

R E V I S T A
TRIBUNA
INTERNACIONAL^{M.R}

Publicación del Departamento de
Derecho Internacional

Volumen 2 / N°4 / 2013

FACULTAD DE
DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE

Rector de la Universidad de Chile

Víctor Pérez Vera
Av. Libertador Bernardo O'Higgins
1058, Santiago

Representante legal

Roberto Nahum Anuch
Decano de la Facultad de Derecho
de la Universidad de Chile

Director responsable

Mario Ramírez Necochea

Editora de contenidos

Rita Lages

Ayudante de edición

Gonzalo Mellado

Comité editorial

Gonzalo Aguilar (*Universidad Andrés Bello, Chile*)

José Carlos Fernández Rosas (*Universidad Complutense de Madrid, España*)

Claudio Grossman (*American University, EE.UU.*)

Mattias Kumm (*New York University, EE.UU.*)

Hugo Llanos (*Universidad Central, Chile*)

Cecilia Medina (*Universidad Diego Portales, Chile*)

Elina Mereminskaya (*Universidad de Chile, Chile*)

Mónica Pinto (*Universidad de Buenos Aires, Argentina*)

Revista Tribuna Internacional^{MR}

“La Revista Tribuna Internacional es una marca registrada”.

Publicación del Departamento de Derecho Internacional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Su objetivo es fomentar la reflexión, el debate, el análisis y la comunicación sobre el derecho internacional en forma pluralista y con rigor científico. Se publica cada semestre en los meses de junio y diciembre mediante convocatoria abierta a la publicación de artículos y monografías inéditos, comentarios de jurisprudencia, reseñas y comentarios de libros, en los campos de derecho internacionales, derechos humanos y relaciones internacionales, tanto en castellano como en inglés.

Volumen 2/ N°4/2013

www.tribunainternacional.uchile.cl

ISSN 0719-210X

Departamento de Derecho Internacional
Facultad de Derecho
Universidad de Chile
Av. Santa María 076, 4° piso
Povodencia, Santiago de Chile

Diseño y producción:

Gráfica LOM

www.lom.cl

Impreso en Chile/ Printed in Chile

Algunos derechos registrados.

Se autoriza la reproducción total o parcial del contenido de la publicación, siempre que se reconozca y cite el/ la/ los/ las autor/a/es/as y la publicación, no se realicen modificaciones a la obra y no se la utilice para fines comerciales.

ÍNDICE

Artículos

- Marco jurídico actual de la piratería: un antiguo delito del Derecho Internacional del Mar 9
Juan Cristóbal Fernández Sanz
- Las fuentes de la futura calificación del crimen de agresión por parte de la Corte Penal Internacional 33
Christian Finsterbusch
- Semántica y discursividad de la legislación chilena sobre temas migratorios. Una aproximación crítica 65
Felipe López Pérez y Nicolás López Pérez
- Reflexiones sobre la política migratoria argentina e integración regional 89
Julieta Nicolao

Comentarios de jurisprudencia

- Inmunidad en el derecho internacional: un lento proceso de evolución. Comentario a la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso de Alemania vs. Italia, 2012 113
Gonzalo Aguilar Cavallo
- El proyecto de modificación a la «Ley de Pesca» y el Convenio 169 de la OIT. Reflexiones en torno a un fallo del Tribunal Constitucional Chileno 139
Claudio Troncoso Repetto

Recensión

- “El conflicto entre China y Japón sobre las islas Diaoyu/Senkaku y su comparación con conflictos marítimos de América Latina” de Matías LETELIER ELTIT, por José Rodríguez Elizondo 149

El proyecto de modificación a la «Ley de Pesca» y el Convenio 169 de la OIT. Reflexiones en torno a un fallo del Tribunal Constitucional chileno¹

The draft amendment to the “Fisheries Law” and the ILO Convention 169. Reflections on a Judgment of the Chilean Constitutional Court.

