



Normas auto-ejecutables en el Convenio 169 de la OIT

Análisis de la sentencia rol 309 del Tribunal Constitucional

Autor

Matías Meza-Lopehandía G.
Email:
mmezalopehandia@bcn.cl
Tel.: (56) 32 226 3965

Nº SUP: 126948

Resumen

En su examen de la constitucionalidad de Convenio 169 de la OIT de 2000, el Tribunal Constitucional recurrió a la doctrina que distingue entre cláusulas auto-ejecutables y cláusulas no-autoejecutables, fundándose en si contienen o no la precisión suficiente para ser aplicadas sin más trámite en el derecho interno.

La sentencia reconoce tres tipos de mandatos: los auto-ejecutables, los programáticos y los auto-ejecutables sujetos a una condición. Las disposiciones auto-ejecutables se dirigen en general a la autoridad competente, y contienen un mandato directo de hacer: “consultar”, “participar”, “tener en cuenta” y “dar preferencia”. Las normas programáticas también contienen un mandato dirigido a la autoridad, pero se refiere a adoptar una medida con una finalidad determinada en la misma norma: por ejemplo, adoptar medidas para proteger el derecho de uso, delimitar las tierras indígenas o resolver reivindicaciones de tierras. Las normas auto-ejecutables condicionadas son aquellas sujetas a una condición establecida en la misma norma, principalmente la compatibilidad con el orden jurídico nacional o internacional.

Ahora bien, cabe tener presente que esta distinción entre normas auto-ejecutables y no-autoejecutables ha sido matizada en la práctica e implícitamente por el propio Tribunal Constitucional en sentencias posteriores.

Introducción

En 1991 el Ejecutivo ingresó a tramitación un proyecto de acuerdo para la ratificación del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo de 1989 (C169).¹ Tras casi diez años de tramitación, la propuesta fue aprobada en primer trámite por la Cámara de Diputados. Frente a ello, un grupo de congresistas interpuso un requerimiento ante el Tribunal Constitucional (TC) solicitando que declarara la inconstitucionalidad de todo el tratado, y en subsidio de lo anterior, la inconstitucionalidad de ciertos artículos.²

El Tribunal descartó ambas pretensiones en su sentencia de agosto de 2000.³ El interés de este informe está en la clasificación que hizo el Tribunal de las cláusulas del tratado entre ejecutables y no auto-ejecutables, recurriendo para ello a la doctrina de origen anglosajón que distingue ambos tipos de mandatos.⁴

Este informe se centra en esta distinción y el modo en que la aplicó el mismo TC en dicha sentencia, identificando el criterio aplicado por el tribunal para clasificarlas. A partir de ello, se ofrece una tabla que sistematiza la información de manera de facilitar aplicar tal criterio para el resto de las disposiciones del Convenio. Para ello se analiza la sentencia teniendo presente la ejecución práctica del C169.

I. La doctrina sobre la ejecutabilidad de los tratados en la sentencia del Tribunal Constitucional

Como se señaló en la Introducción de este trabajo, la sentencia descartó la inconstitucionalidad general del Convenio. Antes de analizar la constitucionalidad de las diversas normas impugnadas en particular, el Tribunal hizo dos precisiones. La primera, relativa a la clasificación de las cláusulas de un tratados entre “*self executing*” (normas auto-ejecutables) y “*non self executing*” (normas no auto-ejecutables o programáticas).⁵ La segunda precisión se refiere a la cláusula de flexibilidad en la aplicación del Convenio, establecida en su artículo 34, cuyo interés para este informe es solo marginal.⁶

Para el Tribunal las cláusulas auto-ejecutables serían aquellas “que tienen el contenido y precisión necesarias que las habilita para ser aplicadas sin otro trámite como fuente del derecho interno”. En consecuencia, estas normas ingresarían al orden interno desde el momento en que el tratado respectivo “se incorpora al derecho vigente”.⁷

¹ Boletín N° 233-10

² La presentación tenía dos argumentos principales. El primero defendía la idea de que el tratado modificaba tácitamente diversas leyes orgánico constitucionales, y por lo mismo debía haberse votado con el quorum respectivo. El segundo, afirmaba que el Convenio contrariaba las bases de la institucionalidad al otorgar potestades públicas a una entidad intermedia, esto es, a los pueblos indígenas (STC, rol 309: p. 2-5).

