro juicio, sin mayores fundamentos, tanto por estar ambas preceptivas inscritas en el derecho de consulta indígena, como por el hecho de que ambas satisfagan los requisitos generales de autoejecutabilidad fijados por el propio TC. Según se sostuvo, el TC debió haber atendido al principio pro homine a la hora de determinar la aplicabilidad del DD.HH. colectivo involucrado, privilegiando la interpretación más favorable, consistente en reconocer la autoejecutabilidad de aquella consulta contenida en el artículo 15, N°2, oración primera⁵³⁷.

Por lo demás, como vimos, también resultó criticable que el TC, a la hora de desestimar pronunciarse sobre si acaso se había vulnerado el derecho de consulta, (argumentando que era necesario que antes fuera desarrollada legislativamente, pese a ser autoejecutable), no haya considerado el hecho de que se encontraba ante un DD.HH. colectivo. Como se destacó, estimamos que la falta de legislación no constituye una excusa razonable ni acorde a los estándares internacionales, para que los jueces dejen de velar por la garantía del DD.HH. consagrados internacionalmente.

En general, lo relevante de considerar el presente conjunto de aspectos, a propósito de la consulta, es que delimitan claramente los efectos con los que se traduce su carácter autoejecutable en el plano doméstico; cuestión del todo significativa, si tenemos en cuenta el hecho de que se trata de la piedra angular del Convenio, y la base para la aplicabilidad de sus demás disposiciones.

Por su parte, según vimos anteriormente, si bien nuestros tribunales superiores de justicia han dado cuenta de una jurisprudencia más vacilante a diferencia del TC, progresivamente su jurisprudencia ha evolucionado hacia los estándares internacionales. Sin embargo, sin perjuicio de lo anterior, también fue posible notar que, a pesar de que, especialmente desde las Cortes de Apelaciones, ha concurrido un importante acercamiento a los estándares internacionales exigidos sobre la materia, lo razonado por nuestra Corte Suprema, ha incluido razonamientos que dan cuenta, tanto de un notorio alejamiento, como de un acercamiento a tales estándares. De allí que, atendido lo desarrollado en estos

⁵³⁷ Véase: FUENZALIDA, Sergio. Op. Cit., 2015, p.154 y ss.

párrafos, sea esperable que a futuro se pueda superar tal inestabilidad, atendido lo perentorio que resulta otorgar la necesaria seguridad jurídica en la aplicabilidad de la consulta, y cuya coherencia demanda observar los estándares internacionales a la hora de materializar su cualidad autoejecutable (en tanto demostración básica del compromiso asumido voluntaria y soberanamente por el Estado de Chile, de cumplir de buena fe el Convenio).

Así las cosas, cabe enfatizar que la relevancia de considerar estas apreciaciones, dicen relación con el hecho de que delimitan directamente los efectos con los que se traduce el carácter autoejecutable de la consulta en el plano doméstico; cuestión del todo significativa si tenemos en cuenta el hecho de que se trata de la piedra angular del Convenio, que se inscribe dentro de los llamados DD.HH. colectivos, y que constituye la base para la aplicabilidad de sus demás disposiciones. De allí la importancia de incorporar un mayor grado de efectividad a la manifestación de su carácter autoejecutable, ajustándola a los estándares internacionales exigidos sobre la materia.

En virtud de ello, resulta sumamente criticable la caracterización desarrollada por el TC, al alejarse de los estándares internacionales exigidos. En relación con nuestros tribunales superiores de justicia, como vimos, si bien han dado cuenta de una mayor sintonía con tales estándares, resulta esperable una mayor consolidación y estabilidad a futuro. En general, no basta con señalar que la consulta indígena es autoejecutable si no se fortalece la traducción de sus características en nuestro derecho interno, ajustándolas a los estándares internacionales. Lo contrario minimiza en gran medida sus efectos, perdiendo importancia al hecho de que sea autoejecutable, en tanto determina el mayor o menor impacto con el que se traduciría dicha cualidad en el plano doméstico.

Dado que la consulta es la piedra angular del Convenio, y la base para la aplicabilidad de sus demás disposiciones (irradiando los efectos derivados de su autoejecutabilidad en la generalidad de su normativa), y atendido el hecho de que, de conformidad a un gran sector de la doctrina, se erige como un DD.HH. colectivo amparado por lo establecido en el artículo 5, inciso 2°, de la CPR, resulta esperable que, a futuro, la generalidad de nuestra jurisprudencia consolide con mayor uniformidad y unanimidad, una caracterización más apegada a los estándares internacionales a la hora de materializar la cualidad autoejecutable de la consulta, en miras a otorgar mayor sentido y coherencia al

hecho de que el Estado chileno se haya obligado soberana y voluntariamente a cumplir de buena fe el Convenio.

3.3.7. CONSIDERACIONES RELATIVAS A LA JERARQUÍA NORMATIVA DEL CONVENIO, Y LA NECESIDAD DE RECONOCER UN ESTATUS CONSTITUCIONAL, A LOS DD.HH. AUTOEJECUTABLES QUE ESTABLECE:

Como vimos, de conformidad al tratamiento jurisprudencial del que ha sido objeto el Convenio, se revela predominantemente la atribución de un rango infraconstitucional a su normativa. Sin embargo, atendida la categoría de derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, contenidos en los tratados internacionales ratificados y vigentes (según establece el artículo 5, inciso segundo, de la CPR), la cuestión sobre su jerarquía, aun cuando se descarte el rango constitucional del Convenio, no responde las interrogantes que surgen a partir de la consideración de los DD.HH. colectivos que consagraría. Como señala Liliana Galdámez, más allá de la jerarquía de los tratados: “No estamos en este punto frente a un problema de jerarquía normativa; el problema consiste en definir cuáles son las fuentes de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento”⁵³⁸; “La ubicación de los tratados por debajo de la Constitución no responde a la interrogante sobre los derechos que contienen dichos tratados, cuando son esenciales y emanan de la naturaleza humana”⁵³⁹.

Lo anterior cobra gran relevancia, incluso con respecto a su autoejecutabilidad, al determinar el mayor o menor impacto con el que se traduciría tal carácter en el plano doméstico, especialmente con respecto a la configuración de eventuales conflictos normativos (por ejemplo, el TC ha descartado que la normativa autoejecutable relativa a la consulta opere como parámetro de constitucionalidad, determinando en gran medida la magnitud de sus efectos, por ejemplo, a la hora de evaluar la naturaleza de su omisión durante la tramitación legislativa de proyectos de ley, que, según vimos, a juicio del TC se trataría de una cuestión que no tiene naturaleza constitucional), o bien respecto al estándar para el cumplimiento de la obligación de hacer, que existe con respecto a aquella preceptiva non-self-executing⁵⁴⁰. De allí que, entre otros aspectos, se justifique observar esta materia, dados los determinantes efectos que se producen a propósito de la manifestación del

⁵³⁸ GALDAMEZ, Liliana. Óp.Cit.,2013, p. 623-624.

⁵³⁹ *Ibíd.*, p. 624.

⁵⁴⁰ Como señala Donoso: “El principal efecto práctico de esta discusión tiene que ver con la colisión entre las normas del Convenio y las disposiciones de legislaciones sectoriales, y la preeminencia de unas sobre otras”. DONOSO, Sebastián. Op. Cit., 2009, p. 8.

carácter autoejecutable en el Convenio, especialmente con respecto a aquella preceptiva que da cuenta de DD.HH.. Atendida la calidad de tratado de DD.HH. del Convenio, y el hecho de que en el texto de la CPR no exista una norma específica que determine la fuerza normativa, del derecho convencional de los DD.HH.⁵⁴¹, cabe explorar y sostener la posibilidad de atribuir un estatus constitucional a los DD.HH. contenidos en el Convenio, en miras a fortalecer la traducción de su mérito autoejecutable, sin perjuicio de las discrepancias:

(i) Sin ánimos de profundizar en esta problemática (que desafortunadamente escapa a los propósitos de esta memoria) cabe destacar primeramente, la tesis sostenida por el profesor Claudio Nash, para quién corresponde la atribución de un rango constitucional a los DD.HH. contenidos en los tratados internacionales ratificados y vigentes en Chile, dada la sintonía de tal interpretación con los objetivos de la reforma constitucional del año 1989 que dio origen al artículo 5, inciso segundo, de la CPR.

En efecto, destaca medularmente que: “En primer lugar, hay que recordar que las reformas a la Constitución fueron propuestas después de haber existido en Chile, durante 17 años, un régimen de gobierno autoritario en el cual los derechos humanos fueron violados de manera masiva y sistemática (...) En este contexto, uno de los objetivos compartidos por la sociedad chilena era asegurar de la mejor manera posible un sitio principal para los derechos humanos, dada la enorme importancia que su respeto tendría para una futura democracia estable”⁵⁴²; “En segundo lugar, hay que tener presente que, antes de dicha enmienda, existían ya en la Constitución normas para la defensa de estos derechos. Una reforma que intentara reforzar la protección de estos derechos tendría que ser necesariamente más amplia que el texto original que se reformaba”⁵⁴³; “En tercer lugar, hay que considerar que la consagración y protección de los derechos humanos no es resultado exclusivamente de un sentir nacional, sino que responde también a un movimiento internacional, del cual Chile, y particularmente los proponentes de la enmienda y aquéllos a los que les fue propuesta,

⁵⁴¹ Como destaca Nogueira: “En el texto de la Constitución chilena no hay norma específica que determine la fuerza normativa del derecho convencional internacional ni el derecho convencional de los derechos humanos en el derecho interno, como asimismo, no hay norma que distinga el tratamiento de los tratados de derechos humanos respecto de los tratados que versan sobre otras materias. El texto constitucional solo tiene una mención específica al derecho convencional internacional de derechos humanos en el artículo 5 inciso 2º”. NOGUEIRA, Humberto. Op Cit., 2014, p 10.

⁵⁴² NASH, Claudio. Op Cit., 2012, p 21.