Claudio Troncoso Repetto

ctroncoso@derecho.uchile.cl

Profesor de Derecho Internacional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

Resumen: el presente trabajo consiste en una reflexión sobre una reciente sentencia del Tribunal Constitucional chileno que se pronunció sobre la constitucionalidad de algunas de las normas del proyecto que modificaba la Ley de Pesca. Para ello, nuestra reflexión se centrará en el análisis y comentario de la valoración hecha por el Tribunal Constitucional sobre dos distintas cuestiones, la primera relativa al procedimiento de consulta establecido por el artículo 6.º del Convenio N°169 de la OIT y su alcance en el proceso legislativo chileno, y, la segunda, sobre la relación entre el derecho internacional y el derecho interno, en particular, el rango de los tratados internacionales de derechos humanos en el orden jurídico chileno.

Palabras clave: Ley de Pesca (Ley N° 18.892), Convenio OIT N°169, pueblos indígenas, tratados internacionales de derechos humanos.

Abstract: *this article is a reflection on a recent Chilean Constitutional Court judgment pronounced on the constitutionality of some of the rules that modified the Law on Fisheries). To do this, our reflection will focus on the analysis and commentary of the assessment made by the Constitutional Court on two distinct issues, the first relating to the consultation procedure established by Article 6 of ILO Convention No. 169 and its scope in the Chilean legislative process, and the second, on the relationship between international law and internal law, in particular the range of international human rights treaties in the Chilean legal order.*

Keywords: *Fisheries Law (Law No. 18.892), ILO Convention No. 169, indigenous people, international human rights treaties.*

¹ Artículo recibido el 15.09.2013 y aceptado el 04.11.2013.

Introducción

En el mes de enero de 2013 el Tribunal Constitucional emitió un fallo mediante el cual resolvió un requerimiento de diversos diputados y senadores en torno a la inconstitucionalidad de un proyecto de ley que modificaba la Ley General de Pesca y Acuicultura (en adelante, «Ley de pesca») en relación al Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas².

Nuestras reflexiones y comentarios acerca de lo decidido en dicha sentencia se centran en el análisis de dos tipos de materias: (1) la valoración que hace el Tribunal Constitucional sobre el Artículo 6 del Convenio N.º 169 de la OIT sobre pueblos indígenas que establece el procedimiento de consultas a dichos pueblos y su alcance en lo relativo al proceso legislativo y (2) las consideraciones que efectúa el Tribunal Constitucional en lo relativo al rango de los tratados internacionales de derechos humanos en el orden jurídico chileno.

1. La valoración del Tribunal Constitucional sobre el artículo 6 del Convenio N.º 169 de la OIT

En relación al primer punto cabe valorar positivamente del fallo los siguientes elementos:

i. La aplicación que hace el Tribunal en su considerando 18º del deber estatal “de promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación” contemplado en el artículo 1º, inciso 5º, de la Carta Fundamental, para configurar el estándar preciso de la consulta en materias legislativas.

ii. La reiteración de que el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, que establece la consulta a los pueblos indígenas, es una norma auto ejecutable o “self-executing”, declaración que el mismo Tribunal ya había hecho cuando resolvió un requerimiento de inconstitucionalidad presentado por diversos parlamentarios el año 2000 (Rol N.º 309) y cuando controló preventivamente la constitucionalidad del Convenio una vez que este fue aprobado por el Congreso el año 2008 (Rol N.º 1050)³.

iii. La declaración que realiza el Tribunal en el sentido que la norma del artículo 6 del Convenio debe ser interpretada dentro de un margen de discrecionalidad delimitado por la experiencia, guías y buenas prácticas que la OIT ha ido acumulando a lo largo de sus

² STC 2387-12 de 23 de enero de 2013.

³ Considerando 19.º de la sentencia.

años de vigencia.⁴ En este sentido resulta interesante y alentador que un Tribunal Constitucional acuda al patrimonio normativo de una Organización Internacional para interpretar las normas de un Tratado que debe aplicar en el orden doméstico.

iv. La alusión que efectúa el Tribunal respecto a que sólo en la ley de Presupuestos de 2013 se aprobó una glosa en la Partida del Congreso Nacional a los efectos de constituir una Comisión Bicameral para dar cumplimiento al Convenio 169 de la OIT⁵, Comisión que sólo se creó el 23 de enero del año 2013 que coincide con la fecha del fallo.

v. La exhortación que hace el Tribunal al legislador en torno a regular el procedimiento de consulta los procesos legislativos, definiendo en él las autoridades u organismos representativos de las etnias originarias con derecho a participar en ella; la oportunidad y formas de participación, de modo libre, informado y no coaccionado, además de fijar el procedimiento⁶.

