

Convenio 169 OIT sobre Pueblos Indígenas: La trama de las suspicacias

Eugenio Alcamán
ealcaman@yahoo.com

El Gobierno de la Presidenta Bachelet procedió a la dictación del decreto promulgatorio del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas de la OIT, publicado el pasado 14 de octubre en el Diario Oficial. En las semanas previas se habían suscitado en la Internet, especialmente, una serie de suspicacias, hilvanadas unas sobre otras, respecto del proceso de ratificación por Chile de dicha convención internacional. Estos recelos estaban basados en una supuesta alteración de los alcances y disposiciones normativas que habría estado preparando subrepticamente el Gobierno de manera de restringir los derechos de los pueblos indígenas contemplados en dicha convención internacional. En algunas declaraciones inclusive se acusaba abiertamente al Gobierno de intentar una mutilación de las disposiciones en la dictación del decreto promulgatorio que señalaría la entrada en vigor, violando abiertamente la ratificación efectuada previamente por la OIT. Mientras que también se acusaba al Gobierno de que en la ratificación efectuada por la OIT este organismo multilateral habría rechazado la aprobación hecha anteriormente por el Gobierno de Chile (No por el Congreso Nacional).

Las dos acusaciones estaban urdidas en las suspicacias de estas organizaciones indígenas. Ambas estaban mutuamente vinculadas en cuanto a que Chile violaría las formalidades de ratificación de un tratado internacional frente a la propia comunidad internacional. El corolario de esta urdimbre de abiertas acusaciones significaba que se estaba enfrente del triple mancillamiento del "honor de Chile": se cercenaban las disposiciones de una norma internacional en el derecho interno, violándose un acuerdo multilateral vinculante y vulnerándose además una segunda convención internacional sobre derechos de tratados. Extrañamente en la hilvanación de estas suspicacias no se consideraba el proyecto de acuerdo de la Comisión de Relaciones Exteriores del Senado, como tampoco la sesión del Senado donde fuera aprobado dicho Convenio 169 OIT, en circunstancias que entre las atribuciones del Congreso se encuentra "Aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación" y "sugerir la formulación de reservas y declaraciones interpretativas a un tratado internacional, en el curso del trámite de su aprobación, siempre que ellas procedan de conformidad a lo previsto en el propio tratado o en las normas generales de derecho internacional".

Aun cuando dichas acusaciones quedaron rebatidas con la dictación del decreto promulgatorio del Convenio 169 OIT conviene revisar la urdimbre de estas acusaciones. Después de 18 años el Gobierno remitió a la OIT el instrumento de ratificación formal en nota fechada el pasado 7 de septiembre, siendo ratificado por la OIT el 15 de septiembre. El Convenio 169 OIT es el único instrumento legal internacional vinculante sobre los pueblos indígenas. En cuanto acuerdo vinculante está sujeto a la Convención de Viena sobre Derechos de Tratados de 1969, cuyas disposiciones principales sobre el procedimiento de ratificación se establecen en los artículos finales del mismo Convenio 169 OIT.

En la sesión de la Comisión de Relaciones Exteriores del Senado de 9 de enero de 2008 algunos senadores de derecha introdujeron en el proyecto de acuerdo una declaración

interpretativa del artículo 35 que señalaba textualmente: "El Gobierno de la República de Chile, al ratificar el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, formula una declaración interpretativa al artículo 35 del referido instrumento internacional en el sentido que éste sólo es aplicable en relación a los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes". Posteriormente, los mismos parlamentarios insistieron en que fuera formulada en el acuerdo aprobatorio de dicha convención internacional efectuado en la sesión del Senado de 4 de marzo de este año. Las referidas organizaciones indígenas suponían que dicha declaración interpretativa el Gobierno de la Presidenta Bachelet la introduciría en el instrumento de ratificación que fuera ingresado a la OIT el 7 de septiembre o después de dicha ratificación efectuada por la OIT el 15 de septiembre pasado, ignorando a quienes la promovían.

Las referidas organizaciones indígenas que acusaron al Gobierno de intentar supuestamente introducir una declaración interpretativa que "mutilaba" las disposiciones del Convenio 169 OIT la confundieron con la reserva, aduciendo inclusive que una declaración interpretativa era una "reserva encubierta". El apartado d) del párrafo 1 del artículo 2 de la Convención de Viena sobre Derechos de Tratados de 1969 señala que "se entiende por «reserva» una declaración unilateral, cualquiera sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado". En tanto que el *Manual de Tratados* de Naciones Unidas señala que "Las declaraciones interpretativas [...], a diferencia de las reservas, no tienen por objeto excluir o modificar los efectos jurídicos de un tratado. El objeto de una declaración interpretativa es aclarar el significado de ciertas disposiciones o de todo el tratado". La declaración interpretativa, así, aclara, no excluye o modifica los efectos jurídicos de una convención internacional.

Entendida estrictamente de esa manera, el Convenio 169 OIT permitía que le fuese introducida una declaración interpretativa. Efectivamente, el *Manual sobre Procedimientos en Materia de Convenios y Recomendaciones Internacionales del Trabajo* del Departamento de Normas Internacionales del Trabajo de la Oficina Internacional del Trabajo señala que: "Los convenios contienen diversas disposiciones para facilitar la flexibilidad [...], entre ellas las que permiten específicamente a los Estados ratificantes limitar o matizar las obligaciones que asumen en virtud de la ratificación [...]. No son, sin embargo, posibles otras limitaciones de las obligaciones de un convenio que no sean las específicamente establecidas en él (no ha lugar a *reservas*)". Ya en el Mensaje Presidencial que acompañara el Convenio 169 OIT, el Ejecutivo hizo presente la circunstancia de que usualmente los convenios celebrados en el marco de la OIT no permiten la formulación de "reservas".