⁵⁴³ Ibid., p. 22.

estaban perfectamente conscientes y del que se encontraban dispuestos a participar”⁵⁴⁴; “Además, si se examina atentamente la Constitución de 1980 original –aún sin la enmienda reseñada–, a la luz de lo señalado en los párrafos anteriores, se llega a la conclusión de que “los derechos esenciales de la naturaleza humana” son un límite constitucional al ejercicio de la soberanía y, por lo tanto, gozan de esa jerarquía desde que entró en vigencia dicha Constitución. Además, del propio texto del artículo 5.2 puede concluirse que los derechos humanos consagrados en tratados de los cuales Chile es parte son derechos esenciales de la persona humana, ya que la Constitución se refiere a los derechos consagrados en los tratados como “tales derechos” (en clara alusión a la primera oración del inciso 2). Está claro que, en estricto derecho, no se necesitaba reforma alguna para asignar a los derechos humanos, o esenciales de la naturaleza humana, la jerarquía constitucional. La enmienda obedeció a la desconfianza de muchos sectores del país respecto del modo en cómo se aplicaría la Constitución en el futuro. Por tanto, la enmienda al inciso segundo del artículo 5º reafirmó la categoría constitucional de los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales vigentes en Chile y agregó al rango constitucional a los derechos y obligaciones establecidos en los tratados internacionales ratificados por Chile en todo su acervo: catálogo de derechos con su acervo jurisprudencial, obligaciones generales, normas de resolución de conflictos (suspensión de derechos y restricciones legítimas), de forma tal que se haga efectivo el pleno goce y ejercicio de los mismos”⁵⁴⁵.

(ii) En segundo término, cabe destacar además que aun cuando se descarte el rango constitucional del Convenio, sería posible sostener que los DD.HH. que consagraría a favor de los pueblos indígenas, responderían a una categoría constitucional atendido el concepto de Bloque Constitucional de Derechos fundamentales, que en Chile, según explica Nogueira: “(...) está constituido por los atributos y garantías de los derechos esenciales o fundamentales, asegurados directamente por la Constitución y por las normas de reenvío expresa y directamente establecidas por ella y que remiten al Derecho Internacional convencional, constituyendo así un bloque de derechos que tienen una unidad indisoluble por su común fundamento que es la dignidad humana, siendo todos estos derechos atributos que emanan de la dignidad humana, como lo determinan tanto el propio texto fundamental como las fuentes del derecho internacional, principalmente las fuentes convencionales de

⁵⁴⁴ Ibid., p. 22.

⁵⁴⁵ Ibid., p. 22. Agrega que: “Otro argumento para sustentar la conclusión anterior está en el hecho de que las fuentes de derecho internacional eran ya válidas en Chile y se las consideraba –por lo menos– en una categoría superior que la ley, por lo que un fortalecimiento del régimen de regulación de los derechos humanos sólo podía tener por objetivo elevar la jerarquía de los derechos humanos”.

este último⁵⁴⁶). En efecto, sería posible sostener la integración a este concepto más amplio y abstracto⁵⁴⁷, de aquella normativa que da cuenta de DD.HH. en el Convenio, como la consulta indígena. Como bien destaca Nash a propósito del TC: “Pese a que el Tribunal insiste en que la jerarquía de los tratados internacionales es infraconstitucional, ello no implica que no pueda realizar un análisis de la normativa que se impugna a la luz del Convenio 169. En efecto, aun no aceptándose la tesis de la constitucionalización de los tratados internacionales, el bloque de constitucionalidad que opera en nuestro país en virtud del artículo 5 de la Constitución Política (que impone como límite a la soberanía los derechos humanos garantizados en la Constitución y en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes) permite traer a la Constitución formal aquellos derechos consagrados internacionalmente con todo su acervo normativo y jurisprudencial, como por ejemplo, el derecho de consulta”⁵⁴⁸.

(iii) En tercer lugar, cabe destacar que lo anterior ha sido reconocido jurisprudencialmente, reafirmando la categoría constitucional de los DD.HH. contenidos en tratados ratificados y vigentes (tanto por nuestros tribunales superiores de justicia⁵⁴⁹, como por el TC, que, no obstante su mayor inestabilidad, ha desarrollado una perspectiva más implícita, utilizando como parámetro de constitucionalidad determinados derechos que, si bien no están expresamente señalados en la CPR, los ha deducido de tratados ratificados y vigentes, como el derecho a la identidad a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño,

⁵⁴⁶ NOGUEIRA, Humberto. Op Cit., 2015, p. 312. Explica que:“(…) Basta en este sentido tener presente la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, especialmente en estos dos últimos su preámbulo (...) La norma constitucional del artículo 5° inciso 2° actúa como cláusula constitucional de inclusión, la que autoriza la conformación de la unidad entre el propio texto formal de la Constitución en materia de derechos fundamentales y los atributos y garantías de los derechos que se aseguran por el derecho convencional y el derecho consuetudinario internacional, como asimismo por las normas imperativas de *ius cogens*, cualquiera sea la fuente convencional o consuetudinaria en que estas últimas estén contenidas. Este bloque se integra, también, por los derechos implícitos o no enumerados, los cuales son explicitados por vía jurisprudencial, como ha ocurrido en el caso chileno, como en general en el derecho comparado europeo y latinoamericano”. *ibid.* p. 312-313.

⁵⁴⁷ Destaca acertadamente en mi opinión Nogueira que: “A su vez, es necesario un avance jurisprudencial que concrete la diferenciación entre bloque constitucional de derechos fundamentales y parámetro de control de constitucionalidad como concepto este último más específico y con dimensiones procesales, no consideradas en el primer concepto mencionado que tiene un carácter más general y abstracto”. *Ibid.* p. 343.

⁵⁴⁸ NASH, Claudio. Op Cit., 2014, p. 65.

⁵⁴⁹ Véase, por ejemplo, la sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 3452-2006, considerando 66, que destaca: "(...) En definitiva los derechos humanos asegurados en un tratado se incorporan al ordenamiento jurídico interno, formando parte de la Constitución material adquiriendo plena vigencia, validez y eficacia jurídica, no pudiendo ningún órgano del Estado desconocerlos y debiendo todos ellos respetarlos y promoverlos, como asimismo protegerlos a través del conjunto de garantías constitucionales destinadas a asegurar el pleno respeto de los derechos. Esta obligación no solo deriva del mencionado artículo 5°, sino también del artículo primero y cuarto, del artículo 19 N° 26 de la Carta Magna y de los mismos tratados internacionales [...]".

atendido el artículo 5, inciso 2°, de la CPR⁵⁵⁰). De allí que, en mi opinión, no existan argumentos de peso para excluir de dicho razonamiento, a los DD.HH. contenidos en el Convenio, aun cuando se descarte su jerarquía constitucional en general, inscribiendo a los derechos de consulta y participación, dentro de la noción de derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, en tanto categoría que supondría una apertura constitucional en el catálogo de derechos, atendido el artículo 5, inciso 2°, de la CPR, y la doctrina del llamado Bloque Constitucional de Derechos Fundamentales, que destacamos.

(iv) A partir de lo anterior, resulta criticable que, a pesar de que nuestra jurisprudencia, en especial la del TC, haya atribuido rango infraconstitucional al Convenio, no haya esclarecido si el derecho de consulta (así como lo hizo con el derecho a la identidad, a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño), se trataba de un derecho esencial que emanaba de la naturaleza humana, garantizado en un tratado ratificado y vigente. Como bien señala Galdámez al criticar al TC: “Desde la perspectiva de los derechos implícitos, pudo definirse si el derecho a la consulta de los pueblos indígenas corresponde a esta categoría”⁵⁵¹. La relevancia de aclarar este aspecto resulta fundamental, por cuanto, de reconocerse que era un derecho esencial que emanaba de la naturaleza humana, ante un incumplimiento del trámite de consulta (con respecto a una determinada medida legislativa o administrativa susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas) se generaría una vulneración a la propia CPR. Sin embargo ello no fue clarificado, y sólo se hizo hincapié en el rango infraconstitucional del Convenio, sin responderse con la profundidad requerida esta interrogante. De allí que haya resultado criticable que el TC, en su polémica sentencia roles N°s. 2387-12-CPT, y 2388-12-CPT, acumulados, se limitara a señalar que, no obstante el carácter autoejecutable de la consulta, para emitir un pronunciamiento con respecto a su vulneración (al haberse acusado que la misma había sido omitida durante la tramitación legislativa de un proyecto de ley que modificaba la Ley General de Pesca y Acuicultura), era necesario que antes fuera desarrollada legislativamente, pese a que era autoejecutable (cambiando diametralmente de criterio, en tanto su conceptualización anterior implicaba aplicabilidad directa, sin necesidad de trámite posterior en virtud de su autosuficiencia

⁵⁵⁰ Destaca por ejemplo, la sentencia del TC, Rol N° 1656-2011, Considerandos 20 y 23. (donde, en virtud de lo dispuesto en el artículo 5, inciso segundo, de la CPR, el TC reconoció el derecho a la identidad, atendido el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, como parámetro de constitucionalidad, pese a no estar señalado expresamente en la CPR, declarándose la inaplicabilidad del plazo de 180 días contenido en el artículo 206 del Código Civil, que impedía interponer la acción filiativa en contra de los herederos del padre fallecido). A mayor abundamiento, destacan también las sentencias Rol N° 1340-09, considerando 9°; La Rol N° 2493-13-INA, considerando 9; la Rol 786-2007, destacando la prevención del Ministro Sr. Jorge Correa Sutil (entre otras).

⁵⁵¹ GALDAMEZ, Liliana. Op. Cit.,2013, p. 624.

normativa), y, sin aclarar, si se trataba de un derecho esencial que emanaba de la naturaleza humana. Según vimos, existen sólidos argumentos para considerar lo anterior, razón por la cual hubiera resultado valiosa una clarificación, en tanto sus implicancias resultan fundamentales a la hora de analizarse su autoejecutabilidad⁵⁵².

(v) En quinto término, cabe agregar que, aun cuando no se considere al Convenio, desde un punto de vista general, como un tratado de DD.HH., lo anterior sería aplicable, a lo menos, con respecto a aquella preceptiva que da cuenta de DD.HH. en el mismo, conforme el objetivo general de la reforma constitucional de 1989 por el fortalecimiento de los DD.HH.. Como destacan Troncoso y Vial, atendido el artículo 5, inciso 2°, de la CPR: “El texto del artículo no permite hacer esa interpretación restrictiva, ya que este habla de tratados en general, sin restringirlos a una clase específica de aquellos, los referentes a Derechos Humanos. De esta forma, nos parece que las normas de Derechos Humanos se encontrarían en cualquier Tratado, sea cual fuere su materia”⁵⁵³.