³ STC, rol 309.

⁴ Sobre este origen de la doctrina, ver Iwasawa (1986).

⁵ STC, rol 309:c.48°.

⁶ Este artículo dispone lo siguiente: “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”.

⁷ STC, rol 309:c.48°. Aunque el Tribunal no lo precisa, la referencia al “derecho vigente” parece apuntar a la vigencia

En contraste, las cláusulas no auto-ejecutables, serían las que imponen al Estado la obligación de implementarlas en el ordenamiento interno, a través de la normativa necesaria para darles “vigencia efectiva”, sean en leyes, reglamentos o decretos.⁸

En opinión del Tribunal, esta distinción es crucial, ya que solo está habilitado para pronunciarse sobre la constitucionalidad de las cláusulas auto-ejecutables. Las cláusulas programáticas solo podrían ser escrutadas en forma indirecta, al analizarse las normas internas que se dicten con posterioridad para implementarlas en el derecho interno.⁹ En consecuencia, el Tribunal señala que la evaluación de constitucionalidad debe comenzar siempre con un juicio acerca del carácter auto-ejecutable o no de la norma impugnada y, “[s]ólo en el evento de que la norma sea autoejecutable, el Tribunal debe —en esta instancia jurisdiccional— pronunciarse sobre su constitucionalidad”.¹⁰

En el siguiente apartado se analiza el modo en que el Tribunal aplicó esta doctrina a cada una de las disposiciones impugnadas.

Ahora bien, cabe tener presente que esta distinción ha sido matizada en la práctica. En efecto, disposiciones que fueron declaradas auto-ejecutables por el TC en la sentencia analizada, han requerido la dictación de reglamentos para su implementación.¹¹ Asimismo, el Tribunal Constitucional ha llamado la atención del Congreso Nacional por no haber reglamentado la consulta previa indígena en el proceso legislativo.¹²

II. La aplicación de la distinción a las normas impugnadas del Convenio

La doctrina de la ejecutabilidad de sus normas del tratado es aplicada por primera vez en la primera parte de la sentencia, donde se examina si las normas se refieren a materias que la Constitución protege mediante quorum reforzados. Ahí se analiza la oración final del artículo 7.1, que consagra el derecho de los pueblos indígenas a participar en los planes y programas de desarrollo susceptibles de afectarles directamente. El TC señala que el carácter auto-ejecutable de la norma se desprende de su tenor literal. Este será el recurso interpretativo que utilizará en el resto de la sentencia:

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”.¹³

interna el tratado internacional, esto es, una vez promulgado y publicado en el Diario Oficial.

⁸ STC, rol 309:c.48°.

⁹ STC, rol 309:c.48°.

¹⁰ STC, rol 309:c.48°.

¹¹ En particular, en relación con la consulta previa indígena se dictaron los Decretos Supremos N° 124 de 2009 de MIDEPLAN, el cual fue luego reemplazado por el DS N° 66 de 2014 del Ministerio de Desarrollo Social y el DS N° 40 de 2012 del Ministerio del Medio Ambiente.

¹² Al revisar la constitucionalidad de la Ley General de Pesca, el TC señaló que “la circunstancia de verse esta Magistratura en la necesidad de resolver nuevos requerimientos parlamentarios sobre esta materia [la procedencia de la consulta previa indígena], es demostrativa de la necesidad de que no se dilate, por parte del Congreso Nacional, regular apropiadamente este procedimiento de consulta” (STC, 2387:c.22°).

¹³ STC, rol 309:c.6°. Énfasis añadido.