En el conocido caso de Guatemala, en el Acuerdo Legislativo No. 9-96, de 5 de marzo de 1996, mediante el cual aprueba el Convenio 169 de la OIT, se señalaba que "Dicha aprobación se hace bajo el entendido que las disposiciones de la Constitución Política de la República prevalecen sobre dicho convenio, el cual no afecta derechos adquiridos, ni tiene efectos retroactivos". No obstante, cuando se hacen los depósitos y se envía el instrumento de ratificación a la OIT, ésta hace caso omiso de la anotación y no acepta como bien ratificado —como informa el jurista guatemalteco Gustavo García Fong. Ésta se trata de una reserva en cuanto tenía por objeto "excluir o modificar los efectos jurídicos de las disposiciones de la convención internacional" en su aplicación por el Estado de Guatemala. Una "reserva encubierta" o "mutilación" del Convenio 169 OIT formulada por

el Gobierno de la Presidenta Bachelet habría tenido el mismo destino que el caso de Guatemala.

El Gobierno tenía la posibilidad de introducir la declaración interpretativa, en los términos señalados, no de “reserva encubierta”, en el instrumento de ratificación en ese entonces a instancias de parlamentarios de derecha. La carta de consulta a la OIT remitida por el Ministro Viera-Gallo de 16 de enero de 2008, estuvo originada en la propuesta al Ejecutivo de dos parlamentarios de derecha efectuada en la Comisión de Relaciones Exteriores del Senado de formular una declaración interpretativa del artículo 35 del Convenio 169 OIT, en cuanto a que a si a Chile le son aplicables los tratados no ratificados. En la respuesta dada por la OIT —en la cual algunos maliciosamente señalaron que la OIT rechazaba el supuesto intento chileno de introducir la declaración interpretativa—, del 6 de febrero de 2008, en cuanto a que según el principio de soberanía de los Estados solamente tienen aplicabilidad en cada país los tratados internacionales cuando éstos son ratificados por los Estados y que estos tratados susceptibles de ser ratificados no pueden menoscabar los derechos y ventajas garantizados previamente a los pueblos indígenas *a nivel nacional*. La respuesta de la OIT en ningún caso señalaba un rechazo a la posibilidad de formular una declaración interpretativa porque ella era permitida según señalaba el referido *Manual sobre Procedimientos en Materia de Convenios y Recomendaciones Internacionales del Trabajo*. Las indicaciones de la OIT más bien constituían una respuesta a las aprensiones injustificadas de los parlamentarios de derecha. Entonces se sentaron todas las bases para que en el respectivo decreto promulgatorio del Convenio 169 OIT fuera promulgado íntegramente.

Algunas organizaciones indígenas de Chile y algunos países latinoamericanos supusieron que existía una segunda opción donde el Gobierno podía introducir una declaración interpretativa, descartada la primera, formulándola en el decreto promulgatorio. Pero, ¿porqué habría querido formularla en el decreto promulgatorio si ya la OIT había respondido que los convenios internacionales solamente tienen aplicabilidad en cada Estado después que son ratificados por éstos conforme el principio de soberanía estatal y las normas de derecho nacional? No existía ninguna otra aprensión que la manifestada por los parlamentarios derechistas más que unas suspicacias infundadas surgidas de una confusión. Una “mutilación” de las disposiciones entendida ya no como declaración interpretativa sino como “reserva encubierta” dado que la expresa reserva no era permitida en conformidad a las normas generales de derecho internacional.

En cuanto el Convenio 169 OIT había sido aprobado por el Congreso Nacional, sin ninguna “mutilación”, esto es, sin ninguna exclusión o modificación de los efectos jurídicos de sus disposiciones, el Gobierno no podía formular ninguna de estas modificaciones en el decreto promulgatorio. Los convenios o tratados internacionales obligadamente deben ser sometidos a la autoridad competente que “es aquella que tenga, de acuerdo con la Constitución nacional de cada Estado, el poder de legislar”. La Presidenta Bachelet no podía formular una “reserva encubierta” o “mutilar” el Convenio 169 OIT por cuanto posteriormente hubiese sido rechazada en el control de autenticidad que efectúa la Contraloría General de la República, a quien corresponde “anotar” y “registrar” las leyes que se promulguen. Al revisar las leyes que llegan a promulgarse la Contraloría debe confrontar que el decreto promulgatorio sea auténtico, es decir, que corresponda exactamente al aprobado por el Congreso Nacional.

Finalmente, con la publicación del Decreto N° 236 en el Diario Oficial, que promulga el Convenio 169 OIT, quedaron definitivamente desechadas las suspicacias que algunas

organizaciones indígenas de Chile y de algunos países latinoamericanos supusieron erradamente a causa de un desconocimiento de los procedimientos de aprobación y promulgación de una legislación. Al ser ratificado el Convenio 169 OIT por Chile se crearon obligaciones jurídicas multilaterales. Estas obligaciones jurídicas son íntegras en cuanto a la aplicación del Convenio 169 OIT, sin exclusión o modificación de los efectos jurídicos de sus disposiciones. La entrada en vigencia el 15 de septiembre del próximo año habrá de implicar la apertura de un nuevo campo de mayores complejidades legislativas y de ejecución de las disposiciones de la convención internacional respecto de este proceso de aprobación y ratificación. En esta etapa en la aplicación de sus disposiciones, en sus contenidos y alcances, será una verdadera contienda a desarrollar en la arena nacional e internacional respecto de lograr la justicia de los derechos de los pueblos indígenas consagrados en este Convenio 169 OIT.