(vi) Así las cosas, cabe sostener, en definitiva, y sin perjuicio de las discrepancias en el tratamiento de los DD.HH. contenidos en los tratados ratificados y vigentes en Chile⁵⁵⁴, que

⁵⁵² Como destaca Galdámez: “(...) si nos situamos en el escenario donde la consulta no es un derecho esencial que emana de la naturaleza humana, de igual manera estaríamos ante un problema. En efecto, en su doctrina anterior el tribunal había declarado que en dos hipótesis el derecho a la consulta es una norma autoejecutable que incide en la tramitación de la ley. En este caso, el problema sería definir qué consecuencias derivan de esta omisión”⁵⁵². Destaca que: “En cuanto a la doctrina sobre normas autoejecutables, el TC señaló que el Convenio 169 no tenía poder para reformar la Constitución, aunque sí modificaba la Ley Orgánica del Congreso Nacional. Desde esta perspectiva, la omisión del deber de consulta incidiría en un defecto en la tramitación de la ley que el Tribunal no podría controlar dado que no estamos ante una norma de la Constitución sino frente a una norma que desarrolla la Constitución. Conforme a esta tesis, la ausencia de cumplimiento del trámite de consulta, en cambio, sí podría llevar al juez del fondo a declarar el incumplimiento del trámite y con ello a declarar la nulidad. Como sea, estamos ante situaciones de gran complejidad cualquiera sea el camino de análisis que sigamos en relación a la omisión del deber de consulta. En cualquier caso, para comprender este caso, habría sido pertinente que existiera un pronunciamiento del tribunal en relación a la procedencia –o no– de la consulta a los pueblos indígenas, cosa que el tribunal no hace”. GALDAMEZ, Liliانا. Op. Cit., 2013, p. 624-625.

⁵⁵³ TRONCOSO, Claudio y VIAL, Tomás (1993). “Sobre los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales y en la Constitución”, XXIV Jornadas de Derecho Público, Revista Chilena de Derecho, Universidad Católica de Chile, Vol. 20 N° 2 y 3, Tomo II. pp. 695-704. Disponible en: <https://repositorio.uc.cl/bitstream/handle/11534/14586/000177022.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. p. 701. En sintonía con ello, la expresión “esenciales” en la CPR para los autores “(...) debe entenderse como sinónimo de fundamental o de Derechos Humanos, sin que sea la intención del constituyente el hacer una distinción para la cual no parece haber base en el texto fundamental, entendido éste en su integralidad y sistemáticamente”.

⁵⁵⁴ Véase, en general: HENRÍQUEZ, Miriam (2008). Jerarquía de los tratados de Derechos Humanos: Análisis jurisprudencial desde el método de casos. Estudios constitucionales, 6(2), 73-119. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002008000100004>. pp. 73-119.. Cabe destacar, por ejemplo, lo explicado por Nogueira en materia constitucional: “el Tribunal Constitucional utiliza discrecionalmente la perspectiva formalista de las fuentes en materia de tratados de derechos humanos o la perspectiva sustancialista o material de los derechos esenciales asegurados por tratados internacionales, integrando los atributos que forman parte de estos últimos al parámetro de control de constitucionalidad. Son los derechos esenciales contenidos en el “envase normativo” denominado tratado internacional lo que limita el ejercicio de la soberanía y que la Constitución Política, en su artículo 5°, inciso 2°, obliga a los órganos estatales a respetar y promover, cuando ellos son

una perspectiva coherente con la evolución del DIDH, y la necesidad de respetar, cautelar y promover de manera efectiva la aplicabilidad de los DD.HH. contenidos en el Convenio a favor de los pueblos indígenas, constituyen razones suficientes para considerar la posibilidad de atribuir un estatus constitucional a aquella preceptiva autoejecutable que da cuenta de DD.HH. en el Convenio (que sostengo en relación a los artículos 6 y 7, en la parte fijada como autoejecutable, y del artículo 15, salvo la parte segunda, del numeral segundo, de éste último artículo), atendido el artículo 5, inciso segundo, de la CPR (y la noción de derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana que establece, en tanto categoría que supondría una apertura constitucional en el catálogo de derechos), el concepto de Bloque Constitucional de Derechos Fundamentales que señalamos, y el principio pro homine⁵⁵⁵.

En mi opinión, la atribución de un rango constitucional fortalecería el mérito autoejecutable con el que se traducirían en el plano doméstico, ya sea a la hora de aplicarse directamente (por ejemplo, ante eventuales conflictos normativos con otras disposiciones de derecho interno), o bien con respecto a la configuración de un mayor estándar, en el tratamiento general de la normativa autoejecutable del Convenio, y la obligación de hacer que tiene el Estado con respecto a aquella no autoejecutable. De allí la relevancia de haber observado este aspecto, dados sus determinantes efectos a propósito de la materialización del carácter autoejecutable. Como explica Lucía Gaete: “Si se estima que se trata de un instrumento de derechos humanos de aquellos que limitan la soberanía del Estado de Chile, sus normas pasan a integrar, para una parte de la doctrina, el denominado “bloque de

autoejecutables o suficientemente autónomos (sentencia roles N°s. 2387-12-CPT y 2388-12-CPT acumulados de 23 de enero de 2013, considerando 13°)”. NOGUEIRA, Humberto. Op Cit., 2013, p 146. Por su parte, Liliana Galdames explica que los tratados de DD.HH. “(...) han actuado como un canon de integración e interpretación de los derechos fundamentales. En el primer caso se ha operado a través de los derechos implícitos que el TC ya ha reconocido en varias sentencias a propósito de la tutela judicial efectiva, del derecho a la propia imagen y derecho al nombre. En el segundo caso, el DIDH ha operado como un criterio que permite reforzar los argumentos. Por su parte, la Corte Suprema ha entendido que los principios del ius cogens internacional tienen aplicación en Chile, son normas imperativas y obligatorias. Los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana contenidos en esos tratados se incorporan a la Constitución material, son parte de ella y contribuyen a ampliar el catálogo de derechos cuando se reconocen derechos implícitos y también cuando se ensancha el sentido y alcance de los derechos constitucionales”. GALDÁMEZ, Liliana (2014). “El valor asignado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Estudios constitucionales, 12(1), 329-364. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002014000100008>. p. 358-359.

⁵⁵⁵ Destaca Nogueira que: “Las tensiones entre los derechos que integran el bloque constitucional de Derechos Fundamentales tienen como norma positiva común para su resolución la que contiene el artículo 29 literal b) de la Convención Americana de Derechos Humanos, derecho positivo vinculante para todos los Estados Partes de la CADH, cuando dichos Estados no lo hayan establecido en su Constitución, tal es el principio favor persona, fuera de la perspectiva del criterio de jerarquía, ya que el tema a resolver es sustantivo y no formal, el que crecientemente se ha ido incorporando a los textos constitucionales para otorgar seguridad jurídica de su correcta utilización en Latinoamérica. En Chile, desde una perspectiva doctrinal ha sido abordado recientemente, como asimismo ha tenido aplicación jurisdiccional por parte de la Corte Suprema de Chile y del Tribunal Constitucional”. NOGUEIRA, Humberto. Op Cit., 2015, p.325-326.

constitucionalidad”. Ello significa para el Poder Legislativo, entre otras cosas, que en el ejercicio de su potestad legislativa no podrá dejar sin efecto la aplicación del Convenio o afectar en su esencia los derechos que él contiene. Para el Poder Judicial implica, incorporar el Convenio y su contenido a la hora de interpretar y aplicar la legislación vigente de acuerdo al principio de conformidad con la Constitución, por lo que no podrá inaplicar las normas que se contrapongan a alguna disposición interna, salvo que se trate de una pugna con normas constitucionales, situación en que la mayoría de la doctrina chilena señala que prima el derecho interno”⁵⁵⁶.

Descartamos en la presente memoria, no obstante sus razonables argumentos, la atribución de un estatus supraconstitucional a los DD.HH.⁵⁵⁷. En acuerdo con Nash: “nos parece que la coherencia del sistema apunta a la constitucionalidad y no a una supraconstitucionalidad de los derechos humanos, dados los cuestionamientos que puede generar la utilización de esta figura, para una comprensión integral del sistema constitucional-nacional”⁵⁵⁸. No obstante, tal punto merece una mayor detención, que desafortunadamente escapa a los propósitos de esta memoria.

A mayor abundamiento, y sin perjuicio de anterior, cabe sostener en subsidio, a lo menos la atribución de un estatus supralegal a la normativa del Convenio. Como destaca Nogueira: “El Tribunal Constitucional ha sido consistente en su tesis de que los Tratados de

⁵⁵⁶ GAETE, Lucía. Op. Cit., 2012, p. 110.

⁵⁵⁷“(…) hablar en este caso de supraconstitucionalidad es una posibilidad legítima, tal como lo ha señalado la Corte Suprema, ya que los derechos humanos entendidos por la propia Constitución como un límite a la soberanía del Estado podrían ser considerados jerárquicamente superiores a la misma Constitución” NASH, Claudio, Op Cit., 2012, p 23. Añade Nash, a propósito de la Corte Suprema, que: “[...]Esta construcción determinó que esta Corte Suprema haya expresado en innumerables fallos que “de la historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional contenida en el artículo 5º de la Carta Fundamental, queda claramente establecido que la soberanía interna del Estado de Chile reconoce su límite en los valores que emanan de la naturaleza humana; valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente, lo que impide sean desconocidos” (Revista Fallos del Mes Nº 446, enero de 1996, sección criminal, fallo 1, considerando cuarto, página 2066), construcción supraconstitucional que importa incluso reconocer que los derechos humanos están por sobre la Constitución Política de la República, entre ellos los que se encuentren en tratados internacionales, no por estar dichos derechos fundamentales consagrados en instrumentos internacionales, los que siempre tendrán rango legal y deberán ser aprobados por el quórum respectivo, sino por referirse a derechos esenciales, en lo cual existe concordancia con lo resuelto por el Tribunal Constitucional. [...]”. Corte Suprema. “Caso López López”. Sentencia de 14 de octubre de 2009, Rol 5570, 2007, considerando Nº 10. En el mismo sentido las recientes sentencias: Corte Suprema. “Caso Claudio Francisco Thauby Pacheco y otros”. Sentencia 3 de octubre de 2006, Rol 2707-2006, considerando 13; y, Corte Suprema. “Caso Ana Luisa del Carmen Rojas Castañeda”. Sentencia de fecha 14 de diciembre de 2010, rol Nº 6458- 2008, considerando Nº 10”. NASH, Claudio. Op Cit., 2012, p 23. Nota n°34; Cabe agregar la sentencia de la Corte Suprema, Rol 2.788-2012, destacando el voto disidente del ministro sr. Sergio Muñoz, Considerando 3.