En efecto, el TC le atribuye a esta redacción enfática la modificación de la legislación interna aplicable en la materia, afirmando que es la ley la que tiene un carácter programático que es modificado por el Convenio:

Está [sic] 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 [...]. 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.¹⁴

La sentencia aplica un razonamiento análogo al evaluar la constitucionalidad del artículo 6.1.a del C169, que consagra el deber de consulta previa indígena: por los “términos perentorios” en los que está redactada, entiende que modifica la Ley Orgánica del Congreso Nacional, en tanto agregaría una nueva norma en el proceso de formación de la ley, o, al menos, haría obligatoria las audiencias que en la legislación vigente eran facultativas para el legislador.¹⁵

Más adelante evalúa la constitucionalidad del artículo 9.1 del C169 que ordena respetar el derecho propio indígena para la represión penal, en la medida en que “sea compatible con el sistema jurídico nacional y los derechos internacionalmente reconocidos”. El TC consideró que esta norma, a pesar de ser en principio inconstitucional — por cuanto el monopolio de la jurisdicción estaría entregado a los tribunales creados por ley, los que deben resolver las cuestiones conforme al debido proceso —, sería constitucional, precisamente porque el Convenio condiciona su *exigibilidad* a que sea compatible con el sistema jurídico nacional.¹⁶ De lo anterior se desprende que consideró la norma como auto-ejecutable, aunque condicionada a su compatibilidad con los estándares señalados en la propia disposición.

A continuación, el Tribunal analiza el art. 9.2 del C169, que establece el deber del juez de tomar en consideración las costumbres indígenas en materia penal. Señaló que la norma se limitaba a establecer nuevos elementos que el juez penal debe considerar, sin limitar su imperio ni el debido proceso ni el principio de igualdad; por lo mismo la norma sería constitucional.¹⁷ El hecho de que analice su alcance, y que la califique de “imperativa”, permite afirmar que se trata de una norma auto-ejecutable.¹⁸ Una matriz de análisis análoga se aplica al artículo 10, sobre las consideraciones culturales a la hora de imponer sanciones penales a los indígenas.¹⁹

Es en el análisis del artículo 14 sobre derecho a la tierra y su protección donde el Tribunal alude a las disposiciones programáticas. Ahí señala que en ellas “el Convenio no ejecuta por sí mismo las medidas sino que invita al Estado a ponerlas en ejecución”, lo que se desprendería de las expresiones que usa en la disposición analizada: “deberán reconocerse”, “deberán tomarse medidas”, “deberá prestarse

¹⁴ STC, rol 309:c.6.

¹⁵ SRC, rol 309:c.7.

¹⁶ STC, rol 309:c.52-53°

¹⁷ STC, rol 309:c.54°ss

¹⁸ Cabe recordar que en la misma sentencia el TC había advertido que “[s]ólo en el evento de que la norma sea autoejecutable, el Tribunal debe [...] pronunciarse sobre su constitucionalidad” (STC, rol 309:c.48°)

¹⁹ STC, rol 309:c.57°ss.

particular atención”, los gobiernos deberán”, “deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional”.²⁰

En relación con la regulación de los derechos indígenas que concurren con la propiedad estatal del subsuelo contemplada en el artículo 15.2, el Tribunal descompone la norma en dos partes. Respecto de la primera, que se refiere al derecho a ser consultados antes de autorizar la intervención de dichos recursos, afirma que, “al igual que las anteriores”, se trataría de una norma programática.²¹ Aunque en este caso no menciona las expresiones utilizadas, el texto del artículo señala que “los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos”, lo que va en la línea de lo señalado anteriormente.