Respecto a los criterios que debería seguir el legislador al establecer este procedimiento el Tribunal Constitucional enuncia que ellos deben seguir lo dispuesto por el propio Tribunal en las sus sentencias anteriores sobre este tema, a saber 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 y que no tiene carácter vinculante ni afecta las atribuciones privativas de las autoridades constitucionales⁷.

Como se ve, se trata de un enunciado prohibitivo de lo que no se puede hacer. Se echa de menos una interpretación del Convenio 169 en torno a determinar en qué debe consistir este proceso de consulta. En este orden de ideas cobra una especial importancia un principio fundamental del derecho de los tratados que es el de la buena fe. Ello, en esta materia, implica que el proceso de consulta debe tener por propósito llegar a un acuerdo con las comunidades indígenas, aunque finalmente dicho acuerdo no se logre. El artículo 6 número 2 del Convenio lo señala explícitamente:

“Las consultas llevadas a cabo en la 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.”

En los documentos oficiales de la OIT se ha señalado que las consultas deberán efectuarse de buena fe con la intención de llegar a un acuerdo, añadiendo que las consultas

⁴ *Ibid.*

⁵ Considerandos 20.º y 21.º de la sentencia.

⁶ Considerandos 22.º y 23.º de la sentencia.

⁷ Considerando 24.º de la sentencia.

eficaces son aquellas en que los pueblos interesados tienen la oportunidad de influir en la decisión adoptada⁸.

En síntesis, el artículo 6 del Convenio de la OIT no conlleva conferirles derecho a veto a los pueblos indígenas, pero tampoco puede implicar un mero trámite de escucharlos y pasar al punto siguiente de la tabla⁹.

vi. El último elemento que cabe destacar es el razonamiento del Tribunal, en su sentencia, en orden a que el derecho de consulta y participación es 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 manera que ningún sector del pueblo se atribuya el ejercicio de la soberanía excluyendo a otro.

Este considerando del Tribunal creo que es de la mayor importancia para fundar la legitimidad constitucional de las medidas adoptadas a favor de los pueblos indígenas.

Hasta aquí los elementos, en general positivos, que pueden encontrarse en la sentencia.

⁸ Folleto n° 2: “El Convenio núm. 169 de la OIT y otros programas de la OIT específicamente destinados a los pueblos indígenas y tribales”. Disponible en: http://www.ilo.org/indigenous/Resources/Publications/WCMS_100759/lang-es/index.htm [Consulta: 14 octubre 2013].

⁹ En relación a la naturaleza de las consultas el Comité de Expertos de la OIT ha señalado que:

1. Las consultas deben ser formales, plenas y llevarse a cabo de buena fe; debe producirse un verdadero diálogo entre los gobiernos y pueblos indígenas y tribales caracterizado por la comunicación y el entendimiento, el respeto mutuo, la buena fe y el deseo sincero que alcanzar un acuerdo;
2. Tienen que establecerse mecanismos apropiados a escala nacional y ello debe realizarse de una forma adaptada a las circunstancias;
3. Tienen que llevarse a cabo consultas a través de instituciones representativas de los pueblos indígenas y tribales en relación con las medidas legislativas y administrativas;
4. Deben llevarse a cabo consultas con el *objetivo* de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento sobre las medidas propuestas”.

De todo lo anterior se desprende que las consultas pro forma o la simple información no cumplirán con los requisitos del Convenio. Al mismo tiempo, dichas consultas no implican un derecho a veto ni su *resultado* será necesariamente alcanzar un acuerdo o lograr el consentimiento. En: *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*. Conferencia Internacional del Trabajo, 100. Reunión, 2011. ILC/100/III/1A. Oficina Internacional del Trabajo. Ginebra. Informe III (Parte 1 A) Informe General y observaciones referidas a ciertos países. Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_151559.pdf [Consulta: 14 octubre 2013].