⁵⁵⁸ Ibid. p. 23. “(…) cabe señalar que se han planteado críticas a la visión de supraconstitucionalidad en orden a las dificultades de su control desde la perspectiva de un sistema nacional soberano y, por otra parte, respecto a la indeterminación jurídica que puede surgir en el ámbito nacional al concebir un sistema supraconstitucional independiente de las normas constitucionales”.

Derechos Humanos en cuanto fuentes formales del derecho no pueden enmendar el texto constitucional ni tienen rango constitucional, sino que son normas infraconstitucionales y supralegales (sentencia roles N°s. 2387-12-CPT y 2388-12-CPT acumulados de 23 de enero de 2013, considerandos 11° y 12°)⁵⁵⁹. Tal aspecto ha sido considerado tanto en nuestra doctrina como jurisprudencia, abordándose la configuración de un rango supralegal a los tratados⁵⁶⁰.

3.3.8. LA PRETENSIÓN DE GOBERNANZA GLOBAL DEL DERECHO INTERNACIONAL, Y LA AUTOEJECUTABILIDAD DE LA NORMATIVA DEL CONVENIO.

Atendidos los cuestionamientos basados en el lenguaje abierto en que fue redactado el texto del Convenio, y las críticas al criterio relativo a su autoejecutabilidad, para determinar su grado de eficacia interna, cabe destacar a su respecto, la idea de pretensión de gobernanza global del derecho internacional planteada por Montt y Matta, para quienes los aspectos más complejos del Convenio no radicarían en su texto, sino fuera de él⁵⁶¹.

Explican que: “esto se debe al profundo cambio que ha vivido el Derecho internacional post Guerra Fría. Una parte considerable del Derecho internacional tiene hoy en día una pretensión de “gobernanza global” que lo distingue del antiguo Derecho de tratados o consuetudinario del pasado”⁵⁶²; y añaden que: “Una de las características más notables de esta nueva era de Derecho global es la expansión de diversos mecanismos supranacionales de gobernanza. El grado de interdependencia que exhibe nuestro mundo global demanda el establecimiento de tales mecanismos. Ahora bien, estos sistemas de cooperación y

⁵⁵⁹ NOGUEIRA, Humberto. Op Cit., 2013, p. 146.

⁵⁶⁰ Véase, entre otras, la sentencia Rol N°3069-08 (fallada en el 2010), Excm. Corte Suprema, en la causa de Consorcio Allianz Seguros Generales c/n Lan Chile S.A. (Considerando 5°): “Que respecto de la eventual derogación del Convenio de Varsovia-La Haya [transporte aéreo internacional de mercaderías] por el Código Aeronáutico, es preciso tener presente, como lo ha señalado reiteradamente la jurisprudencia de esta Corte, que ya en el trabajo de la Comisión Redactora de la actual Constitución Política de la República (...) se planteó el tema de incorporar a la propia Carta Fundamental una norma expresa que consagrara en forma explícita la supremacía de los tratados frente a las leyes al dejar constancia que “todos los miembros de la Comisión reconocen por cierto, y en esto la doctrina y la jurisprudencia son uniformes, que los tratados son superiores en jerarquía a las leyes (...)La consecuencia de que una norma internacional no pueda afectarse en su validez por una norma interna se deriva del principio de la buena fe internacional y del cumplimiento de los adquiridos que constituyen principios de *ius cogens* codificados por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y que forma parte del ordenamiento jurídico chileno...”; Si bien con mayor inestabilidad, véase, por ejemplo, la sentencia del TC ya examinada, Roles N°s. 2387 y 2388, acumulados, considerandos 11 y 12.; A mayor abundamiento, desde la doctrina nacional, entre otros, la profesora Ana María García (a propósito de la enmienda constitucional del año 2005) ha destacado que: “La reforma pone fin a la polémica sobre la jerarquía entre tratado y ley, determinando la supremacía de los Tratados sobre la ley (...)”. GARCÍA, Ana María. Op. cit., 2006, p. 82.

⁵⁶¹ MONTT, Santiago y MATTA, Manuel. Op. cit., 2011, p.146-149.

⁵⁶² *Ibid.*, p.146.

coordinación exigen que los Estados deleguen soberanía en favor de las instituciones supranacionales que los conforman”⁵⁶³.

Atendido lo anterior, plantean que los Estados, al obligarse a cumplir un tratado, generalmente otorgan su consentimiento “(...) a textos que son abiertos o ambiguos, lo que genera una delegación de poderes implícita hacia los órganos de administración o de solución de controversias establecidos en dichos instrumentos”⁵⁶⁴. En otras palabras, habría una suerte de cesión implícita de soberanía por parte del Estado, para que los organismos internacionales de los que da cuenta el mismo tratado (es decir, a los que les brinda dicha potestad) fijen su contenido, lo cual se liga directamente, en mi opinión, a la pluralidad de aspectos asociados a la autoejecutabilidad de los tratados, y las distintas cuestiones relativas a su precisión y suficiencia normativa. En ese sentido, para estos autores, el Convenio efectivamente puede ser inscrito en el marco de dicha perspectiva, toda vez que “el Derecho internacional indígena comparte esta pretensión de gobernanza global propia del Derecho internacional moderno (...)”⁵⁶⁵. Agregan que: “En términos de Kumm, los Estados terminan sujetos a obligaciones en materia de protección indígena que van más allá de aquellas a las cuales prestaron su consentimiento”⁵⁶⁶; y añaden que: “Esta afirmación no es difícil de demostrar. La generalidad de los tratados de derechos humanos —incluyendo el artículo 21 del Pacto de San José y la mayoría de las normas del Convenio 169— se caracterizan por estar redactados en un lenguaje abierto, cuyo potencial expansivo permite la articulación de esquemas de gobernanza global”⁵⁶⁷.

De esta forma, es posible (al menos considerar) la interacción de un nuevo factor a la hora de analizar la pluralidad de aspectos asociados a la autoejecutabilidad del Convenio. Sin perjuicio de las discrepancias, y aun cuando no profundicemos en este punto, cabe plantear que, ante las críticas relativas al margen de discrecionalidad que deriva de la textura o lenguaje abierto de las disposiciones del Convenio, y, en ese sentido, la insuficiencia que tendría el criterio de autoejecutabilidad para determinar la intensidad de su eficacia interna (donde se ha sostenido que dicha cuestión debe ser resuelta por los órganos internos dotados de competencia normativa⁵⁶⁸) cabe plantear la posibilidad de que, en el desarrollo y

⁵⁶³ *Ibid.*, p.146.

⁵⁶⁴ *Ibid.*, p.146-147.

⁵⁶⁵ *Ibid.*, p.148.

⁵⁶⁶ *Ibid.* p.148

⁵⁶⁷ *Ídem.*

⁵⁶⁸ Véase: VALDIVIA, José Miguel. *Op. cit.*, 2011, p. 67. N°36.

complementación de su contenido (aspecto consustancial a la autoejecutabilidad de una disposición), se reconozca también la participación de los organismos internacionales a los que el mismo tratado otorga tal potestad, sobre la base de la tesis de pretensión de gobernanza global del Derecho Internacional, y por el hecho mismo de haberse sometido voluntariamente el Estado, a darle cumplimiento a un tratado que brinda tales potestades.

3.3.9. NECESIDAD DE DESARROLLAR PRONTO Y DE BUENA FE, LA NORMATIVA NECESARIA QUE DE CURSO EFECTIVO A LA PRECEPTIVA DEL CONVENIO.

Cabe hacer hincapié finalmente, en el hecho de que nuestra jurisprudencia (en especial el TC) haya llamado la atención en reiteradas ocasiones, por la urgente necesidad de avanzar en el desarrollo normativo que de curso efectivo a la normativa del Convenio. Lo anterior, constituye un aspecto consustancial a la autoejecutabilidad de su normativa (más aún si la mayor parte de sus disposiciones responde a la categoría non-self-executing). Si bien el Convenio termina configurándose como un tratado predominantemente non-self-executing, cabe hacer hincapié en su plena obligatoriedad para el Estado, incorporando tácitamente la interacción de los principios y disposiciones del Derecho Internacional de los Tratados aplicables a esta materia.

En efecto, el tratamiento a la luz de esta doctrina, y las categorías de normas que establece en el Convenio, no estarían libres de la obligación de cumplir de buena fe un Tratado, más aún cuando la distinción de normas que establece esta doctrina de origen norteamericano, opera como un mecanismo determinante en lo que a su aplicabilidad doméstica se refiere. En ese sentido, adquieren importancia como parámetro orientador, especialmente la necesaria referencia a los principios de Buena Fe y Pacta Sunt Servanda, so Responsabilidad Internacional del Estado. A lo anterior, cabe integrar además la calidad de tratado en materia de DD.HH. del Convenio, debiendo observarse, especialmente en esta materia, el mandato constitucional contenido en el artículo 5, inciso 2°, de la CPR, que hemos destacado, traducándose, ya sea, en la efectiva aplicación de la normativa en vigor que ya es autoejecutable (por parte de nuestros tribunales), o bien en la satisfacción oportuna de la obligación de hacer (por parte de los demás órganos del Estado pertinentes), consistente en desarrollar las normas legales o reglamentarias que le den plena aplicación al Convenio, según hemos destacado. La necesidad de avanzar prontamente en la regulación necesaria que de curso efectivo a la aplicabilidad del Convenio, constituye un aspecto básico

a la hora otorgar coherencia a la decisión libre y soberana del Estado de Chile por obligarse a cumplirlo de buena fe. De allí que se justifique exigir un rol más proactivo del Estado en ello.

CONCLUSIONES

La presente memoria tuvo por objeto principal aportar en el esclarecimiento de las diversas problemáticas asociadas a la interacción entre la doctrina de la autoejecutabilidad y el Convenio N°169 sobre pueblos indígenas y tribales de la OIT, entendiendo que su importancia, al estar íntimamente ligada en lo que su aplicabilidad doméstica se refiere, se constituye como un punto fundamental sin el cual no se comprende en su integridad la obligación del Estado de Chile de darle inmediato cumplimiento de buena fe a dichas cláusulas. En esa línea, cabe destacar las siguientes conclusiones.

Capítulo 1: Protagonismo del TC y la predominancia de una perspectiva objetiva a la hora de evaluar la procedencia del carácter self-executing.