La segunda parte de la norma, que se refiere a la participación en los beneficios, es declarada constitucional, entendiendo que la expresión “siempre que sea posible” utilizada por el Convenio, sería equivalente a que sea compatible con el régimen jurídico nacional.²² Ahora bien, el Tribunal afirma que se trataría de una norma programática, aparentemente apoyándose en el misma expresión citada, lo que parece evidencia que confunde la condicionalidad del mandato (en este caso, subordinado a su compatibilidad con el régimen interno) con el contenido del mismo (en este caso, reconocer un derecho a la participación en los beneficios).²³ Respecto de la tercera parte del artículo, que establece el derecho a la indemnización por daños, el Tribunal guarda silencio, aunque declara constitucional la totalidad del artículo.²⁴

Finalmente se aborda la alegada inconstitucionalidad del artículo 17.2 que exige la consulta previa a los pueblos indígenas siempre que se considere su capacidad para enajenar sus tierras fuera de su comunidad. El Tribunal entiende que la norma dispone esta consulta como un dispositivo aplicable en los países en que los pueblos indígenas tienen completa libertad para disponer de sus tierras, lo que no sería el caso de Chile.²⁵ Aunque la disposición parece referirse a otra cuestión — la obligación de consultar cuando se pretenda modificar el estatuto legal de las tierras indígenas en relación a la capacidad de sus titulares para enajenarlas — lo relevante es que el Tribunal considera que la norma es auto-ejecutable, aunque condicionada: “la Convención establece la consulta *siempre que se dé la condición* de que los pueblos interesados tengan capacidad para transferir sus tierras o transmitir sus derechos sobre ellas”.²⁶

La tabla n° 1 muestra cada uno de los artículos analizados por el TC, la forma en que está redactada sus disposiciones, enfatizando las palabras clave y la caracterización que a partir de ello le asignó el TC. Cuando esta última parece inconsistente con el propio criterio trazado por el TC, se consigna la interpretación alternativa.

²⁰ STC, rol 309:c.66° y 65°.

²¹ STC, rol 309:c.70°.

²² En efecto, en la primera parte de la sentencia, cuando desecha la inconstitucionalidad de forma de este artículo, reenvía a esta sección de la sentencia para fundamentarlo. O sea, no sería inconstitucional, porque la exigibilidad de la participación indígena en los beneficios de la minería estaría sujeta el orden legal vigente.

²³ STC, rol 309:c.73°

²⁴ STC, rol 309:c.73°. La redacción sugiere que también se trata de un deber sujeto a la condición de “que sea posible”. Ahora bien, como la indemnización de perjuicios es un principio general del derecho, tanto nacional como internacional, pareciera que se trata de una norma auto-ejecutable.

²⁵ STC, rol 309:c.76°

²⁶ STC, rol 309:c. 76°. Énfasis añadido.

Tabla N° 1. Carácter auto-ejecutable o no de las normas del C169 de acuerdo al TC.

Artículo y materia	Redacción	Caracterización
Artículo 6.1.a Consulta previa indígena	“los gobiernos <i>deberán: consultar</i> a los pueblos interesados ...”	Auto-ejecutable
Artículo 7.1 (parte final) Participación de los pueblos indígenas en políticas susceptibles de afectarles directamente	Los pueblos indígenas “ <i>deberán participar</i> en [...] los planes y programas de desarrollo [...] susceptibles de afectarles directamente.”	Auto-ejecutable
Artículo 9.1 Jurisdicción indígena en materia penal	“En la medida en que ello sea <i>compatible con el sistema jurídico nacional</i> [e internacional] <i>deberán respetarse</i> los métodos [indígenas] para la represión de los delitos [cometidos por indígenas]...”	Auto-ejecutable condicionada
Artículo 9.2. Pluralismo jurídico en materia penal.	“Las autoridades [...] <i>deberán tener en cuenta</i> las costumbres [indígenas en materia penal]”	Auto-ejecutable
Artículo 10. Pluralismo jurídico en la imposición y aplicación de sanciones penales a personas indígenas	Al aplicar sanciones penales a personas indígenas “ <i>deberán tenerse en cuenta</i> sus características...” “ <i>Deberá darse preferencia</i> a tipos de sanción distintos del encarcelamiento”	Auto-ejecutable
Artículo 14 Derechos sobre la tierra	“ <i>Deberá reconocerse</i> a los pueblos... el derecho de propiedad...” “ <i>deberán tomarse medidas</i> para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos [...]. A este respecto, <i>deberá prestarse particular atención</i> a la situación de pueblos nómadas...” ²⁷ “ <i>deberán tomarse medidas</i> para salvaguardar el derecho [de propiedad indígena]...” “Los gobiernos <i>deberán tomar las medidas</i>	Programático

²⁷ El mandato de “prestar particular atención” a determinado grupo parece auto-ejecutable, pero en el contexto de una norma programática. O sea, una vez adoptadas las medidas encomendadas, estas deben, tomar la señalada atención especial”.