2. Las consideraciones del Tribunal Constitucional sobre el rango de los tratados internacionales de derechos humanos en el orden jurídico chileno

Los comentarios críticos al fallo del Tribunal Constitucional se concentran en el examen de los considerandos relativos al rango de los tratados internacionales en nuestro orden jurídico doméstico, particularmente las disposiciones de dichos tratados que versan sobre derechos humanos, en relación con el Artículo 5 inciso 2 de nuestra Carta Fundamental.

El Tribunal Constitucional trata esta materia en los considerandos undécimo a décimo cuarto de su sentencia, concluyendo en síntesis lo siguiente:

- i. Que la Carta Fundamental no contiene una mención explícita al rango normativo de los tratados internacionales, ni siquiera cuando éstos versan sobre derechos esenciales de la persona humana, infiriendo que tienen un rango inferior a la Constitución, porque están sometidos al control preventivo obligatorio de constitucionalidad cuando tratan materias de ley orgánica constitucional, conforme al Artículo 93, inciso 1º, N° 1, de la Carta Fundamental, lo que no sería posible si su valor fuera igual o superior a la Constitución¹⁰. Para ello se funda en una antigua jurisprudencia del Tribunal Constitucional antes de la reforma constitucional de 2005 en los fallos sobre Corte Penal Internacional (Rol 346 de 2002, que se apoya en una cita de don Alejandro Silva Bascuñán que se pronuncia en el sentido que la jerarquía normativa de los tratados es inferior a la Constitución pero superior a cualquier otra norma jurídica, lo que sería extensible a tratados sobre derechos humanos esenciales) y sobre el Asunto Almeyda (Rol 46 de 1987 en que razona que otorgarle un rango constitucional a tratados de derechos humanos importaría una modificación constitucional por una vía diversa a la contemplada por el Constituyente para su reforma).

¹⁰ Considerando 11.º de la sentencia. En todo caso hay que hacer presente que la norma que el Tribunal Constitucional cita *sólo lo faculta para ejercer un control preventivo obligatorio de constitucionalidad de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de leyes orgánicas constitucionales y no sobre el tratado en su integridad*. Así en el propio fallo en que el Tribunal Constitucional ejerció el control preventivo de constitucionalidad obligatorio del propio Convenio 169 de la OIT se limitó a controlar la constitucionalidad de los artículos 6 N° 1, letra a), y N° 2 y Artículo 7 N° 1, oración segunda (relativas al proceso de consulta y a la participación de los pueblos indígenas en la formulación, aplicación y evaluación de planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente), que eran las únicas disposiciones que habían sido calificados como materias propias de leyes orgánicas constitucionales y no el tratado en su integridad.

ii. Que lo que hace el artículo 5, inciso 2.º, es reforzar la obligación de cumplir con las normas convencionales de derechos humanos, pero sin elevar dichos tratados a rango constitucional¹¹ y

iii. Que el deber de respetar los derechos humanos se refiere al imperativo que tienen los órganos del Estado de hacer cumplir de las normas que los contienen cuando estas 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 dificulten su libre ejercicio¹².

A este respecto cabe señalar que el Tribunal Constitucional en esta sentencia definitivamente confunde el rango de los tratados internacionales en nuestro orden doméstico (que efectivamente se sitúan entre por debajo de la Constitución pero por encima de las leyes) con los derechos humanos contenidos en dichas normas convencionales.

En efecto, el artículo 5º, inciso 2.º, de la Constitución considera a los derechos esenciales emanados de la naturaleza humana como límite al ejercicio de la soberanía y a reglón seguido identifica a estos derechos esenciales, que constituyen límites a la soberanía, y que los órganos del Estado deben respetar y promover, como a los contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Son por lo tanto los derechos humanos contenidos en tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes los que tienen rango constitucional, sino supra constitucional y no los tratados internacionales en sí¹³.