Como vimos, resultó relevante observar en el primer capítulo de esta memoria, cómo la incorporación explícita de esta doctrina norteamericana, así como el establecimiento de sus bases jurídicas elementales en el ordenamiento jurídico nacional, tuvo por protagonista indiscutido y precursor al TC, justamente a través del Convenio, a raíz de su polémica sentencia, Rol N°309, del 4 de agosto del año 2000, cuyos criterios, tanto a la hora de delimitarse aquella preceptiva que resultaba autoejecutable, como al observarse aquellos elementos necesarios para la procedencia de dicho carácter en aquél, permearían en la generalidad de nuestro derecho interno, salvo ciertas precisiones desarrolladas más adelante por el mismo TC (protagonista indiscutido del desarrollo de esta materia en Chile, no obstante las críticas).

Así, fue posible constatar una concepción predominantemente non-self-executing de la normativa del Convenio (limitándose la procedencia del carácter self-executing sólo a los artículos 6, N°1, letra “a”, y N°2; y, 7, N°1, oración final, relativos a los derechos de consulta y participación), y basada fundamentalmente en la observancia de criterios objetivos (referidos a la constatación de un derecho concreto para un individuo determinado y la precisión normativa suficiente que posibilite su aplicabilidad por un órgano jurisdiccional), desconsiderándose la interacción de otros elementos, como aquellos de orden subjetivo, que gran parte de la doctrina sostenía en materia de DD.HH. (relativos a la intención de los contratantes).

Capítulo 2: Persistencia de una concepción no autoejecutiva del Convenio durante su procedimiento de incorporación al derecho interno.

En el segundo capítulo, relativo al complejo procedimiento de incorporación del Convenio al ordenamiento jurídico interno, fue posible constatar cómo, en sus casi dos décadas de tramitación legislativa, aquellos lineamientos fijados por el TC, en su sentencia, Rol N°309, del año 2000, se reproducirían en gran medida a lo largo de su tramitación, hasta su entrada en vigor en septiembre del año 2009. Así, por ejemplo, se confirmaría el carácter predominantemente no autoejecutable de su preceptiva, la delimitación dentro de la categoría de normas self-executing, sólo a los artículos 6, N°1, letra “a”, y N°2; y, 7, N°1, oración final (relativos a los derechos de consulta y participación), y la prevalencia de una perspectiva objetiva a la hora de reconocerse dicho carácter autoejecutable, sin incorporarse en el análisis aquellos elementos derivados de su calidad de tratado en materia de DD.HH.. Como vimos, la predominancia del carácter no autoejecutable en la mayoría de las disposiciones del Convenio chocó directamente con las altas expectativas depositadas por los pueblos indígenas a lo largo de sus casi dos décadas de tramitación legislativa, lo que provocaría una serie de tensiones, especialmente ligadas a materias como el medioambiente, proyectos de inversión, recursos naturales, propiedad indígena, etc.

Capítulo 3: Sobre la jurisprudencia derivada del TC y nuestros Tribunales Superiores de Justicia.

Finalmente, en el tercer capítulo, relativo al análisis de nuestra jurisprudencia constitucional, y la derivada de nuestros tribunales superiores de justicia, fue posible constatar cómo, la mayoría de los lineamientos fijados por el TC, en su sentencia, Rol N°309, del año 2000, serían confirmados en la generalidad de nuestra jurisprudencia.

Así, fue posible identificar como principales aspectos en la jurisprudencia del TC: La persistencia de la delimitación, dentro de la categoría de normas self-executing, a sólo los artículos 6, N°1, letra “a”, y N°2; y, 7, N°1, oración final (relativos a los derechos de consulta y participación); La confirmación de la constatación casi exclusiva de elementos objetivos a la hora de evaluarse la procedencia del carácter self-executing, en nuestra jurisprudencia (sin integrarse, a lo menos para su consideración en el análisis, las interacciones producidas en virtud de su estatus de tratado de DD.HH.); La polémica y tardía redefinición del TC sobre

la implicancia del carácter self-executing, al establecer, al año 2013, que la autoejecutividad de un tratado internacional no obsta su desarrollo legislativo sino que, por el contrario, lo impele (atendida su polémica sentencia, roles, N°s. 2387-12-CPT y 2388-12-CPT, acumulados, del año 2013), en contraste a lo establecido en su sentencia Rol N°309, del año 2000 (que estableció que del carácter autoejecutable, procedía la aplicabilidad directa de una disposición sin necesidad de trámite posterior); Y, las discrepancias de los razonamientos desplegados por nuestra magistratura constitucional, con los estándares internacionales de la consulta indígena, restringiéndose severamente sus alcances al homologarse muchas veces a lo previsto en la legislación doméstica.

En lo que respecta a la jurisprudencia de nuestros tribunales superiores de justicia, si bien su tratamiento fue más superficial (reproduciendo la mayoría de los lineamientos fijados por nuestra magistratura constitucional, protagonista indiscutida del desarrollo de esta materia), no es menos cierto que, entre sus distintos razonamientos, fue posible constatar interesantes consideraciones, especialmente ligadas a la ampliación del concepto legal de tierra indígena, a partir de los artículos 13, N°1 y N°2, y, 15, N°1 (pese a no ser preceptos autoejecutables), y la positiva evolución hacia los estándares internacionales de la consulta indígena, en contraste al TC (cuya jurisprudencia, de manera estable, ha privilegiado una tesis restrictiva), cuestión íntimamente ligada a la manifestación de su carácter autoejecutable en el plano doméstico.

Propuestas y Observaciones finales:

Así las cosas, atendida la relevancia de esta materia (al incidir directamente en la aplicabilidad doméstica del Convenio), y, con el propósito de avanzar y aportar en la solución y esclarecimiento de estas y otras dificultades asociadas a su compleja implementación en Chile, es que resulta necesario - en mi opinión - la integración más efectiva de una perspectiva de DD.HH. (desde la óptica de los pueblos indígenas), incluso a la hora de evaluarse su autoejecutabilidad. Es decir, comprendiendo que esta doctrina norteamericana, en caso alguno, opera como una cuestión absolutamente aislada, ni se encuentra libre de tales aspectos, al estar especialmente involucrada a la aplicabilidad doméstica de los DD.HH. colectivos presentes en el Convenio, a favor de nuestros pueblos originarios.

De allí que, a la hora de criticar el tratamiento jurisprudencial chileno en el capítulo final de esta memoria, se sostenga medularmente que, si bien, parece correcta la predominancia de una orientación objetiva para determinar el carácter autoejecutable en el Convenio (por cuestiones asociadas a la certeza y seguridad jurídica de su aplicación), el hecho de que se erija como un tratado de DD.HH. (específico y enfocado en la protección de los pueblos indígenas), constituyen aspectos que justificarían una perspectiva más amplia que, si bien privilegie la concurrencia de condiciones objetivas, no excluya de forma absoluta la consideración de los aspectos subjetivos íntimamente ligados a este tipo de tratado, y cuya interacción debiera ponderarse a la hora de determinar su autoejecutabilidad, evitando la utilización de esta doctrina como un mecanismo obstaculizador de la aplicación de DD.HH., sino todo lo contrario.

En virtud de ello, y desde un punto de vista paradigmático de lo sostenido en esta memoria, no se justifica en mi concepto la exclusión total del artículo 15 del Convenio dentro de la categoría de normas autoejecutables (salvo la oración final, de su N°2), cabiendo - a lo menos - la inclusión de la consulta indígena contenida en la oración primera, de su N°2 (a efectuarse antes de emprender o autorizar programas de prospección o explotación de recursos existentes en tierras indígenas). Ello fundamentalmente por cuanto, atendida la regla pro homine de interpretación de los tratados de DD.HH. (que obliga a optar por aquella que mejor los favorezca y garantice), dicha preceptiva (relativa al artículo 15, N°2, oración primera), al igual que los artículos self-executing, 6, N°1, letra a), y N°2, y, 7, N°1, oración final, del Convenio, reúne con claridad las condiciones objetivas necesarias para reconocer aquello, atendida además su inscripción dentro de la categoría de los DD.HH. colectivos o de tercera generación (en este caso, relativo a la consulta indígena), no habiendo razones suficientes a mi juicio, para reconocer sólo la autoejecutabilidad de la consulta contenida en el artículo 6, y excluir aquella contenida en el artículo 15, N°2, oración primera.

No obstante, sin perjuicio de la relevancia de esta materia, debe reconocerse que para lograr avances significativos en materia indígena (atendido el propósito elemental buscado por el Estado de Chile con la ratificación del Convenio, cual era avanzar en la reparación histórica de nuestros pueblos originarios, e integrarlos con mayor efectividad en la toma de decisiones que afectaran sus procesos de desarrollo), no basta con brindar carácter autoejecutable a ciertas disposiciones del Convenio, si la manifestación de dicha cualidad en nuestro derecho interno, entre otros aspectos: No se ajusta a los estándares internacionales

con uniformidad en nuestra jurisprudencia; Si, a futuro, no se explora la posibilidad de reconocer un estatus constitucional a la preceptiva contenedora de derechos fundamentales presentes en tratados ratificados y vigentes, como el Convenio; Si, no se incorpora una perspectiva de DD.HH. al examinarse la procedencia del carácter self-executing (sin perjuicio de la necesidad de observar las condiciones objetivas pertinentes); O bien, si, en el contexto del proceso constituyente iniciado en nuestro país en noviembre del año 2019 - para la elaboración de una nueva Constitución Política de la República en Chile - no se le dota de mayor legitimidad a dicho proceso, a partir de la participación efectiva de los pueblos indígenas en ello, por ejemplo, atendiendo - desde los estándares fijados por el Convenio - sus demandas por un reconocimiento constitucional (sin perjuicio del proceso inédito de consulta indígena llevado a cabo por el gobierno de Chile, entre mayo de 2016 y noviembre de 2017, referido a aquellas medidas susceptibles de incluirse en el anteproyecto por una nueva CPR para Chile, elaborado en ese entonces⁵⁶⁹).

Esto último cobra especial relevancia, atendido el contexto político-social que vive nuestro país, donde - al año 2020 - el Convenio debiera adquirir un rol estelar, especialmente a partir de la autoejecutabilidad de la consulta indígena. En efecto, a modo ilustrativo, cabe destacar lo planteado por los académicos Salvador Millaleo y Elisa Loncón desde la concepción de nuestros pueblos originarios, quienes concuerdan en que: "(...) es central que el Estado chileno refrende el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, instrumento internacional que (en su artículo 6) le obliga a consultar a las comunidades indígenas cada vez que este adopta una medida legislativa o administrativa que les pueda afectar directamente. En ocasión de la elaboración de una nueva Constitución, los pueblos indígenas debiesen ser consultados, de buena fe y con la finalidad de alcanzar un acuerdo acerca de su voluntad e intereses, para que éstos sean incorporados al nuevo texto fundamental. La consulta indígena introduciría una nueva dinámica al proceso constituyente, generando una instancia de mayor vinculación entre los representantes de la Convención y los distintos territorios, organizaciones y/o comunidades indígenas en el país, por lo cual ésta debería también ceñirse a los tiempos e instituciones propias de los pueblos originarios"⁵⁷⁰.