Artículo y materia	Redacción	Caracterización
	que sean necesarias para determinar las tierras [indígenas]” “ <i>deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar reivindicaciones de tierras...</i> ”	
Artículo 15.2. Derechos sobre recursos del subsuelo (consulta previa)	“los gobiernos <i>deberán establecer o mantener procedimientos</i> con miras a consultar a los pueblos interesados [antes de emprender o autorizar exploración o explotación de recursos] ”	Programática
Artículo 15.2 Derechos sobre recursos del subsuelo (participación en los beneficios)	“Los pueblos interesados <i>deberán</i> participar <i>siempre que sea posible</i> en los beneficios [de la explotación del subsuelo]” (énfasis añadido)	Programático *Pareciera que es más bien se trata de una norma “auto-ejecutable condicionada” pues sujeta el deber (de participación) a una condición (que sea posible)
17.2 Derechos sobre la tierra (consulta previa).	“ <i>Deberá consultarse</i> a los pueblos [...] <i>siempre que se considere su capacidad</i> [de enajenar o transmitir sus tierras]”	Auto-ejecutable condicionado

Fuente de la tabla: elaboración propia.

De acuerdo con lo analizado, el Tribunal Constitucional reconoce tres tipos de mandatos: los auto-ejecutables, los programáticos y los auto-ejecutables sujetos a una condición (ver tabla n° 1). Todos ellos conjugan el verbo “deber”. Las auto-ejecutables se dirigen en general a la autoridad competente,²⁸ y contienen un mandato directo de hacer: “consultar”, “participar”, “tener en cuenta” y “dar preferencia”. Las normas programáticas también contienen un mandato dirigido a la autoridad, pero se refiere a adoptar una medida con una finalidad determinada en la misma norma: proteger el derecho de uso, delimitar las tierras indígenas, resolver reivindicaciones de tierras. Las auto-ejecutables condicionadas son aquellas sujetas a una condición establecida en la misma norma, principalmente la compatibilidad con el orden jurídico nacional o internacional.

²⁸ La norma sobre participación del artículo 7.1, está redactada como un deber de participación de los indígenas (“dichos pueblos deberán participar en”), pero en realidad se trata de un derecho que impone a la autoridad la obligación de permitir dicha participación.

Bibliografía

Iwasawa, Yuji. (1986). The doctrine of self-executing treaties in the united states: critical analysis. *Virginia Journal of International Law*, 26(3), 627-692.

Sentencias

STC 309. ROL N° 309. Requerimiento formulado por diversos diputados para que el tribunal resuelva la constitucionalidad del Convenio N° 169, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la organización Internacional del trabajo, el 27 de junio de 1989, de acuerdo al artículo 82, N° 2, de la Constitución Política de la República. Disponible en: <http://bcn.cl/27t9a> (noviembre, 2020)

STC 2387. Rol N° 2387. Requerimiento presentado por un grupo de Senadores, que representan más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio del Senado, para que se declare la inconstitucionalidad del artículo 1°, numerales 20, 3, letra c) y 48. del proyecto de ley que modifica, 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, incluido en el Boletín N° 8091-21. Disponible en: <http://bcn.cl/27tbs> (noviembre, 2020).

Nota aclaratoria

Asesoría Técnica Parlamentaria, está enfocada en apoyar preferentemente el trabajo de las Comisiones Legislativas de ambas Cámaras, con especial atención al seguimiento de los proyectos de ley. Con lo cual se pretende contribuir a la certeza legislativa y a disminuir la brecha de disponibilidad de información y análisis entre Legislativo y Ejecutivo.



Creative Commons Atribución 3.0
(CC BY 3.0 CL)