Así lo había entendido además el propio Tribunal Constitucional al decidir un sin número de recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, referidos a materias tan diversas como el derecho a la identidad, los derechos del niño, la prohibición de la prisión por deudas, entre muchos otros en que han considerado a los derechos humanos contenidos en tratados internacionales como “patrón de constitucionalidad” integrados dentro del artículo 5, inciso 2.º, de la Constitución¹⁴.

Así lo ha entendido, también, la jurisprudencia mayoritaria de la Corte Suprema que ha reiterado en un sinnúmero de casos que “de la historia fidedigna del establecimiento de

¹¹ Considerando 12.º de la sentencia.

¹² Considerando 13.º de la sentencia.

¹³ TRONCOSO REPETTO, Claudio y VIAL SOLAR, Tomás. “Sobre los Derechos Humanos reconocidos en Tratados Internacionales y en la Constitución.” *Revista de Derecho Público*. Volumen 20, Tomo II, 1993, pp. 696-700. MEDINA QUIROGA, Cecilia. “Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Ordenamiento Jurídico Chileno”. En: *Constitución, Tratados y Derechos Esenciales*. Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, Santiago, 1994, pp. 48-49.

¹⁴ STC Rol 1.340 de 29 de septiembre de 2009; STC Rol 1656 de 1 de septiembre de 2011; STC Rol 786 de 13 de junio de 2007; STC Rol 576 de 24 de abril de 2007.

la norma constitucional contenida en el artículo 5 de la Carta Fundamental queda claramente establecido que la soberanía interna del Estado de Chile reconoce su límite en los derechos 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 que sean desconocidos”¹⁵ (énfasis añadido).

La interpretación del artículo 5, inciso 2.º, de nuestra Carta Fundamental, en la sentencia que se comenta, restringe su alcance a una mera reafirmación de deberes siempre existentes, lo que pugna con la interpretación de la reforma de 1989 en conformidad con el principio de “interpretación útil”, con el objeto que dicha enmienda produzca la plenitud de sus efectos.¹⁶ Además limita el deber de respeto a los derechos humanos contenidos en normas autoejecutables en circunstancias que en el caso de normas no autoejecutables existe igualmente el deber de respetar estos derechos que se traduce en la obligación de dictar la legislación de implementación que le dé efectivo cumplimiento.

Consideraciones finales

A nuestro juicio la evaluación de esta sentencia del Tribunal Constitucional desde el punto de vista del derecho internacional y su recepción en el orden jurídico chileno ofrece resultados mixtos. Por una parte es valorable que el principal órgano de jurisdicción constitucional de nuestro país demuestre una apertura al derecho internacional, acudiendo para interpretar un Convenio internacional, como es el Convenio 169 de la OIT, al patrimonio normativo de una Organización Internacional, como es la OIT. Pero por otra parte, es motivo de crítica que el Tribunal Constitucional se pronuncie en el sentido que los tratados internacionales de derechos humanos tienen un rango inferior a la Constitución en nuestro doméstico, no distinguiendo la jerarquía normativa de las normas convencionales en general, de las de los derechos humanos contenidos en dichas normas convencionales; tomando en especial consideración que el propio Tribunal Constitucional ha considerado a los derechos humanos contenidos en tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes como patrón de constitucionalidad integrados dentro del artículo 5º inciso 2º de la Carta Fundamental.

¹⁵ Fallo de la Corte Suprema de 9 de septiembre de 1998, considerando N.º 10, Rol N.º 469-98 (caso *Poblete Córdova*). En los mismos términos véase, también, a título ejemplar, el fallo de la Corte Suprema de 17 de noviembre de 2004, considerando 35, Rol 517-2004 (Caso *Sandoval Rodríguez*) y el fallo de la Corte Suprema de 13 de marzo de 2007, considerando 39, Rol 3125-04 (Caso *Rojas Fuentes*).

¹⁶ TRONCOSO REPETTO, Claudio y VIAL SOLAR, Tomás, *op. cit.*, p. 697.