⁵⁶⁹ Véase: ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2018). Consultas con pueblos indígenas sobre reconocimiento constitucional: Experiencias de Chile (2016-2017). Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, Primera Edición, 2018. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---gender/documents/publication/wcms_651445.pdf

⁵⁷⁰FLORES, Fabián, y PERRICONE, Anita (2020). "Condiciones para un proceso constituyente legítimo en el mundo indígena" (08.01.2020). CIPER, Columna de opinión. [En línea].

Dados los riesgos de su vulneración en el contexto de un mundo globalizado, la coherencia con la satisfacción de la deuda histórica que el Estado de Chile tiene para con nuestros pueblos originarios, demanda integrarlos con mayor efectividad en la implementación de todas aquellas medidas que afecten directamente sus procesos de desarrollo, aspectos en los que – en el contexto del proceso constituyente iniciado en nuestro país en noviembre del año 2019, para la elaboración de una nueva Constitución Política de la República en Chile - el Convenio pareciera adquirir un rol estelar, que bien puede ser fortalecido a partir de la integración de una perspectiva de DD.HH. a la hora de evaluarse la autoejecutabilidad de su normativa, especialmente a partir de la consulta indígena (piedra angular y base para la aplicabilidad de las demás disposiciones del Convenio), que seguramente protagonizara el punta pie inicial a la hora de abordarse la problemática indígena en el marco del proceso constituyente, atendida su cualidad self-executing.

Así las cosas, y atendida la generalidad de puntos desarrollados en esta memoria, cabe concluir esencialmente que el grado de manifestación del carácter self-executing y non-self-executing de las normas del Convenio, en caso alguno opera como una cuestión absolutamente aislada, en tanto interactúa estrechamente con una diversidad de aristas, especialmente involucradas a su calidad de tratado de DD.HH., lo que obliga a ampliar la perspectiva más allá de una concepción netamente objetivista a nuestro juicio.

Atendida la necesidad de tomarse el derecho internacional en serio y efectivamente cumplirlo⁵⁷¹, así como la relevancia que los pueblos Indígenas tienen y han cumplido en la configuración de la identidad nacional (“La población que se considera perteneciente a algún pueblo indígena u originario ascendió a 2.185.729 personas en el Censo 2017. Los tres pueblos con mayor porcentaje son Mapuche, Aymara y Diaguita”⁵⁷²), considero que, el

<<https://ciperchile.cl/2020/01/08/condiciones-para-un-proceso-constituyente-legitimo-en-el-mundo-indigena/>>
[Fecha de consulta: 15-01-2020].

⁵⁷¹“El gobierno no conseguirá que vuelva a ser respetado el derecho si no le confiere algún derecho a ser respetado. Y no podrá conseguirlo si descuida el único rasgo que distingue al derecho de la brutalidad ordenada. Si el Gobierno no se toma los derechos en serio, entonces tampoco se está tomando con seriedad el derecho”.
DWORKIN, Ronald. Op. Cit., 1989, p.303.

⁵⁷² INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS (2018). “Síntesis de resultados, Censo 2017”. [En línea]: <https://www.censo2017.cl/descargas/home/sintesis-de-resultados-censo2017.pdf>. [Fecha de consulta: 10-02-2020] p. 16. “Los pueblos indígenas u originarios en Chile son los pueblos descendientes de las agrupaciones humanas que existen en el territorio nacional desde tiempos precolombinos, que conservan manifestaciones étnicas y culturales propias, y para quienes la tierra es el fundamento principal de su existencia y cultura. De acuerdo con el Censo 2017, 12,8% de la población efectivamente censada respondió afirmativamente a la

objetivo básico del Convenio, de brindarles protección, desde una perspectiva colectiva de sus derechos y favorable a su autonomía - desde la óptica del DIDH - constituyen lineamientos de los que - en caso alguno - se encuentra libre la doctrina de la autoejecutabilidad, más aún cuando ésta última incide directamente en la aplicabilidad doméstica de los DD.HH. colectivos que establece.

Lo anterior - en tanto demostración básica de la obligación voluntaria y soberanamente asumida por el Estado de Chile de cumplirlo de buena fe - permitiría fundamentar una implementación más expedita del Convenio, posibilitando el establecimiento de mayores estándares, tanto a la hora de evaluarse la aplicación de su normativa autoejecutable, como a la hora de proveerse la normativa necesaria para la concurrencia del carácter self-executing en su restante normativa, en coherencia con el propósito evidente de contribuir en la reparación histórica de nuestros pueblos originarios, buscado a partir de la ratificación del Convenio, por parte del Estado de Chile.

Resulta razonable que, a futuro, concurra un desarrollo más profundo de esta materia, que integre una perspectiva desde la especificidad cultural de las comunidades indígenas, y que conciba a la doctrina de la autoejecutabilidad como un mecanismo facilitador para la aplicación de los DD.HH. colectivos contenidos en el Convenio, más aún en el contexto del proceso constituyente iniciado en nuestro país, para la elaboración de una nueva carta fundamental al año 2020, en que, seguramente, la manifestación del carácter autoejecutable de la consulta indígena cumplirá un rol estelar.

No obstante, y sin perjuicio de todo lo desarrollado en esta memoria, debe reconocerse finalmente que, las explicaciones esgrimidas desde un plano estrictamente jurídico, a la hora de dimensionar la complejidad de la problemática indígena vivida en nuestro país, resultan insuficientes. Si bien el estudio de la doctrina de la autoejecutabilidad, y su interacción a propósito del Convenio, otorgan importantes luces a la hora de comprender su cumplimiento y aplicabilidad en el plano doméstico, en ningún caso explican la totalidad de aristas involucradas, en el contexto de un mundo globalizado. Resulta imprescindible considerar la interacción de otros factores, más allá del ámbito jurídico, para

pregunta ¿Se considera perteneciente a algún pueblo indígena u originario? De ese porcentaje, 79,8% se considera perteneciente al pueblo Mapuche, 7,2% se considera Aymara y 4,1% se considera Diaguita. La población que se considera perteneciente al pueblo Mapuche representó 9,9% de la población total efectivamente censada en el país”.

comprender en su magnitud las dificultades de legitimación y las evaluaciones negativas que desde el mundo indígena han sido dirigidas a propósito de la implementación del Convenio en nuestro país.

Como bien señala Fernando Quilaleo, una posible explicación de la enorme complejidad que encierra esta problemática es que el Convenio: "(...) tensiona y enfrenta a dos modelos de vida, el de la globalización y el de los pueblos indígenas. Los pueblos indígenas con sus reclamaciones llevan al límite de sus posibilidades esta arquitectura racional de la modernidad. Los problemas del Convenio 169 no serían solo problemas de aplicabilidad, sino que al hacer planteamientos para la defensa de las formas de vida de los pueblos indígenas, lleva a una crisis general a toda la arquitectura jurídico-filosófica que sustenta al Estado y su modernidad"⁵⁷³.

⁵⁷³ QUILALEO, Fernando (2018). "La implementación del convenio 169 de la OIT en Chile: la paradoja de los derechos indígenas". Anuario de Derechos Humanos, (14), 141-153. doi:10.5354/0718-2279.2018.49199. p. 141.

BIBLIOGRAFÍA:

I. Doctrina.

ALDUNATE, Eduardo (2010). “La posición de los tratados internacionales en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico chileno a la luz del derecho positivo”, En: Ius et Praxis, año 16, N°2, pp. 185 - 210. [En línea] <<https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v16n2/art07.pdf>> [Fecha de consulta: 10-04-2019]

ARROCHA, Pablo. (2009). “Caso Medellín vs. Texas. Comentarios al fallo de la Suprema Corte de los Estados Unidos, así como a la solicitud de interpretación del fallo Avena del 31 de marzo de 2004, presentada a la Corte Internacional de Justicia por México en junio de 2008”. Anuario mexicano de derecho internacional, 9, 677-705. [En línea] http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542009000100022&lng=es&tlng=es. [Fecha de consulta:10-03-2019]

ASTUDILLO, Luis (2017). “¿Cumple Chile los estándares internacionales en materia de consulta a los pueblos indígenas? (Una breve revisión a los D.S. N°66 del Ministerio de Desarrollo Social y N°40 del Ministerio del Medio Ambiente)”. Estudios Constitucionales, Año 15, N° 1, 2017, pp. 129 - 152 ISSN 07180195 Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v15n1/art05.pdf>

AYLWIN, J., CARMONA, C., MEZA-LOPEHANDÍA, M., SILVA, H., & YÁÑEZ, N. (2011). “Las implicancias de la ratificación del Convenio N°169 de la OIT en Chile”. Santiago: Observatorio Ciudadano. 2° Ed, pp. 97. [En línea] <<https://www.goredelosrios.cl/cultura2/wp-content/uploads/2016/02/Las-Implicancias-de-la-Ratificaci%C3%B3n-del-Convenio-N%C2%B0-169-de-la-OIT-en-Chile-Jos%C3%A9-Aylwin-y-otros.pdf>> [Fecha de consulta: 15-03-2019].

BENADAVA, Santiago (1992). “Las Relaciones entre Derecho Internacional y Derecho Interno ante los tribunales chilenos”. En: Nuevos enfoques del Derecho Internacional, AA.VV., Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

_____ (2004). "Derecho Internacional Público". Santiago. Chile: Editorial Lexis Nexis. ISBN 956-238-486-1. 8° edición.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE (2008). Historia del Decreto N° 236 del Ministerio Relaciones Exteriores que Promulga el Convenio N°169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes de la OIT. [En línea]: <https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/538/3/hdl-236.pdf> [Fecha de consulta: 10/03/2019].

BRADLEY, C. (2008). "Self-Execution and Treaty Duality". The Supreme Court Review, 2008(1), 131-182. doi:10.1086/655124.

BUERGENTHAL, Thomas (1992). "Self executing and Non -self-executing treaties in national and international law", en, The Hague Academy of International Law Courses, Volume 235(1992), t.I, pp. 332.

CONTESSÉ, Jorge; y, LOVERA, Domingo (2011). "El Convenio 169 de la OIT en la Jurisprudencia Chilena: Prólogo del Incumplimiento", en Anuario de Derecho Público 2011, Universidad Diego Portales (Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales) pp. 127-151.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2009) "Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay". Doc. OEA/Ser./L/VII.110, Doc. 52, 9 de marzo de 2001, Capítulo IX, párr. 12. CIDH, Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú. Doc. OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 59 rev., 2 de junio de 2000, Capítulo X, párr. 7. p. 5. [En línea]<<https://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/tierras-ancestrales.esp.pdf>> [Fecha de consulta: 15-06-2019].

(2009), Informe No. 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002, párr. 127, [En línea]

<<https://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/tierras-ancestrales.esp.pdf>> [Fecha de consulta: 15-06-2019]

CARMONA SANTANDER, Carlos (2001). “Comentarios a la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Convenio N.º 169 sobre Pueblos Indígenas”. En: UNIVERSIDAD DE CHILE, Los Tratados Internacionales en la jurisprudencia constitucional, Santiago, Chile.

CORNEJO, Felipe (2004). “Normas Autoejecutables en los Tratados Internacionales”. Tesis de Licenciatura [inéedita], Universidad de Chile, Santiago.

DONOSO, Sebastián (2009). “Convenio 169 de la OIT: implicancias de una ratificación”. Documento de trabajo n°8, Facultad de Gobierno de la Universidad del Desarrollo, p. 17. [En línea] <<http://gobierno.udd.cl/files/2011/04/Paper-N%C2%BA8.pdf>> [fecha de consulta: 15-01-2019]

DWORKIN, Ronald (1989). “Los derechos en serio”. Barcelona, 1989. [en línea] <https://img.legis.pe/wp-content/uploads/2017/09/Descargue-en-PDF-Los-Derechos-en-serio-de-Ronal-Dworkin-Legis.pe_.pdf> [fecha de consulta: 05-05-2019]

EGAÑA, Rodrigo. (2013). “Convenio 169 y Su Implementación. La Propuesta Del Gobierno Bachelet (2006 - 2010)”. Estado, Gobierno, Gestión Pública, ISSN 0717-6759, N°21 (2013), pp. 179-211. [En línea] <<https://semanariorepublicano.uchile.cl/index.php/REGP/article/view/29406/31185>> [Fecha de Consulta: 10-03-2019]

FLORES, Fabián, y PERRICONE, Anita (2020). “Condiciones para un proceso constituyente legítimo en el mundo indígena” (08.01.2020). CIPER, Chile, Columna de opinión. [En línea].

<https://ciperchile.cl/2020/01/08/condiciones-para-un-proceso-constituyente-legitimo-en-el-mundo-indigena/> [Fecha de consulta: 15-01-2020].

FUENZALIDA, Sergio (2015). "Desarrollo de la jurisprudencia en Chile sobre la consulta indígena: los casos del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema". In: *Revue Québécoise de droit international, hors-série mars, 2015. L'État de droit en Amérique latine et au Canada*. pp. 149-177. Disponible en: www.persee.fr/doc/rqdi_0828-9999_2015_hos_1_1_2105

GAETE, Lucía (2012). "El Convenio 169. Un análisis de sus categorías problemáticas a la luz de su historia normativa", *Ius et Praxis*, 18(2), año 2012, pp. 77-124. [En línea]: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v18n2/art04.pdf> [Fecha de consulta: 1-10-2018].

GALDÁMEZ, Liliana (2013). "Comentario jurisprudencial: la consulta a los pueblos indígenas en la sentencia del Tribunal Constitucional sobre ley de pesca roles N°s. 2387-12-CPT y 2388-12-CPT, acumulados. *Estudios constitucionales*, 11(1), 621-632. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002013000100018>

_____ (2014). "El valor asignado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". *Estudios constitucionales*, 12(1), 329-364. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002014000100008>

GARCÍA, Ana (2006). "Tratados Internacionales según la Reforma Constitucional de 2005" en *Revista de Derecho Público. Chile. Volumen 68*. pp 72- 84. doi:10.5354/0719-5249.2016.40297 [En línea] <https://revistaestudiostributarios.uchile.cl/index.php/RDPU/article/view/40297/41850> [Fecha de consulta: 20-04-2019]

HENRÍQUEZ, Miriam (2008). "Jerarquía de los tratados de Derechos Humanos: Análisis jurisprudencial desde el método de casos". *Estudios constitucionales*, 6(2), 73-119. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002008000100004>

HENDERSON, Humberto, (1999): "Los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine". *En: Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, (San José Costa Rica, N° 39), p. 83-86;

INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (2010). "Situación de los derechos humanos en Chile". Informe anual, año 2010. [En Línea] <https://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/41/informe_anual_2010.pdf?sequence=1> [Fecha de consulta: 25-09-2018]

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS (2018). "Síntesis de resultados, Censo 2017". [En línea]: <https://www.censo2017.cl/descargas/home/sintesis-de-resultados-censo2017.pdf>. [Fecha de consulta: 10-02-2020]

IRIGOIN, Jeannette (1996). "La convención americana de derechos humanos como derecho interno chileno". *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23, No. 2/3, Tomo I: Aplicación del derecho internacional en Chile: doctrina (Mayo-Agosto 1996), pp. 299-307 Published by: Pontificia Universidad Católica de Chile. [en línea] <<https://www.jstor.org/stable/41609391>> [Fecha de consulta: 29-11-2018].

IWASAWA, Yuji (1986). "The Doctrine of Self-Executing Treaties in the United States: A Critical Analysis". *Virginia Journal of International Law*, N° 26, pp. 627-692.

JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo (1988). "La convención interamericana de derechos humanos como derecho interno". *Revista del Instituto Interamericano de DDHH*; [en línea] <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/R06720-2.pdf>> [Fecha de consulta: 10-01-2019].

LAMBETH, George (2015). "Consideraciones para un tratamiento dogmático de las categorías de autoejecutabilidad y no-autoejecutabilidad de las normas de los tratados internacionales". Revista de Derecho. Escuela de Postgrado, (7), pp. 43 - 60. doi:10.5354/0719-5516.2015.37263. [en línea] <<https://revistas.uchile.cl/index.php/RDEP/article/view/37263/38803>> [Fecha de consulta: 20-12-2018].

LEARY, Virginia (1999). "La utilización del Convenio N.º 169 de la OIT para proteger los derechos de los pueblos indígenas". [En línea]. <<https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/2102/utilizacion-convenio-n169-1999.pdf>> [Fecha de consulta: 1-10-2018].

LLANOS, Hugo (2005). "Teoría y práctica del Derecho Internacional Público". Edit. Jurídica, 3º Edic., Santiago.

MEREMINSKAYA, Elina (2011). "El Convenio N°169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Derecho Internacional y experiencias comparadas"; En: Estudios Públicos del Centro de Estudios Públicos de Chile N°121, pp. 213-276. [En Línea] <https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160304/asocfile/20160304095448/rev121_EMereminskaya.pdf> [Fecha de consulta: 1-10-2018].

MEZA-LOPEHANDÍA, Matías (2011). "VI. El Convenio N° 169 de la OIT en el sistema normativo chileno". En: AYLWIN, J., CARMONA, C., MEZA-LOPEHANDÍA, M., SILVA, H., & YÁÑEZ, N. (2011). "Las implicancias de la ratificación del Convenio N°169 de la OIT en Chile". Santiago: Observatorio Ciudadano. 2º Ed, pp. 97. [En línea] <<https://www.goredelosrios.cl/cultura2/wp-content/uploads/2016/02/Las-Implicancias-de-la-Ratificaci%C3%B3n-del-Convenio-N%C2%B0-169-de-la-OIT-en-Chile-Jos%C3%A9-Aylwin-y-otros.pdf>> [Fecha de consulta: 15-03-2019].

_____ (2016). “La jurisprudencia del multiculturalismo en Chile: La consulta previa indígena ante tribunales”. En: Universidad de Valparaíso: Revista de Ciencias Sociales. N° 69. pp. 13-52.

MONTT, Santiago (2005). “Aplicación de los tratados bilaterales de protección de inversiones por tribunales chilenos. responsabilidad del estado y expropiaciones regulatorias en un mundo crecientemente globalizado”. Revista Chilena de Derecho, 2005, 32 (enero-abril), ISSN 0716-0747, Pontificia Universidad Católica de Chile Santiago, Chile, pp. 19-78. [En línea]: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=177021316003>>. [Consulta: 10-12-2018].

MONTT, Santiago y MATTA, Manuel (2011). “Una visión panorámica al Convenio OIT 169 y su implementación en Chile”. En: Estudios Públicos del Centro de Estudios Públicos de Chile N°121. pp. 133-212. [En línea] <<https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160304/asocfile/20160304095447/rev121_SMontt_MMatta.pdf>>[Fecha de consulta: 18-12-2018],

MOYANO, Cesar (1985). “La interpretación de los tratados internacionales según la Convención de Viena de 1969”, síntesis del libro: “la interpretación de los tratados internacionales”. Montevideo, Uruguay, 1985, pp. 32-49.

NASH, Claudio (2004). “Los derechos humanos de los indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” En: AYLWIN, José (Editor). Derechos Humanos y pueblos indígenas. Tendencias internacionales y contexto chileno. Temuco. Chile: 2015Universidad de La Frontera. ISBN. 956-236-161-6, pp. 29-43. [En línea] <https://www.goredelosrios.cl/cultura2/wp-content/uploads/2016/02/Derechos-Humanos-y-Pueblos-Ind%C3%ADgenas-Jos%C3%A9-Aylwin-Editor.pdf> [Fecha de consulta: 15-06-2019].

_____ (2012). “Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno”. Santiago. Chile: Centro de Derechos Humanos.

Universidad de Chile. ISBN 978-956-19-0784-3
<http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/142503/Derecho-internacional-de-los-derechos-humanos-en-Chile.pdf?sequence=1>.

_____ (2014). “Derechos Humanos y pueblos indígenas en Chile. Análisis jurisprudencial para procesos de consulta en el marco del Convenio 169 de la OIT”. Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile [En línea] <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/142688/derechos-humanos-y-pueblos-indigenas-en-chile%20pdf.pdf?sequence=1> [Fecha de consulta: 10-12-2019].

NOGUEIRA, Humberto (1997). “Los Tratados Internacionales en el Ordenamiento Jurídico Chileno”. *Ius et Praxis*, Vol. 2, Nº 2, pp. 9-62.

_____ (2000). “Las Constituciones y los Tratados en materia de Derechos Humanos: América Latina y Chile”. *Ius et Praxis*, Vol. 6, Nº 2.

_____ (2007). “Reforma constitucional de 2005 y control de constitucionalidad de tratados internacionales. *Estudios Constitucionales*”. [en línea] 2007, 5 (junio): [Fecha de consulta:10-01-2018] Disponible en:<<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82050104>> ISSN 0718-0195. p. 66- 67.

_____ (2013). “Consideraciones jurídicas sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre tratados internacionales y derechos esenciales contenidos en tratados internacionales, después de la reforma constitucional de 2005”. *Estudios constitucionales*, 11(2), 97-154.<https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002013000200004>

_____ (2014). “El valor jurídico asignado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al derecho convencional internacional de los derechos humanos y su fuerza

normativa en el periodo 2006-2013". Revista chilena de derecho, 41(2), 409-435. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372014000200003>.

_____ (2015). "El Bloque Constitucional de Derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: Doctrina y Jurisprudencia". Estudios constitucionales, 13(2), 301-350. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002015000200011>.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2003). "Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales: Un Manual. Proyecto para Promover la Política de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales". 1°Ed., ISBN: 92-2-312056-X, [En línea] <http://pro169.org/res/materials/es/general_resources/Convenio%20num%20169%20-%20manual.pdf> [Fecha de consulta: 20-09-2018]

_____ (2013). "Manual para los mandantes tripartitos de la OIT. Comprender El Convenio Sobre Los Pueblos Indígenas Y Tribales". Vol.I. Ginebra. Suiza: oficina Internacional del Trabajo. [En línea]: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/publication/wcms_205230.pdf> [Fecha de Consulta: 12-01-2018].

_____ (2014). "Convenio Núm. 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas". Oficina Regional para América Latina y el Caribe, ISBN: 978-92-2-322581-0. [En línea] <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_345065.pdf> [Fecha de consulta: 10-04-2019]

QUILALEO, Fernando. (2018). "La implementación del convenio 169 de la OIT en Chile: la paradoja de los derechos indígenas". Anuario de Derechos Humanos, (14), 141-153. doi:10.5354/0718-2279.2018.49199.

RIBERA, Teodoro (2001). "El Derecho Internacional en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno". Fundación Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, Chile.

TRONCOSO, Claudio y VIAL, Tomás (1993). "Sobre los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales y en la Constitución", XXIV Jornadas de Derecho Público, Revista Chilena de Derecho, Universidad Católica de Chile, Vol. 20 N° 2 y 3, Tomo II. pp. 695-704.

TRONCOSO, Claudio (2011). "Parlamento y política exterior de Chile: un balance de 20 años (1990-2010)". Serie de estudios N°6, Konrad Adenauer Stiftung, Santiago de Chile.

_____ (2011). "Tribunal Constitucional y Tratados Internacionales. Análisis de su Jurisprudencia Relevante". Estudios de Derecho Internacional, Libro Homenaje al profesor Hugo LLanos Mancilla. Tomo II. Editores: Hugo LLanos Mansilla y Eduardo Picand Albónico.

_____ (2012). "Derecho internacional, constitución y derecho interno". Revista de Derecho Público, (77), pp. 453-462. doi:10.5354/0719-5249.2014.3093. [En línea] <<https://revistaderechopublico.uchile.cl/index.php/RDPU/article/view/30938/32665>> [Fecha de consulta: 10-04-2019].

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO (2014). "Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional". Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. [En línea]: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3683/17.pdf>> [Fecha de consulta: 28-03-2019].

VALDIVIA, José (2011). “Alcances jurídicos del Convenio N° 169”, Estudios Públicos N° 121, pp. 35-70.

VÁZQUEZ, Carlos (1995). “The Four Doctrines of Self-Executing Treaties. American Journal of International Law”. Vol. 89, pp. 695-723, 1995; Georgetown Public Law Research Paper No. 12-101. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2114443>.

YÁÑEZ, Manuel (2016). “La jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno sobre tratados internacionales: el específico caso de las cláusulas autoejecutables y no autoejecutables”. Revista Derecho del Estado, (37), pp. 229-254. [En línea] <<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/download/4790/5647?inline=1>> [Fecha de consulta: 18-05-2019]

II. Legislación.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE. Diario Oficial de la República de Chile. Santiago, Chile, 24 de octubre de 1980.

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, “PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA”, 1969.

CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS, 1969.

CONVENIO N° 107, SOBRE POBLACIONES INDÍGENAS Y TRIBALES, ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, 1957.

CONVENIO N° 169 SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES, DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, 1989.

DECRETO SUPREMO N° 124 DEL MINISTERIO DE PLANIFICACIÓN, que reglamenta el artículo 34 de la Ley N° 19.253, 2009.

DECRETO N° 236 DE 2 DE OCTUBRE DE 2008 DEL MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES DE LA REPÚBLICA DE CHILE, que promulga el Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes de la OIT.

LEY N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente de la República de Chile.

III. Jurisprudencia.

ILUSTRÍSIMA CORTE DE APELACIONES DE IQUIQUE, Rol N° 817-2006, sentencia de 9 de abril de 2008.

ILUSTRÍSIMA CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO, Rol N° 1705-2009, sentencia del 21 de enero de 2010.

ILUSTRÍSIMA CORTE DE APELACIONES DE VALDIVIA, Rol N° 148-2010, sentencia del 26 de mayo de 2010.

ILUSTRÍSIMA CORTE DE APELACIONES DE PUERTO MONTT, Rol N° 36-2010, sentencia del 27 de julio de 2010.

ILUSTRÍSIMA CORTE DE APELACIONES DE VALDIVIA, Rol N° 243-2010, sentencia de 4 de agosto de 2010.

ILUSTRÍSIMA CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN, Rol N° 289-2010, sentencia del 10 de agosto del año 2010.

ILUSTRÍSIMA CORTE DE APELACIONES DE VALDIVIA, Rol N° 2149-2013, sentencia del 3 de Enero de 2014.

ILUSTRÍSIMA CORTE DE APELACIONES DE IQUIQUE, Rol N° 134-2015, sentencia del 17 de abril de 2015.

ILUSTRÍSIMA CORTE DE APELACIONES DE ARICA, Rol N° 93-2019, sentencia de 17 de abril de 2019.

EXCELENTÍSIMA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Rol N° 4306-91 (Recurso de Queja), sentencia de 2 de mayo de 1991.

EXCELENTÍSIMA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Rol N° 2840-2008, Sentencia del 25 de noviembre del año 2009.

EXCELENTÍSIMA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Rol N° 1525-2010, sentencia del 17 de mayo de 2010.

EXCELENTÍSIMA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Rol N° 6062-2010, sentencia de 4 de enero del año 2011.

EXCELENTÍSIMA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Rol N° 1515-2014, sentencia del 22 de abril de 2014.

EXCELENTÍSIMA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Rol N° 6628-2015, Sentencia de 4 de mayo del año 2016.

EXCELENTÍSIMA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Rol N° 65349-2016, sentencia de 30 de enero de 2017.

EXCELENTÍSIMA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Rol N°25.142-2018, sentencia de 22 de abril de 2019.

EXCELENTÍSIMA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Rol N° 12.988-2019, del 12 de febrero de 2020.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Sentencia, Rol N°309, del 4 de agosto del año 2000. Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de Diputados en contra del Convenio N°169 de la OIT.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Sentencia, Rol N°1050, del 3 de abril del año 2008. Control preventivo obligatorio de constitucionalidad, respecto de aquella preceptiva modificatoria de LOC y autoejecutable del Convenio, en virtud del artículo 93 N° 1° de la CPR.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Sentencia, Rol N°383, del 5 de septiembre del año 2003. Requerimiento de inconstitucionalidad formulado por un grupo de Senadores, en contra del proyecto de acuerdo aprobatorio relativo a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Sentencia, Rol N°1483, del 29 de septiembre del año 2009. Requerimiento de inconstitucionalidad formulado por un grupo de Diputados, en contra del proyecto de acuerdo aprobatorio relativo a la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las Desapariciones Forzadas.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Sentencia, Rol N°1504, del 3 de noviembre del año 2009. Requerimiento de inconstitucionalidad, deducido por un grupo de Diputados, en

contra de la actuación de la Cámara de Diputados que desechó, en general, el proyecto de acuerdo relativo a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Sentencia, Rol N° 1988-11-CPT, del 24 de junio del año 2011. Requerimiento de inconstitucionalidad, deducido por un grupo de Senadores en contra del Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (conocido como “UPOV-91”).

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Sentencia, Roles N° s. 2387-12-CPT Y 2388-12-CPT, acumulados, del 23 de enero de 2013. Requerimiento de inconstitucionalidad formulado por un grupo de Senadores, en contra de determinadas normas del proyecto de ley que modificaba, en el ámbito de la sustentabilidad de recursos hidrobiológicos, acceso a la actividad pesquera industrial y artesanal y regulaciones para la investigación y fiscalización, la Ley General de Pesca y Acuicultura contenida en la ley N° 18.892 y sus modificaciones.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Sentencia, Rol N° 2523-13-CDS, del 30 septiembre del año 2013. Requerimiento de inconstitucionalidad, deducido por grupo de Diputados, en contra del Decreto Supremo N° 40, del Ministerio de Medio Ambiente, que aprobó el reglamento del sistema de evaluación de impacto ambiental (SEIA).

IV. Jurisprudencia Extranjera.

U.S. SUPREME COURT, Foster & Elam v. Neilson, 27 U.S. 2 Pet. 253 (1829).

U.S. SUPREME COURT, Medellín vs. Texas, 128 S. Ct. 1346 (US 2008) (Núm. 06–984).

V. Sitios Web.

www.senate.gov. United States Senate, Constitution of the United States. [En línea] <https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#a6> [Consulta: 10-12-2018].

www.subpesca.cl. Subsecretaría de Pesca y Acuicultura, Gobierno de Chile. [En línea] <<http://www.subpesca.cl/orientacion/604/w3-article-615.html>> [Fecha de consulta: 14-01-2019].

www.consultaindigena.mma.gob.cl. Ministerio del Medio Ambiente, Gobierno de Chile. [En línea] <<https://consultaindigena.mma.gob.cl/que-es-el-convenio-n-169-de-la-oit>> [Fecha de consulta: 15-02-2019].